

kontrovers | 4

k

Simon Kneip

# Ironie der Legalität

Anmerkungen zum Urteilsbegriff im  
Anschluss an die neuere deutsche Rechtskritik

VERLAG KARL ALBER

A



**kontrovers**  
**Reihe für interdisziplinäre Gesellschaftstheorie  
zu Politik, Ökonomie und Recht**

Herausgegeben von  
Prof. Dr. Jochen Bung  
Prof. Dr. Franziska Martinsen  
Prof. Dr. Hanna Meißner  
Prof. Dr. Greta Olson  
PD Dr. Christian Schmidt  
Prof. Dr. Benno Zabel

Band 4

Simon Kneip

# Ironie der Legalität

Anmerkungen zum Urteilsbegriff im  
Anschluss an die neuere deutsche Rechtskritik

VERLAG KARL ALBER



Gefördert mit freundlicher Unterstützung durch den Open-Access-Publikationsfond  
der Goethe-Universität Frankfurt.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in  
der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische  
Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Diss., Uni Frankfurt, 2025

u.d.T.: Mystik der Legalität

**Goethe-Universität D-30**

1. Auflage 2026

© Simon Kneip

Publiziert von

Verlag Karl Alber – ein Verlag in der  
Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden  
[www.verlag-alber.de](http://www.verlag-alber.de)

Gesamtherstellung:

Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG  
Waldseestraße 3–5 | 76530 Baden-Baden

ISBN (Print): 978-3-495-98915-9

ISBN (ePDF): 978-3-495-98916-6

DOI: <https://doi.org/10.5771/9783495989166>



Onlineversion  
Inlibra



Dieses Werk ist lizenziert unter einer Creative Commons Namensnennung  
4.0 International Lizenz.

# Vorwort

Bei der vorliegenden Studie handelt es sich um die überarbeitete Fassung meiner Doktorarbeit, die vom Fachbereich Rechtswissenschaften der Goethe-Universität als Doktorarbeit angenommen und dort im Frühjahr 2025 verteidigt wurde. Vorangegangen sind dieser Arbeit mehrjährige Studien, ein bisweilen mühsames Ringen, welches seinen Niederschlag auch noch in der Endfassung dieser Arbeit findet. Ich habe mich dagegen entschieden, die Spuren dieses Ringens restlos zu tilgen. Als Ausgleich dafür habe ich die Resultate meiner Studien am Ende der Arbeit in einigen Thesen zusammengefasst. Zwar empfehle ich grundsätzlich, mit der Lektüre am Anfang des Buches zu beginnen; wer sich jedoch zunächst einen Überblick verschaffen möchte, kann mit einem Blick ans Ende des Buches beginnen. Die geduldige Lektüre wird sich jedoch lohnen oder wie ein später bekannter Doktorand der Medizin seiner Pariser Dissertation vor gut 100 Jahren mit auf den Weg gab:

*„Sie mag ein wenig trocken sein, wenig anziehend auf den ersten Blick auf Grund der Einzelheiten, Zahlen und minutiösen Erläuterungen. Aber der unerschrockene Leser wird sehr schnell belohnt. Die Geschichte ist der Mühe und Anstrengung wert. Ich hätte sie von Anfang an überarbeiten und viel zügiger gestalten können. Es wäre leicht gewesen. Ich habe nicht gewollt. Ich lege sie so vor wie sie ist [...]“<sup>1</sup>*

Leipzig, im Februar 2026

---

1 Céline (2022), S. 10.



„§. 162

Das NaturRecht in seiner Consequenz, (insofern es zum ZwangsRecht wird), zerstört sich nothwendig selbst, d.h. es hebt alles Recht auf. Denn das Letzte, dem es die Erhaltung des Rechts anvertraut, ist physische Uebermacht.“<sup>2</sup>

„Der Mangel der Ernstlichkeit kann unterschiedlichste Gründe haben. In Betracht kommt, dass der Erklärende aus einer persönlichen *Stimmungslage* wie etwa Scherzhaftigkeit, Ironie, Angeberei, bloßer Höflichkeit, Provokation oder Theatralik handelte.“<sup>3</sup>

- 
- 2 Schelling (1982), S. 174 [Hervorhebung im Original]. Diese *neue Wissenschaft* Schellings steht „erratisch im Raum der Theoriegeschichte des Rechts.“, vgl. Schröder (2022), S. 113 Es ist vielleicht an der Zeit, dieses Projekt Schellings, welches er in der kantischen Rechtslehre nicht verwirklicht sah, aufzunehmen.
- 3 MüKoBGB/Armbrüster, 10. Aufl. 2025, BGB § 118 Rn. 5, 6.



# Inhaltsverzeichnis

Einleitung . . . . .	11
<b>§ 1. Zur neueren deutschen Rechtskritik . . . . .</b>	<b>15</b>
I. Form . . . . .	15
1. Kurze Genealogie des (Rechts-)Formbegriffes in der marxistischen Kritik . . . . .	18
2. Rechtsform (Buckel) . . . . .	33
3. „Modernes Recht“ als spekulative Geschichtsphilosophie (Menke) . . . . .	54
4. „Europäisches Recht“ (Loick) . . . . .	73
5. Zusammenfassung . . . . .	74
II. Gewalt . . . . .	76
1. Einführung . . . . .	76
2. Recht und Gewalt (Menke) . . . . .	79
3. Zwang und „rechtsbezogene Gewalten“ in der <i>Kritik der Souveränität</i> (Loick) . . . . .	99
4. Kohäsion und Rechtsform (Buckel) . . . . .	152
III. Subjektivierung . . . . .	167
1. Einführung . . . . .	167
2. <i>Juridismus</i> (Loick) . . . . .	169
3. Urteil und Subjekt (Menke) . . . . .	179
4. Subjektivierung (Buckel) . . . . .	190
<b>§ 2. Wie urteilen? . . . . .</b>	<b>203</b>
I. Ein neues Urteilen: freies Bestimmen (Menke) . . . . .	205
1. <i>Kritik der Rechte</i> – Die Affektionen denken . . . . .	206
2. <i>Theorie der Befreiung</i> – freies Bestimmen . . . . .	219
II. Urteil ohne Zwang: Jenseits der Legalität (Loick) . . . . .	225
1. Schaffende Kraft gegen identitäres Urteilen . . . . .	227

## Inhaltsverzeichnis

2.	Vermittlung der „geläuterten“ Willen . . . . .	229
3.	Freude statt Zwang. . . . .	233
III.	Demokratisches Urteilen: (Rück-)Eroberung der Rechtsform (Buckel) . . . . .	239
1.	(Doch) kein Abschied von der Rechtsform? . . . . .	239
2.	Emanzipation: <i>Wissenstechnik</i> . . . . .	241
3.	Das Urteilen ist politisch: Entzauberung . . . . .	242
4.	Juristensozialismus . . . . .	245
5.	Abschluss und Übergang. . . . .	246
<b>§ 3.</b>	<b>Ironie der Legalität . . . . .</b>	<b>249</b>
I.	Die Natur der Ironie . . . . .	250
1.	Legalität . . . . .	250
2.	Ironie . . . . .	252
3.	Natur . . . . .	257
II.	Drei Entsetzungsversuche ironischer Freiheit . . . . .	260
1.	Die Aufhebung der Ironie . . . . .	262
2.	Die Arbeit gegen die Ironie (Ernst Jünger) . . . . .	279
3.	Das Vertrauen gegen die Ironie (Robert Brandom) . . . . .	288
III.	Die Ironisierung der Ironie . . . . .	294
1.	Innenwelthypothesen . . . . .	294
2.	Leiblichkeit . . . . .	304
3.	Nietzsches Lachen . . . . .	307
	<b>Thesen zur Ironie der Legalität . . . . .</b>	<b>331</b>
	<b>Literaturverzeichnis . . . . .</b>	<b>333</b>
	<b>Danksagung . . . . .</b>	<b>349</b>

# Einleitung

Gut 10 Jahre nach dem Erscheinen von Christoph Menkes *Kritik der Rechte* sind die Diskussionen über die Frankfurter Rechtskritik abgeflaut. Die kurzzeitige Frontstellung zwischen liberaler Rechtswissenschaft und Kritischer Theorie wurden jedenfalls im Bereich der Verfassungslehre in eine normative Selbstbestätigung<sup>4</sup> überführt und damit gewinnbringend mobilisiert. Die Privatrechtslehre sieht sich wiederum mit der expansiven Tendenz des Verfassungsrechts konfrontiert<sup>5</sup> und kann sich deshalb nicht darüber hinaus mit der philosophischen Kritik beschäftigen. Das liberale Recht sitzt in theoretischer Hinsicht fest im Sattel. Die subjektiven Rechte scheinen gerade in diesen Zeiten der Unsicherheit ein unhintergebares Moment freiheitlicher Gemeinwesen zu sein, es gelte daher, das liberale Skript, wie es neuerdings so ungelentk heißt, zu verteidigen. Möchte man sich mit alledem nicht zufriedengeben, bleibt eigentlich nur ein Weg, man muss zu einer Revision der Rechtskritik schreiten und dabei hoffen, einen bescheidenen Beitrag zu ihr leisten zu können. Ob die vorliegende Studie einen solchen Beitrag zur kritischen Rechtswissenschaft zu leisten vermag, kann nur die Leserin bzw. der Leser entscheiden.

Dass eine solche Revision der Rechtskritik gerade zu der Einsicht kommt, der Kritik am Recht sei gerade mit dem Begriff der Ironie weitergeholfen, liegt zugegebenermaßen nicht auf der Hand. Um diesen kritischen Zugriff auf das liberale Recht über den Begriff der Ironie zu plausibilisieren, bedarf es daher einer vorgelagerten Überlegung. Diese besteht darin, dass sich jede konsequent durchgeführte Rechtskritik früher oder später mit der Frage des Urteilens beschäftigen muss. Diesen Umstand lege ich im zweiten Kapitel (§ 2) dieser Arbeit ausführlich dar.

---

4 Kutting (2023).

5 Auer (2025).

Dieser Vorüberlegung geht wiederum eine Auseinandersetzung mit den drei wichtigsten Arbeiten der neueren Rechtskritik voraus, welche sich im ersten Kapitel dieser Arbeit findet (§ 1). Bei diesen Arbeiten handelt es sich um Sonja Buckels Studie *Subjektivierung und Kohäsion*, Daniel Loicks *Juridismus* und die *Kritik der Rechte* Christoph Menkes.

Die Urteile des Rechts, so jedenfalls die These, stehen in enger Verbindung mit der Form des Rechts (§ 1 I.), seiner Gewalt (§ 1 II.) und seiner Subjektivierung (§ 1 III.), im Urteilen kommen alle diese Momente zur Geltung. Das wird deutlich, wenn die Urteilspraxis im Recht nicht nur wie üblich in Bezug auf das richterliche Urteil gedacht wird,<sup>6</sup> sondern, wie es Hegel uns schon nahegelegt hat, auch die Performanz der Rechte und selbst noch den Rechtsbruch als Akt des Urteilens verstanden werden muss. Wer einen Anspruch geltend macht, fällt ein einfach-endliches Urteil, weil er behauptet, ihm stehe eine Sache nach der Rechtslage zu. Wer einen Anspruch einer anderen Person negiert, fällt ein einfach-negatives Urteil, weil behauptet wird, jemandem stehe etwas nach der Rechtsordnung nicht zu. Ich spare mir an dieser Stelle die Ausführungen zu den Urteilsformen des Verbrechens, dem negativ- und positiv-unendlichen Urteil von Verbrecher und Betrüger, sondern möchte die folgende wichtige Einsicht Hegels noch einmal betonen: (Fast) jeder Akt im Recht ist ein Urteil. Und aus dieser Perspektive ergibt sich der Anschluss an die Kritik subjektiver Rechte, denn auch deren Ausübung stellt einen Urteilsakt dar. Wer ein subjektives Recht geltend macht, urteilt einmal darüber, *dass* er ein Recht geltend macht – denn auch das Unterlassen einer Rechtsausübung stellt meist ein Urteil dar – und er urteilt darüber, *wie* er ein Recht geltend macht, d. h. was er mit der Ausübung eines Rechts begehrt.

Diesen Urteilsakt subjektiver Rechte rekonstruiere ich im dritten Kapitel dieser Studie unter Rückgriff auf die Ironie (§ 3). Die Ironie dient mir als kritischer Begriff für die Legalität (§ 3. I. 1.) des Formalrechts, d. h. für den Umstand, dass es für die Ausübung eines Rechts nur auf die Willkür des Subjekts ankommt und z. B. nicht zusätzlich auf die Übereinstimmung des Willens mit dem kantischen Sittengesetz. Aber im Unterschied zu den auf die Legalität fokussierten Positionen lässt sich anhand der Ironie zeigen, dass das liberale

---

6 Müller-Mall (2023).

Recht Freiheit nur als Lust hervorbringen kann, als Lust an der Disposition. Denn die Ironie ist nichts anderes als die Lust am Spiel mit der eigenen Dispositionsmöglichkeit (§ 3. I. 2.). In diesem Zugriff auf die Lust des Subjekts offenbart sich dann der Kern des Problems, der in der Debatte um die Rechtskritik noch zu wenig Beachtung gefunden hat: Dem liberalen Recht liegt ein instrumenteller Naturbegriff zugrunde (§ 3. I. 3.). Dieser instrumentelle Naturbegriff des liberalen Rechts zeigt sich in zweifacher Hinsicht, einerseits als Zugriff der subjektiven Rechte auf die Lust der Subjekte, andererseits als strafender Zugriff auf den Leib, die Natur des Subjekts (§ 3. II. 3. a.). Das Strafrecht als antiironisches Recht schlechthin, bringt die Möglichkeit ironischer Urteile im liberalen Recht erst hervor – die Lust der Rechte braucht den Schmerz, d. h. die Unlust der Strafe.

Die Erkenntnis, dass die Ironie ein zentrales Problem moderner Gemeinwesen darstellt, ist keineswegs neu. Hegel hat die Ironie als höchste Aberration subjektiven Wollens erkannt und seinen Übergang in die Sittlichkeit methodisch geschickt von dieser Negativität aus gedacht. Die Ironie begleitet jedes moderne Gemeinwesen wie einen dunklen Schatten und so verwundert es kaum, dass es zahlreiche Versuche gibt, dem Problem der Ironie abzuweichen. Einige dieser Versuche, die moderne Freiheit von der Ironie zu entsetzen und darin die Freiheit von der Ironie zu befreien, habe ich genauer in den Blick genommen. Zunächst als Selbstkorrektur des Rechts in Form der Grundrechtstheorie (§ 3. II. 1. b.) und der Vertragstheorie (§ 3. II. 1. c.), dann entlang der Figur des Arbeiters bei Ernst Jünger (§ 3. II. 2.) und abschließend anhand des Vertrauens, welches Robert Brandom entlang einer Lektüre von Hegels *Phänomenologie des Geistes* entwickelt (§ 3. II. 3.).

Erst danach ist es möglich zu erläutern, was unter dem Titel einer *Ironisierung der Ironie* zu verstehen ist (§ 3. III.). Unter Rückgriff auf den Begriff der Leiblichkeit bei Hermann Schmitz (§ 3. III. 1. u. 2.) soll eine Reflexionsfigur geschaffen werden, die aufzuzeigen versucht, wie ein Recht aussehen könnte, welches nicht mehr als strafendes Recht auf die Unlust der Subjekte zugreift (§ 3. III. 3. a.) oder – am Beispiel des Eigentums – auf dessen Dispositionslust (§ 3. III. 3. b.). Ob die daraufhin vorgeschlagene Transformation ironischer Lust, d. h. dem *eros* der Rechte in die *agape*, gelungen scheint, mag die Leserin bzw. der Leser nach der Lektüre selbst beantworten.



# § 1. Zur neueren deutschen Rechtskritik

„Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige, und seine nähere Stellung und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so daß die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht“<sup>7</sup>

„Aristoteles sagt uns also selbst, woran seine weitere Analyse scheitert, nämlich am Mangel des Wertbegriffs. Was ist das Gleiche, d. h. die gemeinschaftliche Substanz, die das Haus für den Polster im Wertausdruck des Polsters vorstellt? So etwas kann ,in Wahrheit nicht existieren, sagt Aristoteles. Warum? Das Haus stellt dem Polster gegenüber ein Gleiches vor, soweit es das in beiden, dem Polster und dem Haus, wirklich Gleiche vorstellt. Und das ist – menschliche Arbeit.“<sup>8</sup>

„Nenne den Raum, der durch jedwede Unterscheidung gespalten wurde, zusammen mit dem gesamten Inhalt des Raumes die Form der Unterscheidung.“<sup>9</sup>

## I. Form

Ich beginne die Betrachtung zeitgenössischer Rechtskritik mit dem Begriff der *Form* oder mit der Form des Rechts. Dies hat insbesondere seinen Grund darin gefunden, dass der Begriff der Form sich nicht so recht in die Reihe der übrigen Begriffe einzufügen vermag, welche als Kritikpunkte an das Recht, das eine gelungene (menschliche) Praxis verhindere, herangetragen werden. Man kann, möchte man die Gründe dafür angeben, viele nennen: daß das Recht der *Gewalt* nicht zu entsagen vermag, es *Subjekte* erzeugt, welche diesem Begriff im emphatischen Sinne nicht ansatzweise entsprechen oder aber ganz generell, daß es sich um ein (unzulässiges) Herrschaftsinstrument handelt und/oder dadurch einer bestimmten Vorstellung

---

7 Hegel (1986b), § 4.

8 Marx (2018), S. 74.

9 Spencer-Brown (1997), S. 4.

von Gerechtigkeit nicht entspricht. In diese Reihe wird sich die Feststellung, das moderne Recht nehme eine bestimmte Form an, zunächst nicht fügen. Es handelt sich bei genauerer Betrachtung bei der Frage nach der Form daher auch im engeren Sinne viel weniger um einen Gegenstand der Kritik, als um die Frage nach der Möglichkeit einer Kritik des Rechts.<sup>10</sup> Bei der Lektüre der vorliegend versammelten Schriften zur Rechtskritik ist der Formbegriff omnipräsent. So unterschiedlich die Ansätze und Resultate sein mögen, so sind Buckel, Loick und Menke sich einig, dass die Rechtskritik eine Kritik der rechtlichen Form(en) voraussetzt bzw. impliziert. Daniel Loick beantwortet die (als Kapitelüberschrift gesetzte) Frage *Wie ist eine kritische Theorie des Rechts (noch) möglich?* folgendermaßen:

„Eine erste Antwort auf diese Herausforderung besteht darin, die Ursachen des europäischen Juridismus nicht im Recht als solchem zu suchen, sondern nur historisch spezifisch in einer *bestimmten* Form und einem *bestimmten* Inhalt des Rechts.“<sup>11</sup>

Buckel hingegen möchte

„anstelle einer Ableitung der Rechtsform aus der Warenform die ihnen *gemeinsame Arbeitsweise* im Sinne Foucaults [...] generalisieren, um daran anschließend die Spezifik der Rechtsform herausarbeiten zu können.“<sup>12</sup>

während Menke festhält:

„Dieses Rätsel [der bürgerlichen Revolution, S. K.] verlangt eine Untersuchung der Form der Rechte: der Rechte als *Form*. [...] Denn diese Form ist nicht neutral.“<sup>13</sup>

Dabei kann es sich bei dem Geschäft der Kritik offensichtlich nicht darum handeln festzustellen, *dass* das Recht eine Form findet. Vielmehr nimmt die Frage nach der Form des Rechts die Frage nach der Form als eines bestimmten Modus kritischer Auseinandersetzung auf und fragt nach der Möglichkeit dieser Herangehensweise der Kritik bzw. nach der Weite ihrer Erkenntnis. Ich werde diese Frage nach der Möglichkeit und insbesondere auch die Frage nach den Voraussetzungen einer gelungenen Durchführung einer solchen

---

10 „Der Kritiker [...] ist ein Leser von Formen.“ vgl. Menke (2018e), S. 134.

11 Loick (2017), S. 109.

12 Buckel (2015), S. 226.

13 Menke (2018d), S. 9.

Formkritik jedoch nicht in einer abstrakten Vorbemerkung fixieren, die fragt: Wie ist Formkritik möglich? Vielmehr lasse ich bei der Frage nach der Form die jeweiligen Kritiker des Rechts zur Sprache zu kommen. Dabei sind zwei Punkte von Interesse.

Erstens die Formbestimmung selbst. Es wird sich zeigen, dass bedeutende Fragen unseres (vermeintlich) post-metaphysischen Zeitalters aufs Innerste mit dem Formbegriff verknüpft sind und sich an diesem Punkt mit aller Wucht niederschlagen. Es kann an dieser Stelle schon einmal auf den fundamentalen Unterschied zwischen einer substanztheoretisch und einer differenztheoretisch auftretenden Formbestimmung hingewiesen werden, um die sich zentrale Fragen des Postmarxismus und der kritischen Theorie drehen. Auch innerhalb der Rechtskritik wird damit der Kampf ausgefochten, ob sich die kritische Philosophie als eine solche versteht, die „solidarisch mit Metaphysik im Augenblick ihres Sturzes“<sup>14</sup> ist – oder nicht.

Der zweite zentrale Punkt im Rahmen der Formfrage nimmt die Konsequenzen der Formbestimmung des Rechts in den Blick. Die Auswege aus den Dilemmata des Rechts werden sich nämlich im Ergebnis dieser Untersuchungen als wesentlich durch die Formbestimmung vorgezeichnet zeigen. Es ist die Formbestimmung des Rechts, die darüber entscheidet, welche *Auswege* aus dem Dilemma des kapitalistischen (Buckel), modernen (Menke) oder europäischen (Loick) Rechts von den Kritikern vorgeschlagen werden oder anders gesprochen: Die Formbestimmung determiniert die Abhilfe, welche die Kritiker vorschlagen.

Hiermit ist der erste Abschnitt über die Formbestimmungen des Rechts gleichbedeutend mit dem Weg, den die Kritiker des Rechts bei ihrer Analyse des Rechts in das Thema hineinnehmen und, das wird Gegenstand des zweiten Teils (§ 2) sein, auch wieder herausnehmen. Oder noch anders gesagt: Anfang und Ende, Formbestimmung und Abhilfe bzw. Reform fallen nur zeitlich auseinander. Ansonsten besteht zwischen ihnen kein Unterschied. Damit liegt in diesem Kapitel *in nuce* der Schlüssel zu allem. Der Abschnitt über die Form ist also, das dürfte durch die vorangegangenen Anmerkungen deutlich geworden sein, von nicht zu überschätzender Wichtigkeit.

---

14 Adorno (1966), S. 400.

## 1. Kurze Genealogie des (Rechts-)Formbegriffes in der marxistischen Kritik

### *Paschukanis und die Rechtsform*

Bevor ich die aktuelle Rechtskritik im Hinblick auf ihr Verständnis der *Rechtsform* befrage, sehe ich mich zu einem kleinen Umweg genötigt, der sich aus der offensichtlichen Tatsache ergibt, daß die Frage nach der Form nicht plötzlich, gleichsam zufällig, entstanden ist. Vielmehr hat die Frage nach der Form eine gewisse Tradition in der marxistisch geprägten kritischen Philosophie. Diese Tradition hat zwei Väter: Marx im Allgemeinen und, in unserem Falle für die Frage nach dem Recht, Paschukanis. Warum Marx? Marx hat mit seiner Analyse der Wertform eine kritische Tradition hervorgerufen, in welche Paschukanis sich gestellt hat. Die Wertformanalyse gilt auch heute noch als eine *der* kritischen Leistungen Marx' und als Vorbild für viele nachfolgende Kritiker. Es ist daher unvermeidlich, einen kurzen Blick auf den Formbegriff der kritischen marxistischen Tradition in der Person Paschukanis' zu werfen, bevor ich mich den aktuellen Rechtskritikern zuwende.

Maßgeblich nicht für die Rede von der Form, sondern spezifisch von der *Rechtsform* ist zweifelsohne Paschukanis. Weshalb greift er die Formfrage auf und bestimmt seine Analyse des Rechts wesentlich als eine Analyse der Rechtsform? In einem für den Stand der Juristen sehr ehrenwerten Bestreben, der Rechtswissenschaft neben der von den Marxisten so eifrig und leidenschaftlich studierten Ökonomie einen gleichberechtigten Platz in der Wissenschaft zu sichern, musste die besondere Bedeutung des Rechts im Moskau der 1920er Jahre irgendwie unterstrichen werden. Innerhalb der aus Rechts- und Volkswissenschaften gebildeten Staatswissenschaft drohte ein unerhörtes Primat der Ökonomie vor der Jurisprudenz. Anstatt sich darauf zu besinnen, daß die *politische* Ökonomie die Frage der Herrschaft ohnehin schon beinhaltet, es also eigentlich keiner besonderen Begründung für die Wichtigkeit der Rechtswissenschaft bedarf, findet Paschukanis einen Weg, der Jurisprudenz die nötigen Weihen zu verleihen, um diese wieder ebenbürtig neben die Ökonomie stellen zu können. Diese höheren Weihen sozialistischer Theoriebildung erhält das Recht durch den Begriff der *Form*:

„Ist eine Analyse der grundlegenden Definitionen der Rechtsform möglich, in der Art, wie wir in der politischen Ökonomie eine Analyse der grundlegenden und allgemeinsten Definitionen der Warenform oder der Wertform haben? Dies sind die Fragen, von deren Entscheidung es abhängt, ob die allgemeine Lehre vom Recht als eine selbstständige theoretische Disziplin betrachtet werden kann oder nicht.“<sup>15</sup>

Eine Disziplin kann nur als echte theoretische Disziplin bezeichnet werden, wenn sie sich an der Marx'schen Wertformanalyse zu orientieren vermag. So klingt ein „Theologe des sterblichen Gottes“, d.h. es geht um einen Juristen, dem klargeworden ist, dass sein natürlicher Zugang zu den entscheidenden Fragen der gesellschaftlichen Einrichtung nicht nur bedroht, sondern für immer verloren sein könnte, gelänge es ihm nicht doch noch die Wichtigkeit seiner Profession dadurch zu unterstreichen, daß er seine Gedanken in die Gedanken Marx' einschreibt. Hierbei handelt es sich nicht um eine sophistische Psychologisierung Paschukanis', sondern um einen historisch zu kontextualisierenden Sachverhalt, da dessen Sorge nur vor dem Hintergrund der dogmatischen marxistischen Theoriebildung der unmittelbar nach-revolutionären Zeiten Russlands verstanden werden kann. Dieser Umstand trieb Paschukanis, wie wir im Folgenden kurz darlegen, zu Analogien, welche, sei es bewusst oder unbewusst, zu einer Verkürzung von Marx' Wertformanalyse, wie auch der eigenen Überlegungen führen.

Paschukanis möchte, wie erwähnt, in seiner „allgemeinen Rechtslehre“ die Analyse der „grundlegenden Definitionen der Rechtsform“ vornehmen und zwar „in der Art“, wie Marx seine Analyse der Wertform vorgenommen hat. Wir stoßen hier auf den schwierig zu entschlüsselnden Begriff der *Art*. Was ist damit gemeint, eine Analyse „in der Art“ von Marx' vorzunehmen? Um sein Vorhaben zu charakterisieren und den sich daraus ergebenden Schwierigkeiten zu begegnen, bemüht Paschukanis selbst den Begriff „Vergleich“, zu welchem er „Zuflucht“ nimmt.<sup>16</sup> Paschukanis vergleicht also sein Vorgehen mit dem Vorgehen Marx'. Als Leser der Wertformanalyse müsste Paschukanis jedoch bekannt sein, daß die Gleichheit immer ein Drittes voraussetzt, welches diese Gleichheit überhaupt erst zu

---

15 Paschukanis (2013), S. 47.

16 Paschukanis (2013), S. 76.

stiften vermag.<sup>17</sup> Solche Fragen, die letzten Endes immer auf die Frage nach der ungeschriebenen Methode Marx' hinauslaufen, lässt Paschukanis unerörtert, werden aber von Buckel implizit aufgegriffen.<sup>18</sup>

Wie stellt Paschukanis nun diese Analyse in der Art der Marx'schen Analyse an, worin liegt die Vergleichbarkeit der Marx'schen Analyse der Ware und des Werts, mit der Analyse des Rechts, welche Paschukanis vorzunehmen beabsichtigt? Zunächst einmal handelt es sich um eine methodische Frage. So beginnt Paschukanis mit der Feststellung, der einzige Weg hin zum Konkreten des Rechts führe über die allgemeinen Begriffe. Der Verweis auf Marx erfolgt genau in diesem Sinne. Auch dieser beginne anders als die klassische Nationalökonomie nicht mit dem Konkreten (z. B. statistischen Daten über die Verteilung der Güter, Wachstumsraten etc.), sondern mit den einfachsten Kategorien wie Preis, Wert und Ware.<sup>19</sup> Es heißt:

„Wenn wir die oben angeführten methodologischen Erwägungen auf die Rechtslehre anwenden wollen, müssen wir mit der Analyse der Rechtsform in ihrer abstraktesten und reinsten Gestalt beginnen und dann allmählich durch Komplizierung zum historisch Konkreten vordringen.“<sup>20</sup>

Vor dieser Analyse will Paschukanis der Frage nach dem Zusammenhang von Ideologie und Recht nachgehen. Ihm ist dieses Thema so wichtig, dass er, anstatt sich an den praktischen Beweis desselben durch die weitere Darstellung zu machen, noch einmal eine abstrakte Vorbetrachtung einschiebt. So wiederholt er die schon ganz zu Anfang zitierte Frage nach der Eigenständigkeit der Rechtswissenschaft neben der Ökonomie:

„Kann das Recht als gesellschaftliches Verhältnis aufgefaßt werden, in demselben Sinne, in dem Marx das Kapital ein gesellschaftliches Verhältnis genannt hat? Eine solche Frage beseitigt von vornherein den

---

17 Hier liegt der Ansatzpunkt für Buckel, nämlich das Gemeinsame von Wert- und Rechtsform „im Sinne Foucaults zu generalisieren“.

18 Die zwar von Marx angekündigte, aber nie ausgeführte Arbeit, den rationalen Kern der Hegel'schen Methode herauszuarbeiten, klingt hier nach.

19 Paschukanis (2013), S. 64.

20 Paschukanis (2013), S. 69.

Hinweis auf die ideologische Natur des Rechts und verschiebt die ganze Untersuchung in eine andere Ebene.“<sup>21</sup>

In unseren Worten zusammengefasst: Wenn auch für das Recht eine Formkritik möglich ist, wie Marx diese für den Wert durchgeführt hat, dann handelt es sich bei dem Gegenstand des Rechts nicht um bloße Ideologie, sondern um ein ernstes theoretisches Problem, dem man sich neben der Ökonomie zu widmen hat. Diese Feststellung verschiebt dann die Untersuchung auf eine andere Ebene. Auf welche Ebene wird die Analyse verschoben? Auf eine Ebene mit der Ökonomie, möchte Paschukanis annehmen. Wir werden sehen, ob Paschukanis diese Ankündigung einzuhalten vermag oder ob er über bloße Vergleiche und Analogien zum Marx'schen Vorgehen nicht hinauskommt. Paschukanis kommt im Folgenden zu einer Bestimmung dessen, was als Grund des bürgerlichen Rechts zu bezeichnen ist und diesem seine *Form* gibt: die Gegensätzlichkeit privater Interessen.<sup>22</sup> Diese Gegensätzlichkeit besteht aber nicht einfach grundsätzlich, sondern der Reflex der *Rechtsform* beruht auf dem Verhältnis der Menschen als Warenbesitzer.<sup>23</sup> Wie lautet diese Rechtsform nun? Es ist die subjektive Berechtigung.<sup>24</sup> Der Sache nach – nicht in der Terminologie, insbesondere nicht in Bezug auf Sinn und Zweck des Begriffs der „Rechtsform“ – ist das unter den modernen Rechtskritikern unstrittig. Rechtsform heißt, dass das Recht in der Moderne die Form von Privatinteressen annimmt.<sup>25</sup> Damit ist zur Rechtsform eigentlich alles gesagt. Das vierte Kapitel, überschrieben als „Ware und Subjekt“, beginnt folgendermaßen:

„Mit dem Subjekt beginnen wir denn auch unsere Analyse. [...] Rasumowski ist mit mir darin nicht einverstanden, daß die Analyse des Begriffs ‚Subjekt‘ zur Grundlage der Untersuchung der Rechtsform dienen muß.“<sup>26</sup>

Wie steht es um den Nachweis, dass eine Analyse in der Art der Wertformanalyse stattzufinden hat (um die Rechtswissenschaft als

21 Paschukanis (2013), S. 72.

22 Paschukanis (2013), S. 79.

23 Paschukanis (2013), S. 81.

24 Paschukanis (2013), S. 103.

25 Paschukanis (2013), S. 104.

26 Paschukanis (2013), S. 109.

der wissenschaftlichen Betrachtung als würdig zu erweisen)?<sup>27</sup> Nach extensiver Exegese von Marx' Bemerkung, die Waren können nicht selbst zu Markte gehen, wird der Leser noch einmal über das schon zuvor gefundene Ergebnis informiert:

„Erst in der der Warenwirtschaft wird die abstrakte Rechtsform geboren, das heißt die allgemeine Fähigkeit, ein Recht zu besitzen, sonderst sich von den konkreten Rechtsansprüchen ab.“<sup>28</sup>

Auch wenn die Unzulänglichkeit dieser fortlaufenden Parallelisierung offenkundig ist, versucht Paschukanis, diese immer wieder herzustellen, und zwar durch apodiktische Feststellungen folgender Art: „jede Arbeit wird zur gesellschaftlich nützlichen Arbeit überhaupt, jedes Subjekt wird zum abstrakten Rechtssubjekt.“<sup>29</sup>

Ich breche an dieser Stelle die Untersuchung zu Paschukanis' Ansatz vorläufig ab. Er lässt den Leser ein wenig ratlos zurück. Die große Analyse der Rechtsform im Sinne einer Marx'schen Wertformanalyse ist ausgeblieben. Es bleibt nur Parallelisierung und Abstraktion. Was gibt es nun über Paschukanis und die Form zu wissen, was sich nicht unmittelbar aus seinen Schriften ergibt? Die beste Antwort sollte eine Autorität in dieser Hinsicht liefern, nämlich die wohl in Sachen Paschukanis zum Standardwerk avancierte Arbeit von Andreas Harms:

„Außerdem verweist der Begriff der Form auf die Marx'schen Begriffe der Warenform des Wertes oder der Wertform der Ware im Kapital. Diesen begriffsgeschichtlichen Fragen ist nicht weiter nachzugehen.“<sup>30</sup>

Oder: „Das Staatsrecht hört hier auf“. Es handelt sich also um Begriffsgeschichte. Eine recht erstaunliche Aussage für eine Veröffentlichung, die den Titel „Warenform und Rechtsform“ trägt. Harms spricht von „begriffsgeschichtlichen Fragen“, d. h. im Plural, weil eine weitere begriffsgeschichtliche Frage, welche Harms ausgemacht haben will, zu berücksichtigen ist. Diese lautet folgendermaßen:

---

27 Paschukanis (2013), S. 47.

28 Paschukanis (2013), S. 117.

29 Paschukanis (2013), S. 120. Die zitierte Stelle ist überdies falsch. Sowohl im Hinblick auf eine angebliche „nützliche Arbeit überhaupt“, als auch die Frage wo der Unterschied zwischen einem Subjekt und einem „abstrakten Rechtssubjekt“ liegen soll.

30 Harms (2000), S. 67–68.

„Der Begriff der Form verweist daneben auf eine bis Platon und Aristoteles zurückreichende philosophische Tradition des Begriffspaares Form/Inhalt, das über Hegel in den Marxismus(-Leninismus) Eingang gefunden hat.“<sup>31</sup>

Das Begriffspaar Form/Inhalt ist von der Antike durch Hegel in den Marxismus oder aber auch in den Marxismus-Leninismus überliefert worden. Noch fragwürdiger als diese beiden „begriffsgeschichtlichen Fragen“ jeweils nur für sich genommen, ist deshalb ihre fehlende Verbindung. Einerseits ist es die Tradition, von Ionien bis Jena<sup>32</sup> bzw. bis Moskau via London, aber „[a]ußerdem verweist der Begriff der Form [...]“<sup>33</sup> auf die Marx'schen Kategorien. „Außerdem“ kann man aber nur sagen, wenn die zweite zu bezeichnende Sache „außerhalb“ der ersten liegt. Das würde aber bedeuten, die Frage nach der Marx'schen Wertformanalyse läge „außerhalb“ des Hegel'schen Kosmos. Man müsste daher vielmehr fragen: Was hat die Marx'sche Formanalyse mit Hegel zu tun? Ich werde darauf zurückkommen.

Eine letzte, für die vorliegenden Zwecke sehr informative Passage aus der „Allgemeinen Rechtslehre“ führt zu einer grundsätzlicheren Betrachtung der Form und damit auch näher an die zeitgenössische Rechtskritik. Ganz zu Beginn der Einleitung bestimmt Paschukanis die Rechtslehre als die Entwicklung der „grundlegenden, das heißt abstraktesten juristischen Begriffe“<sup>34</sup> und fragt sich gleich darauf: Was tun? Alles nur Abstraktion, bloßer Schein? Nein, aus dieser Einsicht folge gerade nicht, „daß die Wissenschaft des Rechts die grundlegenden Abstraktionen einfach über Bord werfen soll, die dem prinzipiellen Wesen [!] der Rechtsform Ausdruck geben.“<sup>35</sup> Was hat das zu bedeuten? Paschukanis entscheidet sich zu Recht, die grundlegenden Abstraktionen (gemeint sind damit juristische Kategorien wie „Rechtsnorm“, „Rechtsverhältnis“ oder „Rechtssubjekt“) nicht einfach über Bord zu werfen. Es sind in dieser Bestimmung Paschukanis', die Wissenschaft des Rechts solle die *grundsätzlichen* Abstraktionen betrachten, welche dem *Wesen* der Rechtsform Ausdruck geben, vier zentrale Begriffe vereint, die im weiteren Verlauf der Untersuchung wichtig sind.

31 Harms (2000), S. 67.

32 Taubes (1993), S. 111.

33 Harms (2000), S. 67.

34 Paschukanis (2013), S. 45.

35 Paschukanis (2013), S. 47.

Paschukanis geht also von „grundlegenden Abstraktionen“ aus, was auf das Denken an sich, wie auf einen Grund verweist. Diese Grund-Lage stellt sodann einen Ausdruck dar, welcher auf das „prinzipielle Wesen der Rechtsform“ zurückgeht. Es findet sich damit *erstens* ein Wesen, *zweitens* ein Grund, *drittens* die Form und *viertens* ein Ausdruck, den wir hier getrost als Erscheinung übersetzen dürfen. Dass die Form selbst ein Wesen hat, ist unwahrscheinlich, ist aber genau der Indikator für die Schwierigkeiten, mit denen Paschukanis zu tun hat. Richtiger müsste es heißen: Das Wesen, dieses zeitlos vergangene Sein, ist Reflexion, aus der heraus es einen Grund und damit eine Form gewinnt, um sodann zu erscheinen. Dass es ein prinzipielles „Wesen der (Rechts-)Form“ nicht geben kann, muss offensichtlich nicht weiter erörtert werden. Paschukanis bleibt hier fortlaufend undeutlich. Er sagt „Rechtsform“, wenn er „Recht“ sagen müsste und andersherum. Die Form ist die gesetzte Reflexion und damit das Wesen selbst, nur in anderer Gestalt. So oder so ähnlich muss es jeder Metaphysiker denken. Eine Form, die dem Wesen voran ginge, würde die Folge zum Grund machen. Um diesem Fehler Paschukanis' nicht zu erliegen, wird der Begriff Form ein wenig genauer bei demjenigen Denker betrachtet, der ihn in *dieser* Weise, d. h. einer kritischen Auseinandersetzung, überhaupt erst in die Diskussion eingeführt hat, nämlich Marx.

### *Formbegriff bei Marx*

Zwar führt Marx den Formbegriff auf neuartige Weise ein, greift aber selbstredend gleichzeitig auf eine Tradition zurück. Die Form ist traditionell ein Begriff aus der Metaphysik bzw. die Metaphysik eine Wissenschaft von der Form.<sup>36</sup> Bei dem deutschen Ausdruck Form handelt es sich um eine Übersetzung des griechischen εἶδος, welcher bei Aristoteles in Vereinigung mit der Materie das Wesen darstellt.<sup>37</sup> Die Hegel'sche Wesenslogik bzw. die dort dargelegten Reflexionsbestimmungen<sup>38</sup> greifen diese Konzeption recht offensichtlich auf und so bestimmt Hegel das Wesen zunächst als Reflexion.

---

36 Rohs (1969), S. 12.

37 Aristoteles (2009), 1035a.

38 Marx (2018), 64, Fn. 17.

Die darauf folgenden Reflexionsbestimmungen gehen sodann zugrunde und in diesem Grund findet sich auch die Form als „das vollendete Ganze der Reflexion“.<sup>39</sup> Dass dieses Subjekt der Form nicht mehr transzendent als Idee oder Gott, sondern in der Nachfolge Kants als transzendental, Ich, Denkendes begriffen werden muss,<sup>40</sup> macht bei allen scheinbaren Gemeinsamkeiten mit der Tradition das Besondere des Deutschen Idealismus aus. Genau diese Entwicklung macht Marx rückgängig und führt uns damit, wie wir später sehen werden, in das Zentrum der Problematik um die rechtliche Form und damit gleichzeitig in die Schwierigkeiten einer vermeintlich „nachmetaphysischen“ Moderne.

Was hat Marx nun mit seiner Formanalyse im Sinn? Warum nimmt die Form eine solch prominente Stellung in seiner Analyse der Ware und des Werts ein? Bekanntlich kommt es Marx bei seiner Analyse der Wertform nicht auf den Inhalt der Formbestimmungen an, sondern auf die qualitative Bestimmung:  $x$  Ware A =  $y$  Ware B oder  $x$  Ware A ist  $y$  Ware B *wert*. Dies ist die Wertform, deren qualitative Betrachtung schon „in nuce“ das Geld enthält.<sup>41</sup> Diese Form hat Marx ganz offenbar nicht entdeckt, sie war stets Gegenstand der großen Abhandlungen über die Nationalökonomie, mit denen Marx sich im *Kapital* auseinandersetzte. Marx rühmt sich jedoch, als Erster die qualitative und nicht die quantitative Seite der Wertform betrachtet zu haben. Es sei irrelevant, den Versuch zu unternehmen, die quantitative Bestimmung irgendwelcher Wertgrößen zu bestimmen, wenn man die qualitative Seite der Formbestimmung nicht in den Blick bekomme, so darf man Marx' Überlegungen zusammenfassen. Oder anders formuliert: Man darf nicht fragen wieviel  $x$  Ware A =  $y$  Ware B wert ist, wenn man der *Form als solcher* keine Aufmerksamkeit geschenkt hat, nämlich einer Form die besagt, dass zwischen den beiden Seiten ein Gleichheitszeichen steht, das besagt:  $x$  Ware A ist  $y$  Ware B wert.

39 Hegel (1999), S. 70.

40 Rohs (1969), S. 21 Die Stelle bei Kant lautet: „*Da das, worinnen sich die Empfindungen allein ordnen, und in gewisse Form gestellt werden können, nicht selbst wiederum Empfindung sein kann, so ist uns zwar die Materie aller Erscheinung nur a posteriori gegeben, die Form derselben aber muß zu ihnen insgesamt im Gemüte a priori bereit liegen, und daher abge sondert von aller Empfindung können betrachtet werden.*“ Kant (1900bff.), A 20.

41 Marx (1983), S. 32.

Was ist an diesen Überlegungen für die Zwecke der Rechtsformkritik interessant? Auch Marx betätigt sich – man könnte sagen widerwillig – als Metaphysiker. Das ist zunächst insofern verwunderlich, handelt es sich doch um genau den Marx,<sup>42</sup> der in jungen Jahren gegen beinahe jeden einzelnen Satz des Hegel'schen (inneren) Staatsrechts protestiert hat und zwar stets vor dem Hintergrund und mit dem Argument, Hegels Rechtsphilosophie stelle eine einzige große Mystifikation dar.<sup>43</sup> Erliegt Marx nun selbst der früher so heftig bekämpften Mystifikation? Er tut dies und er tut dies nicht. Ich nehme einen kurzen, aber unvermeidlichen Umweg, um diese Frage zu beantworten. Marx hält einen Unterschied zwischen dem Reichtum und seiner Erscheinung in der bürgerlichen Gesellschaft fest. Dieser Reichtum kann sich nämlich offenbar nur in der Warenansammlung darstellen, als welche wir ihn kennen.<sup>44</sup> Hierfür gibt Marx einen Grund an, nämlich die Teilung der Arbeit in unabhängige Privatarbeiten, die Herkunft der Ware überhaupt. Das Interessante an der Wertformanalyse ist diese Form selbst. Damit ist nicht nur gemeint, dass der Wert eine Form annimmt, sondern wie diese beschaffen ist – es ist ein Urteil, worin, bezogen hier auf den Umstand der Arbeit, „das Sinnlich-Konkrete nur als Erscheinungsform des Abstrakt-Allgemeinen, nicht das Abstrakt-Allgemeine umgekehrt als Eigenschaft des Konkreten gilt“.<sup>45</sup> Marx' Überlegungen zum Wert sind jedoch nur halb begriffen, wenn sie auf die Abstraktionsfähigkeit in Bezug auf den Wert bezogen sind, d. h. die Fähigkeit, von den Besonderheiten der einzelnen Waren abzusehen. Die Geschichte der Moderne ist eine einzige Geschichte der Abstraktion. Wer dies allein als Prob-

---

42 Hier beginnen die Schwierigkeiten. Theano fragt im 5. Gespräch Herders über Gott gerade danach, was ihr Selbst durch die Zeit als solches erhält. Jegliche Verknüpfung aber ergibt sich nämlich – so wird es im 4. Gespräch erläutert – aus dem Gleichheitszeichen, welches gerade *der* Gottesbeweis sein soll.

43 Marx (2017). Es ist schwer den Begriff Mystifikation in dieser Schrift zu übersehen. Deshalb einmal an dieser Stelle: *passim*.

44 Darin muss man aber schon eine Polemik erkennen, ansonsten versteht man den Sinn des Marx'schen Textes nicht. Nur wenn Reichtum etwas anderes ist, denn eine Warenansammlung, also nicht durch Kapital erstanden und durch Geld vermittelt, kann er seinem Begriff entsprechen. Gegen diese „massiv ontologische Lesart“ allerdings, vgl. Bubner (1974), S. 70–72. Auch Marx gibt sich ganz wissenschaftlich, versteckt seine normative Grundannahme aber nicht, Ruschig (2017), S. 78.

45 Marx (1983), S. 634.

lem betrachtet, verkennt aber das wesentliche Moment der Entwicklung.<sup>46</sup> Marx analysiert nicht einfach *nur* eine Weise der Abstraktion. Er tut dies *auch*. Aber die Arbeit als tätige und (eigentlich, hierin liegt das Naturrecht) freie Auseinandersetzung mit der Natur ist die *Substanz* des Wertes.<sup>47</sup> Dieser Wert ist es nun, der beginnt, das Zusammenleben in Form von Urteilen zu prägen: „x Ware A ist y Ware B wert“ stellt paradigmatisch ein solches Urteil dar. Nur urteilt hier kein menschlicher Geist, sondern – Paraphrase Marx – der Un-Geist des Kapitals. Marx war sich bewusst, dass selbst die Philosophen des Deutschen Idealismus die Rede von einer Form, unabhängig vom Ich, sinnlos gefunden hätten.<sup>48</sup> Doch er muss feststellen, dass der Wert genau diese formsetzende Kraft gewonnen hat, die eigentlich dem menschlichen Geist zukommen sollte. Deshalb hält er einerseits am Subjektbegriff des Deutschen Idealismus fest, da es die Einzelnen sind, welche sich in der bürgerlichen Gesellschaft bewegen und handeln; andererseits ist diese Form der Subjektivität „automatisch“<sup>49</sup> und damit dem menschlichen Handeln entzogen. So gewinnt seine Kritik eine dezidiert geschichtsphilosophische Dimension, wenn man sich klarmacht, dass die Rede vom (Waren-)Wert immer schon auf den Begriff des Kapitals verweist:

„Der Mensch macht seine Geschichte; er reproduziert sein Leben durch die konkrete, gebrauchswertschaffende Bearbeitung der Natur. Die Bearbeitung der Natur vollzieht sich aber unter Verhältnissen, die selbst nicht beherrschbar sind; eben das ist in der Erklärung des Geldes und seiner Verwertungsbewegung im Kapitalverhältnis als sachlicher „Form“ eines gesellschaftlichen Zusammenhangs ausgedrückt.“<sup>50</sup>

Deshalb betont Marx immer wieder, dass schon im einfachen relativen Wertausdruck das Geld steckt. Geld verwandelt sich aber in Kapital: G-W-G!<sup>51</sup> Damit besteht ein unmittelbarer Zusammenhang zwischen Arbeit(-steilung), Geschichte, Wertform und Kapital. Die Abstraktion, welche der Wert darstellt, ist immer schon die Verun-

46 Für ein beeindruckendes Beispiel dieser verkürzenden Feststellung, vgl. Guénon (1945); ebenfalls die Quantität hervorhebend: Sarr (2020), S. 14.

47 Marx (2018), S. 74.

48 Rohs (1969), S. 19.

49 Marx (1983), S. 109.

50 Kittsteiner (1980), S. 86.

51 Marx (2018), S. 165.

möglichung dessen, was eigentlich nach Marx anzustreben wäre: tätige Selbstbestimmung, freie Auseinandersetzung mit der Natur. Stattdessen übernimmt der Wert den Fortschritt und verwandelt die tätige Selbstbestimmung in blindes Kapital. Damit ist die Substanz, auf der die Form ruht, gleichzeitig als historisch bestimmt.<sup>52</sup> Die Form des Wertes ist also, im Rahmen einer Bestimmung als *bloße* Abstraktion, bei Weitem unterbestimmt.

Bei Marx bleibt es bei der Koppelung von Subjekt und Form, bloß dass dieses Subjekt nicht mehr allein als menschliches Subjekt gedacht wird, sondern als Wert; später entpuppt sich dieser als Kapital. Das ist Sinn und Zweck der Rede über ein automatisches Subjekt.<sup>53</sup> Einem Schüler des Deutschen Idealismus, wie Marx unbestritten einer gewesen ist, muss die Rede von einem solch automatischen Subjekt ein ungeheurerlicher Ausdruck, ja eigentlich ein Unwort sein. Dieser Ausdruck ist aber gerade die Rebellion des (Marx'schen) Geistes gegen den Ungeist des Kapitals. Die Marx'sche Diagnose ist keine Zustimmung, sondern Marx hält fest, dass es einen Gott gibt, dem die Formsetzung zukommt, und dies, wie es sich für einen Gott gehört, geschieht einerseits absolut losgelöst von den Menschen, ist andererseits auch nur durch diese möglich. Es geht also bei Marx nicht darum, *dass* es eine Wertform gibt, sondern die Frage ist, wer die Formunterscheidungen vornimmt. Nur wenn es der menschliche Geist ist, der diese Unterscheidungen der Form trifft, können wir von Freiheit sprechen. Handelt es sich hier noch um eine bewusste Entscheidung der Menschen oder gibt es einen Gott, der den Menschen diese stetige Arbeit der Unterscheidung abnimmt? Marx votiert notgedrungen für Letzteres. Damit restituiert er eine transzendente Form gegen den (transzendentalen) Idealismus. Er tut dies aber als dessen Schüler und fordert sodann auch eigentlich nur eines: die Abschaffung des Kapitals als des letzten Wesens, welches über den Köpfen der Menschen schwebt, fähig, diese zu regieren. Spartakus, ein letztes Mal. Der Wert hat eine Form und bei dieser Form handelt es sich um ein Urteil. Dieses Urteil aber besagt, dass das Einzelne das Allgemeine ist. Dieses Allgemeine wird notwendig – das soll die Analyse Marx' gerade zeigen – zum Kapital. Dieses Kapital macht es den Menschen unmöglich, in freier Auseinander-

---

52 Ruschig (2017), S. 64.

53 Marx (1983), S. 109.

setzung mit sich und der Natur zu leben. Das ist – zugegeben in einiger Kürze – der Kern der Analyse der Wertform. Ich habe diesen Blick auf Marx gewagt, um besser sagen zu können, was Paschukanis mitteilen wollte bzw. hätte mitteilen müssen, als er darauf bestand, eine Analyse der rechtlichen Form durchzuführen.

Es sei an dieser Stelle die grundsätzliche Natur dieser Marx'schen Formbestimmung zusammengefasst. Marx vermag es, im Rahmen der Formbestimmung noch die Einheit der Unterscheidungen in einer Substanz zu grundieren – nämlich der unfreien Auseinandersetzung mit der Natur, d. h. der Arbeit. Das ist weit von den, der Systemtheorie zugrundeliegenden, differenztheoretischen Formbestimmungen eines Spencer-Brown entfernt, bei dem die Form weder Wesen noch Grund kennt und nicht kennen kann. Diese radikale Differenz muss jeden Substanzbegriff verdrängen. Marx hält an diesem zumindest in kritischer Absicht fest<sup>54</sup> und vermag es, die Antinomien zu denken, welche ihm erst den Begriff dafür liefern, was zu negieren ist.<sup>55</sup>

### *Noch einmal Paschukanis...*

„Ähnlich wie der Reichtum der kapitalistischen Gesellschaft die Form einer ungeheuren Anhäufung von Waren annimmt, stellt sich die ganze Gesellschaft als eine unendliche Kette von Rechtsverhältnissen dar.“<sup>56</sup>

Man sieht nun nach dem Durchgang durch Marx' Wertformanalyse, weshalb Paschukanis sein Versprechen einer Formanalyse, welche gleich der Marx'schen Analyse durchgeführt wird, nicht halten kann. Warum nicht? Schon ein flüchtiger Blick lässt die beiden Analysen überhaupt nicht als ähnlich, geschweige denn vergleichbar, erscheinen, aber nicht, weil es sich um verschiedene Gegenstände handelt, einmal um Arbeit und Ware, einmal um Rechtsverhältnisse. Es ist noch einfacher. Bei Marx stehen drei Ausdrücke in Verbindung miteinander: Der Reichtum, die Gesellschaft als „System der Bedürfnisse“<sup>57</sup> und die Form der Ware. Der Reichtum ist das Ergebnis der Auseinandersetzung mit der Natur, die bürgerliche Gesellschaft ist

54 Ruschig (2017), S. 49.

55 Ruschig (2017), S. 75.

56 Paschukanis (2013), S. 84.

57 Hegel (1986b), § 189.

die Ordnung, in der diese Auseinandersetzung vollzogen wird, und die Ware ist die Form, in der dieser Reichtum erscheint.

Worauf stützt sich Paschukanis? Ähnlich wie bei Marx der Reichtum in kapitalistischen Gesellschaften als Warenansammlung *erscheint*, müsste es auch bei Paschukanis etwas sein, das in der kapitalistischen Gesellschaft sich als „unendliche Kette von Rechtsverhältnissen“ *zeigt*. Was zeigt sich aber bei Paschukanis? Dieses Dritte, die eigentliche Substanz des Rechtsverhältnisses, kann Paschukanis nicht benennen. Bei ihm bleibt es letztlich das „System der Bedürfnisse“, auch wenn er das in dieser Klarheit nicht präsent hat. Damit bleibt es auch bei der Abhängigkeit Paschukanis' von der Warenform. Hierin liegt völlig zu Recht der Vorwurf eines bloßen Ableitungszusammenhangs begründet, wenn wir den Ableitungszusammenhang so verstehen, dass einfach nur weitere Relata zu einer schon vorgegebenen Substanz hinzugefügt werden. Mit anderen Worten: Substanz von Paschukanis' Rechtsform ist die Marx'sche Arbeit. Wäre Paschukanis dieser Frage unbefangener begegnet, hätte er etwas dem Reichtum Analoges für das Recht bestimmen müssen. Dies wäre die Freiheit gewesen: „Der Boden des Rechts ist überhaupt das Geistige, und seine nähere Stellung und Ausgangspunkt der Wille, welcher frei ist, so daß die Freiheit seine Substanz und Bestimmung ausmacht“<sup>58</sup> Paschukanis weiß um diesen freiheitstheoretischen Anspruch der liberalen Rechtsphilosophie, bringt das Verhältnis aber nicht zusammen und nimmt diese Aussage nicht ernst. So zitiert er zwar Puchta und Hegel, welche den Begriff der Freiheit der rechtlichen Subjektivität zugrunde legen, verwirft dies aber als reine Spekulation. Dabei hätte er bei Lenin nachlesen können,<sup>59</sup> dass auch der Begriff Reichtum nicht ohne naturrechtliche Spekulation auszukommen vermag. Hier das spekulative Moment ernst zu nehmen, wäre das entscheidende Momentum gewesen. Aber wie alle Materialisten, die auf dem Standpunkt Feuerbachs stehengeblieben sind, erscheint jede Abstraktion als bloße Schimäre. Darum ist die ganze Diskussion der Rechtsform völlig unzulänglich, indem sie sich darauf beschränkt festzuhalten, es *gebe* eine Rechtsform. Paschukanis kann nur deren Existenz festhalten. Aber kann er zeigen, dass im Innersten der rechtlichen Bewegung ein Ungeist sitzt? Wer das

---

58 Hegel (1986b), § 4.

59 Lenin (1977).

zeigt, der kann von sich behaupten, er habe ausgehend von der Marx'schen Wertformanalyse eine Rechtsform aufgetan. Ansonsten hat eine Formanalyse aber noch keinen privilegierten Zugang zu ihrem Gegenstand (bei Paschukanis dem Recht), solange sie die Wertformanalyse lediglich kopiert. Denn es bleibt dabei: Es müssen die Kriterien zur Beurteilung einer Form aus der Sache selbst gewonnen werden.

Die Form des Rechts beruht hingegen bei Paschukanis bloß auf derselben Bewegung, die für ihn den Wert kennzeichnet: die Äquivalenz. „Ist einmal die Form des Austauschs von Äquivalenten gegeben, so ist auch die Form des Rechts [...] gegeben.“<sup>60</sup> Aus solchen Missverständnissen des Wertes gehen Sätze dieser Art hervor: „Der Mensch wird zum Rechtssubjekt kraft derselben Notwendigkeit, die das Naturprodukt in die mit der rätselhaften Eigenschaft des Wertes ausgestattete Ware verwandelt.“<sup>61</sup> Aber ist Paschukanis in der Lage anzugeben, was für ihn die rechtliche Form ausmacht? Gewiss, es ist die subjektive Berechtigung.<sup>62</sup> Damit hat Paschukanis zwar nicht unrecht. Paschukanis' Problem ist aber, dass er den Wert *ausschließlich* als Abstraktion<sup>63</sup> versteht (die er *auch* ist). So ist der Wert natürlich genauso eine Abstraktion wie das Subjekt. Der Tauschwert hebt sich von dem konkreten Gegenstand genauso ab, wie das Subjekt von dem einzelnen lebendigen Menschen. Damit ist aber die Funktion des Wertes verkürzt. Im Tauschwert liegt schon das An-Sich des Geldes, aus Geld und Ware wird der berühmte Strich: G-W-G'. Paschukanis sieht, indem er das Spiel der Abstraktion immer weiter treibt, die höchste Abstraktion im bürgerlichen Staat. Das ist alles nicht ganz falsch, aber es hat mit der Selbstbewegung des Kapitals nichts zu tun.<sup>64</sup> Auch einem Etatisten gilt der Einzelne als Ausdruck des Allgemeinen.<sup>65</sup> Insofern kann auch Marx' Aufgreifen<sup>66</sup> der Hegel'schen Bestimmung des positiven Urteils „Das Einzelne ist allgemein“<sup>67</sup> auf den Staat angewandt werden, insbesondere im Falle

---

60 Paschukanis (2013), S. 60.

61 Paschukanis (2013), S. 66.

62 Paschukanis (2013), S. 103.

63 Paschukanis (2013), S. 113.

64 Paschukanis (2013), S. 115.

65 Schmitt (1914).

66 Marx (1983), S. 32, Fn. 20.

67 Hegel (2003), S. 68.

des Faschismus. Das ist aber nur die *conditio sine qua non* für den weiteren Fortgang der Marx'schen Darstellung, nicht ihr alleiniger Inhalt.

Die Behauptung,– ohne Rückgriff auf den Marx'schen Formbegriff –, die Form des Rechts würde sich am Warentausch entwickeln, ist überdies gar nicht so strittig, wie Paschukanis denkt. Selbst liberale Denker gestehen das zu.<sup>68</sup> Paschukanis ist somit unfähig, die Einheit zwischen Wert und Recht anzugeben. Dabei handelt es sich nicht um ein subjektives Versagen. Nach einigen durchaus richtigen Ausführungen dazu, dass das Subjekt nach seiner Entstehung als naturrechtliches, der Entwicklung entzogen wird und die bürgerliche Rechtstheorie dazu neigt, es zu verewigen, versucht er, dem Recht seinen Platz neben dem Wert zuzuweisen. Nach der korrekten Bezeichnung des Rechtsfetischismus auf Grundlage fehlerhafter Argumente bzw. Analogien,<sup>69</sup> kommt Paschukanis zu rätselhaften Aussagen dieser Art:

„Die Verhältnisse der Menschen im Produktionsprozess nehmen so auf einer bestimmten Entwicklungsstufe eine doppelt rätselhafte Form an. [...] Neben der mystischen Eigenschaft des Wertes taucht ein nicht weniger rätselhaftes Phänomen auf: das Recht.“<sup>70</sup>

Rätselhaft sind hier jedoch nur zwei Dinge. *Für Paschukanis* ist es rätselhaft, warum er im Recht nichts dem Wert Analoges finden kann. *Für mich als Leser von Paschukanis* ist es rätselhaft, wie man aus der Marx'schen Wertformanalyse eine solche Rechtstheorie entwickeln kann.

### *Zwischenfazit*

Ich halte fest: Die Marx'sche Wertformanalyse zeichnet den Prozess nach, an dessen Anfang die tätige Auseinandersetzung des Menschen mit der Natur und an dessen Ende die Unterwerfung unter das Kapital steht. Dies gelingt Marx durch die Betrachtung nicht des *Wertinhaltes*, sondern durch die Frage nach der *Form* des Wertes. Hiermit wird die Frage nach der Form als kritische

---

68 Grimm (1987), S. 11.

69 Paschukanis (2013), S. 117.

70 Paschukanis (2013), S. 117.

Analyse erstmals ausführlich zur Anwendung gebracht. Diese Form, auf dem Begriff der Substanz ruhend, ist als Urteil strukturiert, in dem das Einzelne (fälschlicherweise) als das Allgemeine ausgewiesen wird. Dieses Allgemeine bemächtigt sich im Fortlaufenden der Bewegung (und darin liegt die eigene Historie des Kapitals) und macht damit jede menschliche Selbstermächtigung im Sinne einer (natur- oder vernunftrechtlichen) Geschichtsphilosophie zunichte. Paschukanis möchte die Rechtswissenschaft neben der Ökonomie in den sowjetischen Wissenschaften etablieren und greift dafür auf eine Formanalyse zurück. Der Gegenstand dieser Analyse ist aber nun nicht mehr der Wert, sondern das Recht, mithin die Form des Rechts, die *Rechtsform*. Damit muss Paschukanis implizit behaupten, es gäbe etwas der Form des Wertes im Bereich des Rechts Vergleichbares, nämlich ein Subjekt, das laufend neue Unterscheidungen hervorbringt, sich verselbstständigt hat und sich damit dem Zugriff der Menschen absolut<sup>71</sup> entzogen hat.<sup>72</sup> Indem Paschukanis aber die Frage der Substanz für das Recht dadurch verfehlt, dass er das Recht an die Substanz des ökonomischen Wertes kettet, verfehlt er das Ziel seiner Untersuchung: einer Rechtsformanalyse gleich der Marx'schen Analyse der Wertform.

## 2. Rechtsform (Buckel)

### *Einführung*

Sonja Buckel setzt mit Ihrer Arbeit bei diesem Scheitern Paschukanis' an. Auch sie verspricht sich davon, eine Form gleich der Wertform auszuweisen. Damit folgt sie Paschukanis in dem Bemühen, dem Recht neben der Ökonomie eine besondere Bedeutung dadurch beizumessen, dass sie festhält, es gebe eine der Marx'schen Wertform vergleichbare *Rechtsform*.

Buckel geht im Anschluss an Paschukanis davon aus, dass eine Übertragung der Wertformanalyse auf das Recht nur dann etwas

71 Dieser Punkt wird den zentralen Streitpunkt in der Auseinandersetzung mit Buckel darstellen.

72 Daher auch das ständige Spiel Marx' mit religiösen Metaphern. Auch Benjamin bedient diesen religiösen Aspekt, nur dass es bei ihm eher die Perspektive der Bedürfnisbefriedigung des Einzelnen ist, die sich religiös zum Kapitalismus verhält.

Substanzielles bedeuten kann, wenn die als Ware, Wert und Kapital beschriebene *Selbstbewegung* bei Marx im Recht aufgezeigt werden kann. Diese Charakterisierung macht Buckel sogleich zu ihrem Programm:

„Paschukanis hat nun in der Rechtsform eine weitere soziale Form ausgemacht. Wenn seine Behauptung richtig ist, dann müsste sie ebenfalls ein soziales Verhältnis darstellen, welches sich durch Abstraktion verselbstständigt und eine eigene Form, das heißt eine selbstständige objekthafte Qualität, ausbildet, die dem unmittelbaren Alltagshandeln entzogen ist, dieses jedoch anleitet und dadurch zu einer Kohäsionstechnologie wird.“<sup>73</sup>

Ich entzerre diesen recht dichten Satz, um ihn besser verstehen zu können und verbinde ihn mit dem, was schon in den vorherigen Abschnitten über die Marx'sche Wertform herausgearbeitet wurde. Ausgehend von diesem zitierten Satz versuche ich, einen freien Blick darauf zu gewinnen, wie Buckel die Formulierung der Rechtsform anzugehen gedenkt.

Paschukanis hat Buckel zufolge eine weitere soziale Form ausgemacht. Dass es sich bei den Marx'schen Formen um „soziale Formen“ handelt, kann insofern zugestanden werden, dass sie sich auf zwischenmenschliche Verhältnisse, auf gesellschaftliche Vermittlung beziehen, kurz: „soziale“ ist hier nicht wertend gemeint. Der Terminus sozialen Form, welcher im Marx'schen Werk selbst an keiner Stelle vorkommt, wird von Buckel unter Rückgriff auf *Brentel* und *Hirsch* gewonnen.<sup>74</sup> Die Rede von den sozialen Formen ist allerdings ohne besondere Bedeutung, solange mit einer sozialen Form bloß eine irgendwie geartete gesellschaftliche Institution bezeichnet wäre. So ist die Monogamie ebenso eine soziale Form, wie es das Duell einmal war. Das Recht kann zweifellos in diesem Sinne als eine soziale Form verstanden werden. Soziale Formen mögen komplex oder einfach sein, schon lange bestehen oder erst vor kurzem entstanden sein, tief im Bewusstsein einer Gesellschaft oder nur bei einem Teil derselben verankert sein – dies alles ist nicht von Belang. Aber ist das Recht eine Form im Sinne von Marx? Was sagt uns der Eingangssatz noch? Solcher Formen muss es mehrere geben, „weitere soziale Form“ heißt es bei Buckel, sodass Paschukanis neben

---

73 Buckel (2015), S. 237.

74 Buckel (2015), S. 230–231.

der Marx'schen Wertform noch die Form des Rechts entdecken konnte. Buckels Rede impliziert also – und darin wird der erste Teil meiner Auseinandersetzung mit Buckel liegen – dass es überhaupt mehrere Formen geben kann, die dem Kapital in seiner Fähigkeit, formbildende Kraft zu sein, gleichwertig sind. Da an dieser Stelle erst ein Überblick angestrebt wird, soll zunächst nur festgehalten werden, dass es eine „Pluralität der Formen“ gibt.

Untersucht wird weiter der eingangs zitierte, programmatische Entwurf Buckels und man wird im zweiten Satz mit einer Kondition konfrontiert: „Wenn seine [d.h. Paschukanis', S. K.] Behauptung richtig ist [...]“. Paschukanis' Ansatz war offenbar vielversprechend, aber auch Buckel war von der Ausführung der Analyse nicht überzeugt. Die Ausgangsthese von der Existenz einer *Rechtsform* war richtig, die Durchführung war es nicht: Es gibt zu viel Ableitung und das Ergebnis ist zu ökonomistisch.<sup>75</sup> Buckel tritt daher im Folgenden den Beweis an, welchen Paschukanis schuldig geblieben ist, nämlich dass das Recht die Kriterien erfüllt, welche an eine soziale Form im Marx'schen Sinne zu stellen sind.

So wird als Kennzeichen für die Formanalyse Marx' die Verselbstständigung eines sozialen Verhältnisses „durch Abstraktion“<sup>76</sup> angenommen, welches demnach eine selbstständige objekthafte Qualität impliziert, die dem Alltagshandeln entzogen ist. Ob diese Beschreibung als „objekthafte Qualität“ dem weiteren Fortgang zuträglich ist, steht dahin. Ich konzentriere mich auf die mögliche Verselbstständigung, welche – und hier liegt eigentlich die gesamte Kritik – dem Alltagshandeln entzogen ist.<sup>77</sup> Man wird im Folgenden sehen, warum damit die Marx'sche Analyse verfehlt wird – ich glaube, dass dies ein aufschlussreiches Missverstehen beinhaltet –, welchem Zweck dieses Missverstehen dient und welche Konsequenzen daraus folgen.

Wie geht Buckel nun vor? Sie ist gezwungen, zwei Schritte zu vollziehen. Einen Schritt der Abstraktion von der Marx'schen Methode auf eine allgemeine Theorie der sozialen Form(en), die soziale Form an sich. Hier geht sie unter Rückgriff auf Brentel induktiv

75 Buckel (2015), S. 230.

76 Damit wird später die Fachsprache der Juristen gemeint sein.

77 In Marx' *Kapital* entzieht sich das Kapital nicht nur dem Zugriff des Alltagshandelns, sondern dem Zugriff überhaupt. Darin liegt gerade die Unmöglichkeit, mit Marx im Rücken Elitenkritik zu betreiben.

bzw. reflektierend vor, um auf eine *allgemeine Bestimmung* sozialer Formen schließen zu können. Von hier aus kann sie deduktiv auf die Rechtsform schließen. Die Bewegung lautet daher auf folgenden Dreischritt: Wertformanalyse Marx' – Form an sich – Rechtsform im Sinne Buckels. Daraus ergibt sich für die vorliegende Untersuchung Folgendes: Zunächst folge ich Buckel bei der Suche nach den allgemeinen Kriterien für das, was bei ihr „soziale Form“ im Sinne Marx' heißt. In einem weiteren Schritt wird zu sehen sein, ob das Recht als solch eine soziale Form beschrieben werden kann und was daraus für Buckels Analyse der Rechtsform folgt.

### *Allgemeine Theorie sozialer Formen*

Um die Buckel'sche Analyse der rechtlichen Form zu begreifen, ist in einem ersten Schritt herauszuarbeiten, wie Buckel sich den Weg von der Wertformanalyse Marx' zu Ihrer eigenen Rechtsformanalyse vorstellt. Anstatt eine rechtliche Form zu benennen, wie sie einem die etablierte Rechtslehre böte (gleich wie die klassische Nationalökonomie für Marx schon die Unterscheidung in Gebrauchs- und Tauschwert bereithielt),<sup>78</sup> kommt es Buckel erst darauf an, abstrahierend oder in ihren Worten: „generalisierend“ festzuhalten, was die Marx'sche Form ausmacht, um in einem zweiten Schritt das Recht daraufhin zu befragen, ob es eine der Marx'schen Wertform vergleichbare Form darstellt. Es sei deshalb vorab darauf hingewiesen, dass eine solche Herangehensweise dazu neigt, das Material nicht aus sich selbst heraus zur Sprache kommen zu lassen.

Es gibt noch einen Einwand, der im Weiteren aufzugreifen sein wird, hier aber schon einmal artikuliert werden soll. Zwar *hat* der Wert eine Form, in der er sich ausdrückt, doch dadurch ist noch nichts gesagt. Auch die Gewalt hat Formen, in denen sie sich ausdrückt. Die Tatsache, dass bei der Auseinandersetzung um die Form der Ausdruck Wertform in ihrem ausgesprochenen Urteil – *x* Ware A ist *y* Ware B *wert* – nicht zur Sprache kommt, lässt befürchten, dass die Form hier nur Mittel zum Zweck ist. Neben dieser erst sekundär, d. h. in Analogie zu Marx nachgereichten Frage der Formbestim-

---

<sup>78</sup> Menke macht dies vor, indem er eine Auseinandersetzung mit der Interessens- und Willentheorie leistet, vgl. Menke (2018d), S. 91–97.

mung wird von Buckel schon zu Beginn genau das verweigert, was Marx mit der Arbeitsteilung anzugeben im Stande war: die Substanz für die Waren- und Wertform. Hier ist noch einmal explizit auf die schon angedeutete substanztheoretische Formbestimmung Marx' hinzuweisen. Die Form ergibt sich bei Marx nur im Zusammenhang mit einer Substanz. Wer diese Substanz nicht anzugeben vermag, kann nicht behaupten, die Marx'sche Formanalyse „nachvollzogen“ zu haben. Buckel untersucht aber lediglich die Wirkungsweise der Form,<sup>79</sup> da sie eine funktionalistische Deutung vermeiden will. Das ist allein schon insofern aufschlussreich, als die Funktion ursprünglich herangezogen worden war, um die überkommene Substanz zu ersetzen. Wird nun auch die Funktion als (schlechte) Nachfolgerin der Substanz zugunsten der „Wirkung“<sup>80</sup> abgelehnt, dann hat man sich Bange machen lassen.

Beginnen sei nun, vor der Betrachtung dessen, was Buckel als Rechtsform ausweist, mit besagter Auseinandersetzung der von ihr aufgestellten Theorie der sozialen Formen. Dabei werde ich mich entlang dreier Fragen bewegen, die teilweise aufeinander verweisen. Die Fragen und damit die Reihenfolge der nachfolgenden Anmerkungen lauten *erstens*, ob es überhaupt mehrere Formen gleich der Wertform geben kann oder ob die keine anderen Formen neben sich duldet. *Zweitens* wäre zu beantworten, ob Buckel (wie Paschukanis) das Verhältnis zwischen Rechtsform und Wertform im Sinne einer Analogie bestimmt oder ob hier nicht die Bildung einer allgemeinen Theorie der sozialen Formen angestrebt wird. Und *drittens* wäre festzustellen, wie Buckel zufolge diese Form an sich, die Form der Formen (wir glauben dass eine solche aufgestellt wird), lauten soll. Erst danach kann die Frage nach der Bestimmung der Rechtsform in den Blick kommen. Ich betone noch einmal, mit dieser Darstellung streng dem Weg Buckels zu folgen, nämlich die Bestimmung der „sozialen Form“ der Rechtsform vorangehen zu lassen. Allein so kann dieser Gedankengang angemessen nachvollzogen werden.

---

79 Buckel (2015), S. 230 u. 238.

80 Buckel (2015), S. 238.

Kann es mehrere Formen im Marx'schen Sinne geben?

Die Grundvoraussetzung für das gesamte Ansinnen Paschukanis' wie Buckel ist es, dass es überhaupt mehrere Formen – und das ist entscheidend – im Sinne Marx' geben kann. Dazu zitiert Buckel Hirsch, welcher als taugliche Formen aufzählt: Ware, Geld, Kapital, Recht, Staat.<sup>81</sup> Wie wir seit Marx' Wertformanalyse wissen, liegt in der Ware schon der Gegensatz von Gebrauchs- und Tauschwert, in der einfachen Wertform schon das Geld an sich und das Geld wirft in der Veräußerung G-W-G' den Mehrwert ab. Es handelt sich also um einen Gegenstand in verschiedenen Stufen seiner Entwicklung und damit zwar um verschiedene Formen aber alle können als *Sein zum Kapital* bestimmt werden. Daneben benennt Hirsch mit Recht und Staat zwei Formen moderner Herrschaft und in dieser Frage des Verhältnisses, gegebenenfalls des Neben- oder Miteinander verschiedener Formen, liegt auch das eigentliche Problem, das Buckel folgendermaßen formuliert:

„Mit Marx kommt man zu einem vermittelnden Ergebnis. Es gibt keinen privilegierten Ort mehr, von dem aus über das Ganze reflektiert werden könnte, aber stattdessen Träger [!] gesellschaftlicher Synthesis, die ein Moment aufbewahren, was Habermas an Hoffnungen in die Lebenswelt projiziert“.<sup>82</sup>

Nach Marx soll es also *mehrere Träger* einer Synthesis geben. Dass Marx so etwas niemals behauptet hat, wird nicht zuletzt dadurch unterstrichen, dass diese Stelle nicht mit einem Zitat ausgewiesen ist. Diese leichte semantische Verschiebung in die Pluralität der *Träger* ermöglicht es Buckel allerdings, fortan davon zu sprechen, dass es mehrere Träger einer gesellschaftlichen Synthesis gäbe und dies unter dem Eindruck, Marx hätte dies schon behauptet. Dies dient nur dem Zweck, die These zu erhärten, dass es sich bei der Gesellschaftlichkeit um ein einziges hegemoniales Projekt handle.<sup>83</sup>

Was haben wir also bislang über die Frage der sozialen Formen erfahren? Der Marx'sche Wert ist lediglich *eine* Form. In diese

---

81 Buckel (2015), S. 230.

82 Buckel (2015), S. 228. Es muss schon eine seltsame Frage sein, auf die man zwischen Habermas auf der einen und Luhmann/Teubner auf der anderen Seite mit Marx zu einem *vermittelnden Ergebnis* kommt.

83 Mouffe (2019), S. 20.

privilegierte Position ist er aber geraten, da er (einer der) Träger gesellschaftlicher Synthesis ist. Der Begriff Synthesis wurde prominent von Sohn-Rethel eingeführt, scheint bei diesem aber einen abweichenden Bedeutungsgehalt aufzuweisen als bei Buckel. So weist Sohn-Rethel den Formen von Wert und Ware die Eigenschaft zu, dass

„die voneinander unabhängigen Tätigkeiten von Privatproduzenten blindlings zu einer Gesellschaft zusammenhängen. Es sei uns erlaubt, für diese Funktion den kantischen Begriff der ‚Synthesis‘ zu entlehnen.“<sup>84</sup>

Man beachte: *einer* Gesellschaft. Da Sohn-Rethel sich nun aber auf Kant bezieht und von diesem den Begriff der Synthesis übernommen zu haben glaubt (eigentlich besteht Sohn-Rethels gesamte Arbeit in dem Nachweis, dass Kant im Transzendentalsubjekt den Wert denkt),<sup>85</sup> gerät man in größte Schwierigkeiten, wenn man diesen Verweis auf die Synthesis nicht als bloße Spielerei abtun möchte. Um das nachvollziehen zu können, sei kurz an das erinnert, was Kant mit der Synthesis eigentlich bezeichnen wollte. Die Verbindung der vielfältigen Sinneseindrücke ergibt sich weder aus diesen Eindrücken selbst noch aus dem, was Kant als sinnliche Anschauung bezeichnet, nämlich Raum und Zeit.<sup>86</sup> Vielmehr handelt es sich bei Kants Synthesis um einen Akt der Vorstellungskraft, also eine Verstandeshandlung.<sup>87</sup> Es ist die verstandesmäßige Verbindung des Mannigfaltigen. Buckels Hinweis auf die ursprünglich-synthetische Einheit der Apperzeption ist insofern richtig,<sup>88</sup> als erst diese Vorstellung den wirklichen Grund für die Einheit liefern kann.<sup>89</sup> Demnach hat Kant zufolge alles Mannigfaltige einen notwendigen Bezug auf das „Ich denke, in demselben Subjekt“<sup>90</sup> oder anders: die Synthesis setzt produktive Verstandestätigkeit voraus und ist wird darin Sub-

84 Sohn-Rethel (2018b), S. 80.

85 Den Begriff hat er offensichtlich entlehnt, ob diese Übertragung gelungen ist, lasse ich an dieser Stelle offen.

86 Kant (1900bff.), B130.

87 Kant (1900bff.), B130.

88 Buckel (2015), S. 227, Fn. 2.

89 Kant (1900bff.), B132.

90 Kant (1900bff.), B132.

jekt.<sup>91</sup> Dass es bei Kant mehrere Träger, d. h. mehrere Subjekte der Synthesis in ein und demselben Zusammenhang geben könnte, ist offensichtlich unmöglich. Sohn-Rethel würde dieser mannigfaltigen Synthesis ebenfalls, aber aus anderen Gründen, nicht zustimmen können. Wollte man im Bilde bleiben, müsste man schon noch den konsequenten Schritt gehen und den gesellschaftlichen Zusammenhang, der mehrere Träger der Synthesis kennt, als schizophren bezeichnen. Zwei unabhängige Verstandestätigkeiten in einem Subjekt. Diesen (naheliegenden) Schritt geht Buckel nicht.

Davon unberührt kann Buckel aber im Anschluss das *Recht* als Teil gesellschaftlicher Synthesis bestimmen und gewinnt über die Assoziationskette Wert – Synthesis – *plurale* Träger der Synthesis – Recht, die Möglichkeit, mehrere gleichberechtigte Formen auszuweisen: das Recht wäre dann eine Form im Sinne Marx', man ist berechtigt, von der Rechtsform als *einer* Trägerin der Synthesis zu sprechen. Wieviel Sinn es dann aber macht, von einer Synthesis zu sprechen, wenn die Einheit immer aus verschiedenen Richtungen, von verschiedenen Trägern, hergestellt werden kann, muss an dieser Stelle mit dem Aufwerfen der Frage allein beantwortet bleiben. Auf Marx kann Buckel sich dabei meines Erachtens nicht berufen.

Kann es eine Form der Formen geben?

Hat man aber einmal wie Buckel festgestellt, dass es mehrere soziale Formen geben kann (im Sinne gleicher Dignität der Wertform), stellt sich die Frage nach deren Beschaffenheit. Dies ist es, was Buckel mit der „Generalisierung im Sinne Foucaults“<sup>92</sup> im Sinn hat.

Um Anschluss an Marx halten zu können, ohne in Ableitungsschwierigkeiten zu geraten, muss Buckel eine Form jenseits der Wertform annehmen, welche von dieser unabhängig ist. Die Gefahr bei der Ableitung besteht, wenn man die Eigenständigkeit einer Form anzugeben versucht, aber keinen anderen Grund nennen kann, denn den Grund einer anderen Form. So erging es Paschukanis bei der Rechtsform, deren Grund er am Ende doch in der warentauschenden Gesellschaft suchen musste, da er nicht in der Lage war,

---

91 Kant (1900bff.), B130.

92 Buckel (2015), S. 226.

einen anderen Grund anzugeben. Wie gelangt Buckel zu ihrem Ziel, die Rechtsform als unabhängig von der Wertform auszuweisen? Im Endeffekt handelt es sich um eine Abstraktion von Marx' Vorgehen, welches äußerlich als Suche nach ähnlichen methodischen Herangehensweisen ausgegeben wird. Noch einmal der Ausgangspunkt für die Analyse der „absoluten“ Form bei Buckel:

„Dabei besteht mein Ansatz darin, anstelle einer Ableitung der Rechtsform aus der Warenform die ihnen gemeinsame Arbeitsweise im Sinne Foucaults zu generalisieren, um daran anschließend die Spezifik der Rechtsform herausarbeiten zu können.“<sup>93</sup>

Zunächst soll also aus der Rechts- und der Warenform eine gemeinsame Arbeitsweise generalisiert werden. Das setzt selbstverständlich die Vorstellung von einer rechtlichen Form voraus. Nach dieser Generalisierung soll dann die Spezifik herausgearbeitet werden. Steht dahinter nun eine Form der Formen, d. h. eine Form, welche den anderen Formen ihre Gestalt gibt, oder bleibt es doch bei der schon von Paschukanis betriebenen Analogisierung zwischen der Rechts- und der Wertform? Eine eigene Theorie sozialer Formen stellt Buckel nicht explizit auf. So heißt es, die Untersuchung der Rechtsform solle „jeweils verdeutlicht an der von Marx untersuchten sozialen Form, der Wertform“<sup>94</sup> vorgenommen werden. Das lässt eher auf eine Analogie schließen. Dies ging auch noch aus dem Zitat von Hirsch hervor, der neben der Waren- und Wertform noch auf Staat und Recht abstellte. Buckel bleibt in ihrer Antwort vage. „Soziale Formen erfordern daher eine Fetischtheorie“<sup>95</sup> und „Soziale Formen sind also längst nicht die einzigen „Undurchdringlichkeiten“<sup>96</sup> oder „Soziale Formen stellen ein zentrales *Strukturprinzip* kapitalistischer Vergesellschaftung dar.“<sup>97</sup> Dahinter muss eine soziale Form als solche stehen. Man kann die relative Unabhängigkeit von Marx – und darum geht es den Materialisten in der Nachfolge von Paschukanis – nur dadurch erreichen, dass man die vermeintliche Allmacht des Kapitals als zentrales Moment gesellschaftlicher Vermittlung zurückdrängt. Um aber den Zusammenhang mit Marx nicht vollends zu

93 Buckel (2015), S. 226.

94 Buckel (2015), S. 231.

95 Buckel (2015), S. 234.

96 Buckel (2015), S. 236.

97 Buckel (2015), S. 251.

verlieren, anerkennt Buckel nun seine Analyse der Wertform als erste Darstellung dessen, was allgemein soziale Formen ausmacht. Um diese allgemeine Theorie der sozialen Formen aufzuzeigen, muss nur die Marx'sche Analyse selbst wieder analysiert und auf ihre Vorgehensweise untersucht werden. Genau so setzt Buckel dann auch an.

Wie bestimmt Buckel die Form an sich?

Buckel übernimmt an dieser Stelle eine Formenteilung, wie Brentel sie in seiner Studie zur „sozialen Form“<sup>98</sup> darlegt. Brentel nennt drei Formenteilungen, welche Buckel später für die Rechtsform übernimmt, Form I, II und III. So schreibt Brentel bezogen auf die Marx'sche Analyse (und auf etwas anderes bezieht er sich nicht, erst recht nicht auf irgendeine soziale Form als solche):

„Entscheidend wichtig ist es daher zu begreifen, daß Marx beide, Wert wie Wertform, als spezifisch soziale Formen der gesellschaftlichen Arbeit faßt. Schon die abstrakt-allgemeine Arbeit als Werts substanz ist spezifisch soziale Form (Form I), die in den Wertformen (Form II), den Kategorien der bürgerlichen Ökonomie, ihre Erscheinungs- und Existenzform hat.“<sup>99</sup>

Soweit Brentel, ich kann dieser Rekapitulation nur zustimmen. Darin liegt gerade der Marx'sche Substanzbegriff, dass sich das Prinzip der bürgerlichen Gesellschaft, dieses „Sein für Andere“<sup>100</sup> als das Wesen in den verschiedenen Formen, sei es die Ware, sei es Geld, Kapital oder Zins, zeigt, denn das „Wesen muß erscheinen“<sup>101</sup>. Buckel – wir erinnern an das Arbeitsprogramm der Rechtsformanalyse – möchte nun zunächst die Gesetze sozialer Formen unter Rückgriff auf die Wertformanalyse herausarbeiten, bevor diese dann auf das Recht angewendet werden. Sie greift diese abstrahierende Gleichsetzung der Arbeit durch den Wert auf und bestimmt diese Abstraktion in (formaler) Übereinstimmung mit Brentel zu der ersten der sozialen Formen.<sup>102</sup> Damit ist, um es noch einmal deutlich herauszustel-

---

98 Brentel (1989).

99 Brentel (1989), S. 14.

100 Hegel (1986b), § 192.

101 Hegel (1999), S. 104.

102 Buckel (2015), S. 231.

len, die Form I der sozialen Formen wesentlich als *Abstraktion* vom Konkreten, Besonderen bestimmt. Auch folgt Buckel Brentel bei der Bestimmung der zweiten Form, welche von Buckel wortgleich als Erscheinungs- und Existenzform bezeichnet wird.<sup>103</sup> Worauf bezieht sich die Frage nach Erscheinung und Existenz? Buckel übernimmt die bei Marx schon kritisch eingeführten metaphysischen Grundannahmen, ohne auf diese zu reflektieren. Abgeschlossen wird diese Formenteilung im Rückgriff auf Brentel durch eine dritte Form. Bei Brentel handelt es sich um die spezifische Form, welche die Gesellschaft in Ihrer Auseinandersetzung mit der Natur annimmt,<sup>104</sup> und er bezeichnet dies als „spezifische Produktionsweise“.<sup>105</sup> Buckel kann dies selbst im Rahmen ihrer Generalisierung nicht aufnehmen und verweist pauschal auf die Darstellung Ihrer Problematik um die Synthesis. Insofern übernimmt Buckel eigentlich nur die ersten beiden Formen Brentels, einmal die Abstraktion und einmal die Erscheinung des Abstrakten in einem Konkretum. Im Gegensatz zu Brentels Nachvollzug der Marx'schen Wertformenlehre fehlt aber der Substanzbegriff bei Form I. Brentel kann diesen, wenn auch sprachlich verdeckt, angeben und hebt in seiner Studie immer wieder hervor, dass es die Arbeit ist. Auch Buckel verschweigt diesen Umstand bezogen auf den Marx'schen Wert nicht. Während aber Brentel im Anschluss an Marx die Substanz des Wertes auf die Arbeit zurückführen kann, so bleibt unklar, welche Substanz Buckel für ihre allgemeine Theorie der sozialen Formen, welche hier implizit vorgenommen wird, bzw. für das Recht anzugeben fähig ist. Diese Schwierigkeiten sind an dieser Stelle nicht aufzulösen und sie können auch gar nicht aufgelöst werden. Es reicht aus, darauf hinzuweisen, dass eine Rede von der Form im Marx'schen Sinne ohne den Begriff Substanz leer bleiben muss. Gerade hierin liegen allerdings die bereits angedeuteten Schwächen eines solchen Verfahrens, nämlich aus der Marx'schen Analyse eine Meta-Analyse zu generieren.

---

103 Buckel (2015), S. 231.

104 Ich weise daraufhin, dass die Formenteilungen Brentels, so wenig sie im echten Sinne falsch sind, mehr verwirren, denn sonderlich hilfreich sind. Sie verwischen den Substanzbegriff Marx' und erklären die Substanz zur Form I, während sie die wirklichen Formen zur Form II degradieren. Das ist wenig überzeugend und schade zugleich, da die inhaltlichen Bestimmungen, die Brentel vornimmt, nicht verkehrt sind.

105 Brentel (1989), S. 154.

Die *sozialen Formen* Brentels sind auf die Marx'sche Kritik der politischen Ökonomie beschränkt, nur hier entfalten sie ihre Gültigkeit und damit ihre Berechtigung.

Nun fragt sich Buckel jedoch, wie bei Marx die Erscheinung des Wertes erklärt wird. Hatte Buckel noch in der Form I die Abstraktion hervorgehoben, so wird diese nun im Übergang zu Form II als „Realabstraktion“ bestimmt.<sup>106</sup> Diese unter den Aspekten Fetischcharakter und Verdinglichung behandelten Folgen werden – und es bleibt unklar, wie das geschieht – als Verselbstständigung deklariert: „Der Fetisch der sozialen Formen ist nicht die einzige Verselbstständigung.“<sup>107</sup> Hier werden noch einmal die Grenzen der Herangehensweise deutlich. Buckel glaubt, um irgendwie im Anschluss an Marx eine Form ausweisen zu können, mit dem Begriff Verselbstständigung operieren zu müssen. Dass sich aus dem *Fetisch* der Sachen nicht ihre *Verselbstständigung* ergibt, ist nicht zuletzt daraus ersichtlich, dass bei Marx der Austauschprozess unmittelbar *nach* dem Fetischkapitel einsetzt.<sup>108</sup> Würde sich aus dem Fetischcharakter der Ware die, durch den Begriff Kapital beschriebene Selbstbewegung, ergeben, hätte sich Marx die Kapitel zum Austauschprozess und zum Geld, welche die Brücke zum Begriff Kapital bilden, sparen können. Fetisch, Verdinglichung, Realabstraktion und Objektivitätsüberhang erzeugen nicht aus sich heraus eine Verselbstständigung, wie Marx dies für das Kapital nachgewiesen hat. Weitere Erläuterungen zu diesem Zusammenhang bleibt Buckel schuldig. Hier hat sich die Theorie verselbstständigt, nicht der Gegenstand.

## Überleitung Zur Rechtsformanalyse

Ich habe nun das Vorhaben Buckels bis zu dem Punkt verfolgt, ab welchem Buckel ihre Auseinandersetzung mit der Rechtsform beginnt und dabei festgestellt, dass Buckel mehrere soziale Formen im Sinne der von Marx untersuchten Form annimmt bzw. annehmen muss. Darüber hinaus legt Buckel der Untersuchung eine allgemeine

---

106 Die Debatte um Sohn-Rethel und Adorno soll an dieser Stelle nicht noch einmal ausgeführt werden.

107 Buckel (2015), S. 235.

108 Marx (2018), S. 98.

Theorie sozialer Formen zugrunde, auch wenn sie dies nicht explizit macht. Die für Buckel wesentlichen Schritte, welche zu einer solchen Form führen, sind die Abstraktion von Konkretem (Form I) und die Existenz dieser Form als Form II. Diese Existenz bestimmt Buckel als Verdinglichung und leitet daraus eine Selbstbewegung der Form ab, die dem „unmittelbaren Zugriff des Alltagshandelns“<sup>109</sup> entzogen sein soll. Diese Merkmale, Abstraktion, Verdinglichung, Selbstbewegung und ein Sich-Entziehen des Gegenstandes, machen offenbar bei Buckel eine soziale Form im Sinne Marx' aus. Das ist das Ergebnis der erwähnten Generalisierung. Hat man also einen Gegenstand mit diesen Merkmalen identifiziert, so kann man sich sicher sein, einen Träger der Synthesis erkannt zu haben und darf ihn ebenbürtig neben der Marx'schen Wertform aufstellen. Dies versucht Buckel nun, für den Gegenstand des Rechts zu leisten, wie im Weiteren zu sehen sein wird.

### *Recht als Form im Marx'schen Sinne*

Wie wird die Rechtsform bestimmt? Aus dem bereits Gesagten dürften nun jenseits der inhaltlichen Formbestimmung selbst, wohl aber hinsichtlich der Struktur selbiger klar sein, dass die *eine* Rechtsform sich hier, wie von Brentel vorgezeichnet und von Buckel übernommen, in mehreren Formen darbietet. Diese Formen sind die Rechtsform I und die Rechtsform II. Die dritte von Brentel ausgemachte Form wird von Buckel nur an einer Stelle beiläufig erwähnt, da hier die Analogiebildung offenbar an ihre Grenzen stößt und nicht weiter verfolgt werden kann.<sup>110</sup>

### Rechtsform I. Abstraktion.

In den allgemeinen Überlegungen zur sozialen Form sieht Buckel im Anschluss an Brentel die Form I wesentlich durch die Abstraktion bedingt. Brentel rekonstruierte im Anschluss an Marx diese Abstraktion anhand der allgemeinen Arbeit. Das relevante Abstraktionsmo-

109 Buckel (2015), S. 237.

110 Buckel (2015), S. 242.

ment erkennt Buckel im Absehen des Rechts von dem konkreten Menschen hin zum Begriff des Subjekts. So würden über das Recht die „divergenten Einzelnen zu einem sozialen Gewebe verknüpft. Verknüpfen lassen sie sich jedoch nur über die abstrakte Gleichsetzung in der Rechtssubjektivität.“<sup>111</sup> Man könnte sagen – und das sieht Buckel auch –, dass der Mensch dadurch seine gesellschaftliche Form findet. Diese *Subjektivierung* ist es, welche die *Kohäsion* ermöglicht (und so erklärt sich der Titel des Buches).

Allerdings erfahren wir nicht viel Neues über die Wirkung dieser Abstraktion. Weitestgehend ist dies alles, mit abweichender, weil bei diesem mehr auf den Warentausch bezogener Argumentation, schon bei Paschukanis vorhanden.<sup>112</sup> Eine Stelle hingegen muss stutzig machen. Buckel klärt über die Realabstraktion auf, welche immer dann vorliegen soll, wenn rechtliche Handlungen als solche von den Beteiligten nicht wahrgenommen werden. Rechtliche Kodierung trete in solchen Fällen meist erst im Falle einer Störung des Vertragsverhältnisses auf. Solange Kodierung wirklich nur eine Art der Sichtbarmachung bezeichnet, wird diese zugestanden. Eine Ausnahme sei aber, so Buckel, die Schriftform, welche den Beteiligten den Rechtscharakter der Handlung unmittelbar vor Augen führe.<sup>113</sup> Die Herstellung von Rechtssubjektivität sei daher meist unsichtbar, trete aber bei juristischen Personen noch am ehesten hervor, d. h. bei solchen „die nur durch das Recht Subjektcharakter erhalten.“<sup>114</sup> Wie ist das zu verstehen? Bestand nicht die ganze Rechtsform I aus der Abstraktion, welche der Herstellung von Rechtssubjektivität dienen sollte? Was bringt Buckel in diesem Zusammenhang dazu, davon auszugehen, dass vorzugsweise juristische Personen durch das Recht einen Subjektcharakter erhalten, der einzelne Mensch hingegen nicht? Wenn nur juristische Personen ihre Subjektivität durch das Recht erhalten, müssen alle anderen diese schon vorab gehabt haben. Diese Feststellung ist offensichtlich mit dem restlichen Text unvereinbar. Kurz zuvor hatte Buckel noch erklärt, „dass das Recht

---

111 Buckel (2015), S. 238.

112 Paschukanis (2013), S. 109–116.

113 Buckel (2015), S. 239.

114 Buckel (2015), S. 239.

an der Subjektivierung maßgeblich beteiligt ist.<sup>115</sup> Und kurz darauf soll sich lediglich die juristische Person aus dem Recht ergeben?

Ich bin an diesem Punkte aber nicht um seiner selbst willen interessiert, er wird sogleich noch einmal etwas bedeuten, nämlich dann, wenn dieser vermeintliche Fehler als einer ausgewiesen wird, der ein grundlegendes Verständnis Buckels über die hier zentralen Gegenstände und Begriffe offenbart. Insgesamt aber liegt der Schwerpunkt in Buckels Analyse nicht auf der Rechtsform I, dafür bleiben die Ausführungen zu kursorisch, der Zusammenhang mit Marx' Analyse zu wenig informativ. Die Erkenntnis ist: Abstraktion schafft Rechtssubjekte. Wir richten unser Augenmerk daher auf die Rechtsform II.

Rechtsform II. Verdinglichung und Verselbstständigung: der gerichtliche Prozess.

Die Abstraktion ist nämlich nicht alles. Buckel möchte darlegen, warum auch die Form des Rechts, ähnlich dem Kapital, eine eigene „objekthafte Qualität“ gewinnt. Wie gelingt dies dem Recht? Buckel hält fest, dass es das *gerichtliche Verfahren* ist, in dem das Recht seine „Verdinglichung“ erhält.<sup>116</sup> Es sei daran erinnert, dass es das Merkmal der (sozialen) Form II war, in ihrer Existenz eine Verdinglichung und Verselbstständigung hervorzubringen. Dieser Gedanke (von Buckel seltsamerweise nicht ausgewiesen),<sup>117</sup> steht schon bei Paschukanis. Er hat „auch das Moment hervorgehoben, das nach

115 Buckel (2015), S. 37.

116 Buckel (2015), S. 240–242 Bei Schmitt wird dieser recht banale Gedanke ebenfalls ausgesprochen, sogar unter Verwendung des Ausdrucks der „Rechtsform“: „Die Rechtsform wird beherrscht von der Rechtsidee und der Notwendigkeit, einen Rechtsgedanken auf einen konkreten Tatbestand anzuwenden, das heißt von der Rechtsverwirklichung im weitesten Sinne. [...] Das gilt sowohl für die Formierung eines allgemeinen Rechtsgedankens in einem positiven Gesetz als auch für die Anwendung einer positiven generellen Rechtsnorm in der Rechtspflege oder Verwaltung. Hiervon ist bei einer Erörterung der Eigenart der Rechtsform auszugehen.“ Schmitt (2015b), S. 35.

117 Bei allem Dissens mit Paschukanis über die Ausführung der Rechtsformanalyse wäre es eine gute Gelegenheit gewesen, auch Gemeinsamkeiten herauszuarbeiten, die jenseits der bloß gemeinsamen Herangehensweise über die Formanalyse bestehen. Die Tatsache, daß beide im gerichtlichen Verfahren das Wesentliche der Rechtsform sehen, ist so eine Gemeinsamkeit.

meinem Dafürhalten die vollständigste Realisierung der Rechtsform darstellt: das Gericht und den gerichtlichen Prozeß.<sup>118</sup> Wie sogleich zu sehen ist, entspricht die Erkenntnis derjenigen Buckels. Auch bei Paschukanis scheint es zwei Stufen der Rechtsform zu geben. Einmal, wie bereits in den Ausführungen zu Paschukanis dargelegt, die subjektive Berechtigung, welche den Subjekten qua Warenhüterexistenz zukommt. Andererseits ist auch bei Paschukanis dieser Umstand erst im gerichtlichen Verfahren *vollständig realisiert*. Diese Realisierung will Buckel im Rückgriff auf Brentel als Rechtsform II beschreiben.<sup>119</sup> Sie beschreibt die Rechtsform II wie folgt:

„Die Prozeduren [...], dass nämlich Entscheidungen der jeweiligen sozialen Kräfteverteilung entrissen werden und in die Sphäre des Rechts entrückt sowie juristisch codiert werden, erweisen sich hier nicht als das Ende der Rechtsform, sondern als deren Wesen. Die Rechtsform II schafft eine neue Realität, mit eigener Dignität [...]. Das gesellschaftliche Verhältnis, welches die Rechtsform I darstellt, ist dasjenige der Subjekte zueinander. Es verselbstständigt sich in der Rechtsform II, den juridischen Verfahren als Ensemble von Praxen und Institutionen. Das ursprüngliche soziale Verhältnis geht in den Verfahren der Rechtsform auf, in denen sich die Beteiligten wie in einem Spinnennetz verfangen, und wird darin verformt.“<sup>120</sup>

Der Begriff einer „neuen Realität“ deutet auf einen ontologischen Abgrund zwischen den beiden Rechtsformen, Abstraktion (Form I) und Verfahren (Form II), hin, was hält beide Rechtsformen dann zusammen, solange sie beide jeweils eigenen und gegeneinander getrennten Sphären angehören? Nun scheint das Wesen im gerichtlichen Verfahren der Form II zu liegen, welche ursprünglich (bei dem Rückgriff auf Marx und Brentel) als Erscheinung bzw. Existenz bestimmt worden war. Für diese Bestimmung Buckels gibt es zwei Erklärungen: Entweder hat Buckel die substanztheoretische Bestimmung bei Marx nicht berücksichtigt oder sie bestimmt das Wesen ganz existenzialistisch als nur in der Erscheinung liegendes. Es ist jedenfalls wenig einleuchtend in der allgemeinen Theorie sozialer Formen nach Marx, die erste Form (das, was bei Marx die Substanz, d. h. das Wesen ist) als Abstraktion zu bestimmen, die Form II (das

---

118 Paschukanis (2013), S. 41.

119 Buckel (2015), S. 231.

120 Buckel (2015), S. 242.

geht nun kongruent mit Marx) danach als Erscheinung, nur um dann in der Analyse der *Rechtsform* die Form II, ausgewiesen als gerichtliches Verfahren, als Wesen zu bestimmen (was bei Marx die sog. Form I ist). Ich kann hier auf diese Unstimmigkeiten nur aufmerksam machen, eine Lösung bietet sich dafür innerhalb der theoretischen Prämissen Buckels nicht an. Im Fortgang folge ich aber, jenseits dieser theoretischen Probleme, der inhaltlichen Bestimmung dessen, was Buckel als Rechtsform II ausweist.

Es gibt laut Buckel also ein ursprüngliches soziales Verhältnis, welches dann in der Rechtsform, d. h. der Subjektivierung (Rechtsform I) und der Verdinglichung und Verselbstständigung (Rechtsform II), *verformt* wird. Worum handelt es sich bei diesem ursprünglichen sozialen Verhältnis? Gibt es auch bei Buckel eine unberührte Lebenswelt, die durch das gerichtliche Verfahren verformt wird? Buckel erklärt sich dazu leider nicht. Aber sie liefert einen Hinweis darauf, worin diese Verformung des ursprünglichen sozialen Verhältnisses bestehen könnte. Diese Verformung stelle nämlich ein Prozedere dar, in welchem die Streitparteien die „Erfahrung der Abstraktion von ihrer Subjektivität machen“.<sup>121</sup> Ist mit dieser Subjektivität die durch die rechtliche Abstraktion in der Rechtsform I erfolgte *Subjektivierung* gemeint oder besteht ein Unterschied zwischen einer außerrechtlichen Subjektivität, von der abstrahiert wird und der zuvor stets als solcher adressierten Subjektivierung in der Rechtsform? Dieser Unterschied könnte in dem Falle bestehen, in welchem neben der Subjektivität im Rahmen eines ursprünglichen sozialen Verhältnisses noch eine Subjektivierung durch die rechtliche Abstraktion erfolgen kann. Damit greife ich den *vermeintlichen Fehler* Buckels aus der Rechtsform I auf, als sie nur die juristische Person als eine solche beschrieb, die durch das Recht ihren Subjektcharakter erhält. Buckel zitiert dazu Hunter, welche die Isolierungsfunktion des gerichtlichen Verfahrens charakterisiert als “the erasure of their subjectivity in order to become the necessary kind of legal subjects”.<sup>122</sup> Sie beschreibt dankenswerterweise auch, worum es sich bei der Subjektivität (sie spricht speziell über Opfer in gerichtlichen Verfahren), *vor* der Rechtssubjektivität handelt, nämlich um “stories[,] the meaning behind their circumstances and unique

121 Buckel (2015), S. 242.

122 Hunter (2006), S. 40.

identities”<sup>123</sup>. Wie verhalten diese sich zum Recht und zu der von Buckel beschriebenen *Subjektivierung* durch das Recht? Wir müssen diese Frage offenlassen. Buckel beantwortet sie nicht. Es scheint aber eine nicht-juristische Lebenswelt voller *stories*, *meaning* und *unique identities* zu geben, bevor das Recht diese zerstört und *verformt*.

Ich kehre zu der eingangs zitierten Passage zurück und verlasse damit die Frage nach (vorrechtlicher) Subjektivität und rechtlicher Subjektivierung. In dem genannten Zitat erfährt der Leser jedenfalls, dass es nicht nur bloß, wie am Anfang angenommen, zwei Rechtsformen gibt, sondern dass das *Wesen* der Rechtsform die sog. Rechtsform II, d. h. das „juridische“ Verfahren, ist. Der Rechtsform als solcher kommt es demnach wesentlich zu, sich im gerichtlichen Verfahren zu „materialisieren“ und zu verselbstständigen. Wodurch wird nun aber, in den Worten Buckels, eine „selbstständige objekt-hafte Qualität“ ausgebildet, die dem unmittelbaren „Zugriff des Alltagshandelns entzogen ist“<sup>124</sup>? Es ist die Förmlichkeit (i. S. e. Abgehobenheit) des Verfahrens selbst. Die Rechtsform ist das förmliche Verfahren. Als Ergebnis „transformieren sich die ursprünglichen sozialen Verhältnisse in Gerichtsentscheidungen, Akten, Gesetzbücher“<sup>125</sup> usw. An dieser Stelle gelingt Buckel der Anschluss an die zu Beginn Ihrer Studie diskutierte Systemtheorie. So sei, bezogen auf die Materialisierung der Rechtsform II im gerichtlichen Prozess, die „Selbstreferenzialität des Rechts, die sich bei Luhmann zu einem Rechtssystem ausdifferenziert, [...] im Prinzip die gleiche Entdeckung.“<sup>126</sup> Buckel bringt dieses formelle Verfahren durch Anleihen bei der Systemtheorie noch stärker in einen Gegensatz zur ursprünglichen Lebenswelt. Wozu nimmt sie diese Kontrastierung vor? Sie schreibt dazu: „Die Praxis der rechtserzeugenden AkteurInnen hat nur wenig mit dem Alltagsverstand einer selbstorganisierenden Gesellschaft gemein.“<sup>127</sup> Um was für eine rechtstheoretische Kategorie handelt es sich bei diesem Alltagsverstand einer selbstorganisierenden Gesellschaft?<sup>128</sup> Ist damit eine zukünftige selbstorganisierende

---

123 Hunter (2006), S. 40.

124 Buckel (2015), S. 237.

125 Buckel (2015), S. 242.

126 Buckel (2015), S. 243.

127 Buckel (2015), S. 245.

128 Aus der Perspektive einer (neu-)rechten Gramsci-Lektüre erfolgt eine Nobilitierung des Alltagsverstandes neuerdings auch bei, Kaiser (2025).

Gesellschaft gemeint, oder besteht schon eine alltagsvernünftige selbstorganisierende Gesellschaft unterhalb (oder jenseits) dieser Gesellschaft? Und ist damit gleichzeitig die aktuelle Gesellschaft als unvernünftig und fremdorganisiert beschrieben? Wer betreibt diese Fremdorganisation der *eigentlich* alltagsvernünftigen Gesellschaft? In diesem Geiste Buckels, haben schon andere gesprochen:

„Rechtsbegriffe müssen von irgend etwas abgezogen werden. Und da liegt das Verhängnis: statt sie aus der starken und strengen Sitte des sozialen und wirtschaftlichen Daseins zu gewinnen, wurden sie vorzeitig und zu schnell aus lateinischen Schriften abstrahiert (!). Der abendländische Jurist wird Philologe, und an die Stelle praktischer Lebenserfahrung tritt eine gelehrte Erfahrung von rein logischen Zerlegungen und Verknüpfungen der Rechtsbegriffe, die ausschließlich in sich selbst begründet wird.“<sup>129</sup>

Auch hier beginnt das Verhängnis der Rechtsform schon mit der Abstraktion, wie diese schon bei Buckel für die Rechtsform I als wesentlich ausgesprochen wurde. Die höhere Dignität liegt in der Alltagsvernunft bzw. der praktischen Lebenserfahrung. Warum wird genau in diesem Punkt der zentrale Nerv von Buckels Kritik getroffen? Oder: Warum ist dies der Kernpunkt von Buckels Kritik?

Zur Beantwortung der Fragen komme ich auf eine Bemerkung zu sprechen, welche Buckel zu Beginn des Kapitels über die Rechtsform macht. Dort kontrastiert Buckel die Lebenswelt als den Punkt, von dem aus ein vernünftiger Diskurs möglich sein soll, mit der Systemlogik eines Luhmann oder Teubner.<sup>130</sup> Zwischen diesen beiden Standpunkten käme man aber mit Marx zu einem *vermittelnden* Ergebnis. Man kommt also mit Marx zu einem vermittelnden Ergebnis zwischen Luhmann und Habermas. Wie gerät Marx hier zwischen die Fronten? Der Grund ist, dass zwischen ursprünglicher Lebenswelt und Systemlogik der Marx'sche Wert laut Buckel nicht nur einer der (verschiedenen) Träger der Synthesis ist, er soll außerdem einer derjenigen „Träger gesellschaftlicher Synthesis [sein], die ein Moment dessen aufbewahren, was Habermas an Hoffnungen in die Lebenswelt projizierte“<sup>131</sup>. Wie kann gerade der Marx'sche Wert in dieser Situation als vermittelndes Drittes erscheinen? Buckel bezieht

129 Spengler (1978), S. 650.

130 Buckel (2015), S. 228.

131 Buckel (2015), S. 228.

sich auf Brentel und lässt diesen den Wert definieren als „Form der Einheit gesellschaftlicher Arbeit unter den Bedingungen ihrer systematischen Divergenz“<sup>132</sup>. Das klingt denkbar harmlos, selbst für Buckel und so verschweigt Sie nicht, dass es sich auch laut Brentel dabei um eine „objektiv gewaltsam erzwungene Einheit“<sup>133</sup> handelt. Das hindert sie nicht daran zu behaupten, die „Überlegung von Paschukanis und seinen Nachfolgern war nun, dass der ‚Wert‘ nicht der einzige Träger gesellschaftlicher Synthesis ist, nicht die einzige Möglichkeit, durch welche Menschen über ein begrenztes Verfahren der Erkenntnis ihres Gesamtzusammenhanges verfügen. [...] Und auch für das Recht lässt sich dies behaupten.“<sup>134</sup> Der vorletzte Satz lässt aufhorchen. Der Wert als begrenztes Mittel gesellschaftlicher Selbsterkenntnis? Diese Überlegung beruht auf der Vorstellung, der Wert stelle eine, wenn auch entfremdete, Form der Ratio bzw. des Bewusstseins dar und Buckel spricht das im Rückgriff auf Brentel auch so aus.<sup>135</sup> Hier wird gesellschaftliche Synthesis wohl doch nicht nur als Metapher genommen, wie das bei Sohn-Rethel der Fall ist, sondern als *wirklich geleistete* bzw. zu leistende Reflexion.

Aber Brentel sagt in der soeben zitierten Stelle noch mehr. Er beschreibt den Wert sehr treffend als „selbstmörderischen Gang produktiver Selbstvermittlung der Menschen mit sich und der Natur“<sup>136</sup>. Das ist genau der Gedanke von Marx. Wozu insistiert Buckel daher auf einer Bestimmung des Wertes als dem, was einen „Moment dessen [aufbewahrt], was Habermas an Hoffnungen in die Lebenswelt projiziert“<sup>137</sup>, wenn der Wert doch den selbstmörderischen Gang produktiver Selbstvermittlung darstellt? Dass man das Bewusstsein des Wertes irgendwie in progressiver Absicht vereinnahmen könnte, um es nutzbar zu machen ist eine alte, reformsozialistische Vorstellung. Der nächste Schritt, für das Recht habe selbiges zu gelten, ist dann aus Buckels Perspektive nur folgerichtig. Wozu hält Buckel also dieses Moment der Synthesis offen? Aus dem folgenden Grund:

---

132 Buckel (2015), S. 228.

133 Buckel (2015), S. 229.

134 Buckel (2015), S. 229.

135 Buckel (2015), S. 229.

136 Brentel (1989), S. 161.

137 Buckel (2015), S. 228.

„Wenn erst einmal ein umfassendes juristisches Wissen gesellschaftlich zirkulierte und strategisch eingesetzt werden könnte, würde die gesellschaftliche Auseinandersetzung über den Sinn einer solchen Kohäsionstechnologie überhaupt erst beginnen können, die sich heute größtenteils hinter dem Rücken der Einzelnen abspielt.“<sup>138</sup>

Diese Passage ist der letzten Seite des Buches entnommen, bildet gleichsam das Ziel von Buckels Untersuchung, nämlich die: „Demokratisierung der Rechtsform“<sup>139</sup>. Hier liegt der Punkt, an dem Buckels Elitenkritik mit dem praktischen Alltagsverstand Hand in Hand geht. Wenn die Rechtsform aber eine echte Form im Sinne Marx' ist, dann kann sie nicht demokratisiert, sondern bloß abgeschafft werden.

### *Resultat*

Buckel kommt somit zu ähnlichen Ergebnissen wie Paschukanis. Der gerichtliche Prozess ist die höchste Form bzw. „das Wesen“ des Rechts, die „einfache“ Rechtsform ist die dem Rechtssubjekt eingeräumte Berechtigung. Die Begründungen sind verschieden. Bei Paschukanis ist es der Warenbesitzer, der den Grund für die rechtliche Form liefert, bei Buckel führt, in (holpriger) Analogie zu Marx, eine allgemeine Tendenz moderner Abstraktion in die Selbstbewegung gesellschaftlicher Teilsysteme. Schlussendlich ist Buckel nicht in der Lage, einen Grund für die Verselbstständigung des Rechts anzugeben. Das ist allerdings keine Fehlleistung Buckels, sondern liegt in der Natur der Sache. Es gibt keinen Grund für die Verselbstständigung des juristischen Prozesses, jedenfalls soweit man diesen am Marx'schen Formbegriff misst. Denn es existiert überhaupt keine Verselbstständigung des juristischen Prozesses im Sinne eines automatischen Subjekts im Sinne Marx'. Die Selbstreferenzialität im Luhmann'schen System ist nicht mit der Wertform gleichzusetzen, so gut dies auch in das Konzept der verschiedenen Träger der „Synthesis“ passen würde. Buckel genügt der Hinweis, dass die Verselbstständigung üblich sei in der Moderne:

---

138 Buckel (2015), S. 322.

139 Buckel (2015), S. 322.

„Eine Theorie, welche die Verselbstständigung menschlichen Handelns in den Blick nähme, müsste sich dem Phänomen umfassender widmen, zunächst der allgemeinen Verselbstständigung [!], die durch die moderne kapitalistische Gesellschaft als solche hervorgebracht wird.“<sup>140</sup>

Gerade diese allgemeine Verselbstständigung ist es, welche Buckel in der allgemeinen sozialen Form zwar angenommen, jedoch nicht dargelegt hat. Deshalb wird die Frage danach delegiert. Damit ist aber der Begriff Selbstbewegung, wie Marx ihn für das Kapital formuliert hatte, verfehlt. Diese abgeschwächte Form der Selbstreferenzialität korrespondiert mit der Luhmann'schen Systemtheorie. Wenn man aber mit dem Anspruch antritt, die Formproblematik Paschukanis' dadurch zu vollenden, dass man nachweist, es handle sich bei der Rechtsform um ebenso eine Form wie die Marx'sche Wertform, dann muss man das Vorhaben Buckels als gescheitert betrachten. Auch hier zeigt sich, dass man den substanztheoretischen Formbegriff der Marx'schen Analyse ernst nehmen muss, wenn man dessen Überlegungen nicht verfehlen möchte. Es ist daher ausgeschlossen, sich gleichsam als theoretisches Versprechen auf die Marx'sche Wertformanalyse zu berufen, um dann die, vermeintlich die „Form“ bei Marx kennzeichnende Verselbstständigung einer „sozialen Form“, in der differenztheoretischen Systemtheorie zu finden. Der Formbegriff Marx' ist von demjenigen Luhmanns himmelweit unterschieden. Diese Kluft zwischen den beiden Formbegriffen überfliegen zu wollen und zwar ohne Reflexion auf das, was gerade den Unterschied ausmacht, muss notwendig misslingen. Der Begriff Form gleicht in diesem Falle mehr einer Beschwörung denn einer Analyse.

### 3. „Modernes Recht“ als spekulative Geschichtsphilosophie (Menke)

„Die moderne Form der Rechte ist die Form der Differenz.“<sup>141</sup>

Ich wende mich nun einer weiteren Formbestimmung des Rechts zu, nämlich Christoph Menkes. Auch Menke sieht, wie die übrigen

---

140 Buckel (2015), S. 236.

141 Menke (2018d), S. 106.

Ansätze, die Aufgabe der Kritik in einer Analyse der Form.<sup>142</sup> Nun könnte man eine Analyse *der* rechtlichen Form erwarten. So einfach stellt sich dies allerdings im Falle von Menkes *Kritik der Rechte*, auf welche ich mich hier zentral beziehen möchte, nicht dar. Ich werde für die Entwicklung dieser Frage einen kurzen Überblick über die Gesamtkonzeption liefern, aus dem sich ergibt, dass Menke (mindestens) vier Formen des Rechts unterscheidet. Dabei läuft das traditionelle, *antike Recht* (1.) in der Konzeption der Studie auf das *moderne Recht* zu (2.), welches bislang erst (hierin liegt die spekulative Kraft Menkes) *eine* Erscheinung hervorgebracht hat, nämlich das *liberale, bürgerliche Recht* (3.). Nach Menke sollte das moderne Recht aber im Zuge einer Revolution der rechtlichen Form noch einmal, und zwar als *Gegenrecht* (4.), erscheinen.<sup>143</sup> Es wird also bei der Entwicklung der Formen ein geschichtsphilosophischer Bogen aus der Vergangenheit bis in die Gegenwart geschlagen. Diese Bewegung des Gedankens von der Antike in die Moderne wird aufgegriffen und hinein in die Zukunft als Entwurf eines *neuen Rechts* verlängert.

Um die im Folgenden zu entwickelnden Überlegungen im Hinblick auf den Formbegriff bei Menke deshalb gleich zu Beginn in das rechte Licht zu rücken, greife ich die erste Abschnittsübersicht aus dem ersten Kapitel der *Kritik der Rechte* auf. Diese Überschrift lautet: „Geschichtsphilosophie der Form“.<sup>144</sup> Dieser Einstieg Menkes soll der Tatsache Rechnung tragen, dass die Rechte als Form „nur geschichtlich verstanden werden“ können.<sup>145</sup> Nun trägt besagte Abschnittsüberschrift mit der „Geschichtsphilosophie“ einen jener Begriffe im Titel, die, ihre genaue Bedeutung erst nach langer und intensiver Bearbeitung preisgeben. Die *Kritik der Rechte* ist eine Geschichtsphilosophie der Form, ohne dass der Begriff Geschichts-

142 Menke (2018d), S. 101.

143 Mich wird die Konzeption der *Gegenrechte* zu einem späteren Zeitpunkt noch einmal beiläufig interessieren, nämlich im Rahmen dessen, was von Menke als *Ausweg* aus den Dilemmata und Mängeln des bürgerlichen Rechts ausgewiesen wird. Interessanter als die Frage danach, was die *Gegenrechte* sein könnten, ist allerdings ohnehin die Frage nach der von Menke ausgemachten Grundbedingung der *Gegenrechte*, nämlich die Frage nach der Urteilsstruktur. Zur (rechtspraktischen) Deutung der *Gegenrechte* aber vgl., Fischer-Lescano/Franzki/Horst 2018.

144 Menke (2018d), S. 19.

145 Menke (2018d), S. 17.

philosophie an einer Stelle explizit systematisch entwickelt wird und nur selten erwähnt wird.<sup>146</sup>

„Geschichtsphilosophie der Form“

Um über einen geistigen Gegenstand wie das Recht etwas aus historischer Perspektive mitzuteilen, bedarf es keineswegs einer Geschichtsphilosophie. Dieser Satz gilt zunächst unabhängig von der jeweils vorgenommenen Bestimmung des Begriffs Geschichtsphilosophie selbst. Mit dem Begriff Geschichtsphilosophie wird nämlich, gleichsam im Sinne einer Art Minimalkonsens, zumindest verknüpft werden dürfen (um nicht zu sagen: verknüpft werden müssen), dass historische Abläufe und Ereignisse der vernünftigen Betrachtung insofern zugänglich sind, als es sich bei ihnen nicht um bloßen Zufall oder um Chaos handelt, sondern dass überhaupt eine, die historischen Prozesse übergreifende Deutung durch den Philosophen der Geschichte gegeben werden kann.<sup>147</sup> Ebenfalls unstrittig gilt die Feststellung, dass es neben dieser, noch recht beschaulichen, weil verhältnismäßig anspruchslosen, Geschichtsphilosophie eine solche gibt, welche als explizite Teleologie der Geschichte auftritt.<sup>148</sup> Ich biete bei dieser Gelegenheit eine dritte Möglichkeit an,<sup>149</sup> die zu einem späteren Zeitpunkt aufzugreifen sein wird:

„Die Kritik der Gewalt ist die Philosophie ihrer Geschichte. Die ‚Philosophie‘ dieser Geschichte deswegen, weil die Idee ihres Ausgangs allein eine kritische, scheidende und entscheidende Einstellung auf ihre zeitlichen Data ermöglicht. Ein nur aufs Nächste gerichteter Blick vermag höchstens ein dialektisches Auf und Ab in den Gestaltungen der Gewalt als rechtssetzender und rechtserhaltender zu gewahren. [...] Auf die Durchbrechung dieses Umlaufs im Banne mythischer Rechtsformen, auf der Entsetzung des Rechts samt den Gewalten, auf die es angewiesen ist wie sie auf jenes, zuletzt also der Staatsgewalt, begründet sich ein neues geschichtliches Zeitalter.“<sup>150</sup>

146 Menke (2018d), S. 19, 41, 101 u. 357.

147 Horn (1997), S. 172.

148 Kittsteiner (1980).

149 Diese wird von Derrida so gedeutet, daß Benjamin die „Geschichte“ der göttlichen Gewalt zuschlägt, also gar nicht die Rede ist von der Historie, soweit Benjamin von „Geschichte“ spricht, vgl. Derrida (2013), S. 109.

150 Benjamin (1965b), S. 63–64.

Inwiefern führt uns diese Frage nach der Geschichtsphilosophie, welche am Anfang von Menkes Überlegungen steht, zu einem tieferen Verständnis des Formbegriffes, dessen Ausarbeitung Gegenstand dieses Abschnittes ist? Die These lautet: Bei dem Begriff des modernen Rechts, dem Recht „der Rechte“, handelt es sich um einen spekulativen Begriff. Die gesamte Bezeichnung „moderne Form der Rechte“ ist allein spekulativ *und* geschichtsphilosophisch zu verstehen.

Dem steht eine Grundentscheidung Menkes entgegen. Menke möchte die kritische Auseinandersetzung mit dem Recht frei von normativen Annahmen halten. Weder soll durch die Kritik von außen ein normativer Anspruch an das Recht herangetragen werden, noch möchte Menke sich normative Grundannahmen des Rechts zu eigen machen. Diese Zurückhaltung im Hinblick auf die Normativität kann, so die Ergänzung meiner These, nur dann bestehen, wenn der Entwicklungsgeschichte der rechtlichen Form, wie Menke diese vorlegt, eine Geschichtsphilosophie zugrunde liegt, die sich der Frage, ob Recht sein soll oder nicht, *nicht* enthält. Um diese Geschichtsphilosophie jedoch leisten zu können, muss Menkes Begriffs Recht einheitlich sein und sowohl für die Antike wie auch für die Moderne gelten. Diese Einheit des Begriffs kann die geschichtliche Bewegung fassen und die entscheidende Kraft entwickeln, den Entwicklungsprozess des Rechts in die Zukunft zu verlängern. Diese spekulative Leistung Menkes wird von ihm jedoch dadurch unterlaufen, dass der *Begriff des Rechts an sich* differenztheoretisch formuliert ist. Dies entzieht ihm seine spekulative Kraft. Damit ist das Programm der nun folgenden Überlegungen skizziert, die ich im Folgenden einzuholen hoffe.

### *Zur Rekapitulation der Einsichten Menkes*

Zunächst sollen die rechtlichen Formbestimmungen, welche Menke vornimmt, herangezogen werden. An diesen wird gleichzeitig der besondere Zugriff erläutert, welcher durch die Frage nach der Form als Ansatzpunkt der Kritik ermöglicht wird. Wir blicken vorab kurz auf die Formbestimmung Menkes. Die neue Form des modernen Rechts bezeichnet Menke im Anschluss an Leo Strauss und dessen Überlegungen zu Hobbes wie folgt: „Die neuzeitliche Unterschei-

„Die Lücke zwischen einem Recht und dem Recht ist der Ausdruck einer *Revolution der rechtlichen Form*. Sie definiert das Recht als das *Recht der Rechte*.“<sup>151</sup> Wie ist dann das (alte) Recht bestimmt, wenn das neue Recht das Recht der Rechte sein soll?

Recht an sich: Die „Lücke im Recht“

Ich beginne mit einigen begrifflichen Klarstellungen. Bei der systemtheoretisch inoperablen Unterscheidung zwischen Recht und Nichtrecht handelt es sich, anders als bei der anschlussfähigen Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht, nach Menke um die Lücke im Recht und zwar „allen Rechts“, nicht nur des modernen.<sup>152</sup> Diese Bestimmung hält alle Erscheinungsformen des Rechts, seien sie antikes oder modernes Recht, zusammen. Die Schwierigkeiten dieses Ansatzes werden im Nachgang zu diesem Überblick artikuliert und vertieft. Zunächst aber betont Menke, dass der Umgang mit dieser Lücke im Recht, dem Verhältnis von Recht und Nichtrecht, den gesamten Bereich dessen, was sich seit der Antike als Recht ausweist, vom modernen Recht scheidet. Oder anders: die Grundbedingungen rechtlichen Daseins sind immer dieselben. Das Recht muss nicht nur die Unterscheidung zum Unrecht vornehmen, sondern sich auch immer gegen das Nichtrecht, welches von Menke als Natur bezeichnet wird, durchsetzen. Darin liegt die Einheit des Rechtsbegriffes. Wo liegen die Differenzen?

Formen des Rechts: Antike

Laut Menke versucht das traditionelle Recht der griechischen und römischen Antike, diese Lücke zwischen Recht und Nichtrecht zu *schließen* (wie es für die Moderne noch einmal nicht zuletzt Schmitt mit der Souveränität anstrebte).<sup>153</sup> Dass es sich bei dieser, euphe-

---

151 Menke (2018d), S. 29.

152 Menke (2018d), S. 111.

153 Insofern kann Menke den Ausnahmezustand sehr wohl denken, macht ihn aber nicht zur Grundlage seiner Überlegungen, dies bleibt unklar bei Kalthöner (2021), S. 118.

mistisch als „Schließung“ bezeichneten, Angelegenheit um Gewalt handelt, ist offenkundig und wird von Menke nicht verschwiegen, sondern gerade als Hauptproblem vermerkt.<sup>154</sup> In der klassischen Zeit der griechischen Antike soll das Konzept *Pandeia* diese Lücke in einem teleologischen Prozess (die Norm ist der vollwertige Angehörige einer Polis) überwinden. Rom, so rekonstruiert es Menke, schließt diese Lücke schon nicht mehr im Hinblick auf eine Teleologie, sondern blickt nüchtern auf eine immer schon verfallene und korruptierte Natur (und damit auch Vernunft), welche sich als bloße Selbsterhaltung missversteht und damit der Beherrschung notwendig anheimfällt. Hier herrscht nicht Erziehung, sondern der reine Imperativ als degenerationstheoretische Antwort auf die Lücke im Recht. Soweit das traditionelle, *gerechte*, mal in Form der Sittlichkeit, mal in Form des Naturrechts auftretende, Recht der Antike. Welche Form bringt dieses Recht hervor? Es sind die gerechten Ansprüche auf einen Teil des Ganzen.<sup>155</sup>

#### Formen des Rechts: modernes Recht als „Recht der Rechte“

Neben diesem antiken Recht tritt aber als weitere Erscheinung *des Rechts* unter dem „Primat der Rechte“<sup>156</sup> das *moderne Recht* auf, das Recht des rechtlichen Anspruchs. Dieses nicht mehr auf Gerechtigkeit gründende Recht beruht auf einem von Menke so bezeichneten „Umbruch“ in der Ontologie der Normativität, der unter der Bezeichnung „Legalität“ eingeführt wird. Das moderne legale Recht weist als seinen Grund nicht mehr eine Gerechtigkeit aus, sondern es hat die auf und aus Faktizität hervorgehende Autonomie des Subjekts zum Grunde. Da nun die erwähnte Lücke im Recht, nämlich die zwischen Recht und Nichtrecht, das Grundproblem allen Rechts ist, bleibt es auch für das moderne Recht eine Herausforderung, sich zu dieser zu verhalten. Das moderne Recht bleibt mit dieser Lücke im Recht behaftet. Modern ist es laut Menke *wesentlich* deshalb, weil es auf diese Lücke im Recht reflektiert, weil es selbstreflexives

154 Menke (2018d), S. 119; siehe ebenfalls: Menke (2018e).

155 Menke (2018d), I. Kapitel, passim.

156 Dieser Primat ist Gegenstand der ersten geschichtsphilosophischen Abhandlung.

Recht ist.<sup>157</sup> Die Grundunterscheidung zwischen traditionellem und modernem Recht ist daher das Verhältnis zum Nichtrecht. Möchte Recht die Lücke zum Nichtrecht erziehend oder befehlend überbrücken, so handelt es sich um traditionelles Recht. Möchte es diese Lücke reflexiv aufnehmen, dann ist es modernes Recht.

Worauf beruht der Begriff modernes Rechts? Das moderne Recht hat seinen Grund in einem ontologischen Umbruch hin zur Legalität,<sup>158</sup> ich hatte dies bemerkt. Damit einher geht ein neues Verhältnis zur außerrechtlichen Natur, dem Nichtrecht, der Materie. Diese Lücke zur Faktizität, auf der das Recht zwar selbst nicht gründet, aus der es jedoch seine Autonomie aufnehmend herleiten muss, wird im modernen Recht reflexiv aufgegriffen. Dieses Wesen treibt eine Form aus sich heraus, welche die Selbstreflexion operationalisiert. Diese Selbstreflexion wird von Menke nicht als Dogmatik, Rechtsphilosophie, ziviler Ungehorsam<sup>159</sup> oder sonstige Möglichkeiten der Reflexion einzelner Menschen bestimmt, sondern liegt in der Möglichkeit, überhaupt *Rechte* zu haben. Die Tatsache, dass die Rechte dem Recht vorgeordnet sind, ist für Menke der Formausdruck der modernen Selbstreflexion des Rechts auf sein Anderes, das Nichtrecht. Selbstreflexion bedeutet immer auch das Denken der Selbsthervorbringung.<sup>160</sup> Für dieses Denken der Selbsthervorbringung stehen damit gerade die Rechte in Form ihrer (funktionalen) Vorordnung vor dem Recht.

Nicht zu verwechseln mit diesem modernen Recht ist für Menke das liberale, bürgerliche Recht. Das bürgerliche Recht ist nämlich „die einzige positive Gestalt, die das moderne Recht bisher hervorgebracht hat“<sup>161</sup> Hierin liegt der wesentliche Aspekt von Menkes Kritik. Die Selbstreflexion auf die Lücke im Recht ist Wesen des modernen Rechts. Diese Wesensbestimmung treibt sodann eine Erscheinung aus sich heraus, nämlich die Form der Rechte. Diese wiederum hat sich bisher lediglich, in der Form des bürgerlichen Rechts der *subjektiven Rechte* verwirklicht oder:

---

157 Menke (2018d), S. 102.

158 Menke (2018d), S. 103.

159 Akbarian (2023).

160 Menke (2018d), S. 132.

161 Menke (2018d), S. 165.

„Die moderne Form der Rechte ist ihrem Begriff nach die Verwirklichung der Selbstreflexion des Rechts, aber tatsächlich, in der Realität, ist sie das Gegenteil. [...] Das ist die Wirklichkeit der Rechte im bürgerlichen Recht.“<sup>162</sup>

So viel zunächst einmal der Rekapitulation Menke'scher Grundüberlegungen. Warum ist es gerechtfertigt, Menkes Überlegungen als spekulativ zu bezeichnen? Menke nimmt eine ontologische Bestimmung eines Gegenstandes (des modernen Rechts als selbstreflexives Recht) vor, auf dessen Vorhandensein er selbst erst reflektierend, d. h. induktiv aus dem positiven, d. h. liberalen Recht kommend, geschlossen hat. Menke findet das liberale Recht vor und bestimmt: es gibt nicht nur dieses liberale Recht, sondern überhaupt das moderne Recht und dessen Wesen ist die Selbstreflexion. Anhand dieser Bestimmung der Selbstreflexion bestimmt Menke wiederum das liberale Recht als ontologisch falsch.

In dem Begriff modernes Recht liegt somit der gesamte utopische bzw. überschießende Begriff von Menkes Konzeption, der Versuch „über den Begriff durch den Begriff hinauszugelangen“.<sup>163</sup> Die Formulierung „Kritik der Rechte“ bezeichnet nichts anderes, als dem Gedanken Raum zu verschaffen, es gäbe ein modernes Recht, welches selbstreflexiv ist, nämlich in der Form der Rechte. Die Selbstreflexion ist das Wesen, aber die Form der Rechte nur die Erscheinung.<sup>164</sup> Auf dieser Basis wird das Verhältnis des modernen zum bürgerlichen Recht relevant: „Das bürgerliche Recht ist die einzige positive Gestalt, die das moderne Recht bisher hervorgebracht hat.“<sup>165</sup> Das moderne Recht wird grundsätzlich, d. h. seinem Wesen nach, von Menke begrüßt. Das lässt er immer dann erkennen, wenn er fordert, die Reflexion des Rechts müsse zukünftig offen vollzogen werden.<sup>166</sup> Nur sei diese Reflexion bisher als liberales, subjektives Recht falsch vollzogen worden. Darin liegt der zentrale Vorwurf. So ist auch der Titel des Buches als *Kritik der Rechte* zu verstehen. Genauso wie Kant durch seine *Kritik der reinen Vernunft* dieser von ihm untersuchten reinen Vernunft kritisch gewürdigt hat, tritt Menke nicht als Zerstörer des modernen Rechts auf, vielleicht als ein

162 Menke (2018d), S. 165.

163 Adorno (1966), S. 27.

164 Menke (2018d), S. 164.

165 Menke (2018d), S. 165.

166 Menke (2018d), S. 102.

Zerstörer oder Überwinder des *bürgerlichen* Rechts. Aber in keiner Weise weist er das moderne Recht als selbstreflexives Recht von sich, allenfalls dessen unvollkommene Erscheinung in Form des liberalen Rechts. *Kritik der Rechte* bedeutet daher nicht: Kritik des bürgerlichen Rechts allein. Die *Kritik der Rechte* ist die Freilegung einer Entscheidung, nämlich der Entscheidung, ob das moderne Recht der Rechte bürgerliches Recht bleiben soll oder nicht. Das Potential, etwas anderes sein zu können, ist gerade durch den Begriff modernes Recht eröffnet. Weil es eine moderne Bestimmung des Rechts gibt, die aufgrund ihres unterschiedlichen ontologischen Status nicht deckungsgleich mit dem liberalen Recht ist, muss das liberale Recht nicht das letzte moderne Recht gewesen sein. Es kann ein anderes modernes Recht geben, das Recht der *Gegenrechte*.

Wozu unternimmt Menke diesen spekulativen Blick auf die Geschichte der rechtlichen Form? Er sieht es nicht als Aufgabe der Kritik an, dass „sie sich ein anderes Recht ausmalt“.<sup>167</sup> Aber wenn die Schwächen des bürgerlichen Rechts überwunden werden sollen – und das sollen sie, Menke hätte ansonsten die *Kritik der Rechte* nicht schreiben müssen –, dann bedarf es zumindest eines Nachweises, dass es sich mit dem Recht auch anders verhalten könnte. Damit es nicht einfach *zufällig* anders wird, schlechter wird oder ein Rückschlag in antikes Recht stattfindet (als solches bezeichnet Menke das Recht der UdSSR)<sup>168</sup>, bedarf es eines spekulativen Begriffes, nämlich des Begriffes *modernes* Rechts.

Diese Spannung im Begriff modernes Recht als dem Recht der Rechte muss man zur Kenntnis nehmen. So fasst Daria Bayer im Hinblick auf Paschukanis zusammen, dass bei diesem die subjektiven Rechte die Form des Rechts bilden.<sup>169</sup> Das ist gut und richtig gesagt. Sie schließt daraufhin aber: „Aus diesem Grund spricht Menke auch direkt von der *Form der Rechte* und nicht mehr von der *Form des Rechts*.“<sup>170</sup> Ich nehme Menkes Begriff modernes Recht hier aber in einem höheren, d. h. spekulativen Sinne und sehe, dass Menke nicht deshalb von der Form der Rechte spricht, weil er die subjektiven Rechte als den Kern der Form des Rechts bestimmt hät-

---

167 Menke (2018d), S. 171.

168 Menke (2018d), 165.

169 Bayer (2021), S. 106.

170 Bayer (2021), S. 106, Fn. 314.

te. Das würde die falsche rechtliche Form adressieren, spricht Menke doch immer nur von dem Recht der Rechte als dem modernen Recht und dieser Begriff ist gerade nicht deckungsgleich mit dem bürgerlichen Recht der subjektiven Rechte. Menke spricht nicht über das moderne Recht als das Recht der Rechte, weil das bürgerliche Recht die subjektiven Rechte vor das Recht stellt; er verfährt gerade andersherum. Weil das moderne Recht selbstreflexiv ist, ist es das Recht der Rechte. Nicht das Recht der *subjektiven* Rechte, sondern das Recht der *Rechte*. Bei dem Recht der subjektiven Rechte handelt es sich um das liberale, bürgerliche Recht. Dieses geht aber im modernen Recht, dem Recht der Rechte, nicht auf, sondern bei dem modernen Recht handelt es sich um die begriffliche Bestimmung, beim bürgerlichen Recht um deren Realisierung.<sup>171</sup> Übersieht man diesen Umstand, dann kassiert man das spekulative Moment, weil das Recht der Rechte als modernes Recht mit dem liberalen Recht in eins gesetzt wird. Die Wichtigkeit dieser Unterscheidung kann nicht deutlich genug unterstrichen werden, da man andernfalls zu einer folgenschweren Entscheidung genötigt wäre, die der Sache nach gar nicht besteht, der Entscheidung nämlich entweder für das liberale Recht Partei zu ergreifen oder für vor- bzw. antimoderne Lösungen, welche die Lücke im Recht autoritativ zu schließen geneigt sind. Dass diese Dichotomie in Wahrheit gar keine Dichotomie darstellt, ist ideologiekritisch in doppelter Hinsicht: Einmal im Hinblick auf die liberale Ideologie davon, dass nur der Liberalismus die Freiheit gewährleisten könne, andererseits im Hinblick auf die Autoritätslösungen, welche für sich in Anspruch nehmen, nur selbst Abhilfe für die Mängel des liberalen Rechts bereitzustellen. Nicht wenige Rechtskritiker sind an dieser Dichotomie gescheitert und daraufhin zum Liberalismus übergelaufen, nach Menke darf man sagen: ohne Not.

### Formen des Rechts: bürgerliches Recht

An dieser Stelle sei auf einige Bestimmungen hingewiesen, die Menke im Hinblick auf das liberale Recht vornimmt. Der Zusammenhang mit dem modernen Recht wurde angedeutet. Bürgerliches

---

171 Menke (2018d), S. 164.

Recht *ist* modernes Recht, es ist *eine* seiner *Erscheinungen*. Aber bei diesem Vorgang der Erscheinung (so dürfte man es wohl sagen) ist etwas missglückt und so konnte das moderne Recht nicht seinem Wesen nach die Lücke im Recht selbstreflexiv überbrücken, sondern vielmehr erschien es in der Form des bürgerlichen Rechts.

Nun wurde das moderne Recht dadurch als selbstreflexiv beschrieben, dass es Rechte verleiht. Die Möglichkeit, die Rechte dem Recht *vorauszusetzen* – das moderne Recht folgt darin dem Primat der Rechte –, ist gerade die Selbstreflexion des Rechts auf sich und sein Anderes. Im Begriff der Voraussetzung weist Menke sich als Schüler Böckenfördes aus, der genau dieses Moment für den liberalen Staat formuliert hatte. Die klassisch gewordene Formulierung lautet:

„Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist. [...] Die verordnete Staatsideologie ebenso wie die Wiederbelebung aristotelischer Polis-Tradition oder die Proklamierung eines „objektiven Wertsystems“ heben gerade jene Entzweiung auf, aus der sich die staatliche Freiheit konstituiert.“<sup>172</sup>

Nun spricht Böckenförde vom freiheitlichen Staat der damaligen Bonner Republik, welchem ein liberales Recht schon eigen ist. Menke erweitert diesen Gedanken und korrigiert Böckenförde dahingehend, dass er die Art des Voraussetzens – für das Recht bestimmt als Primat der Rechte – nicht mit dem Liberalismus in eins fallen lässt, sondern den Liberalismus als eine bestimmte Art der Voraussetzung beschreibt, nämlich in der speziellen (falschen) Form subjektiver Rechte.

*Rechte* müssen aber – und das ist die spekulative Pointe des gesamten Buches – nicht als *subjektive Rechte* verstanden werden. Es müsste, so Menke, auch die Möglichkeit anderer Rechte geben. Diese blieben modern, soweit sie selbstreflexiv sind und den Primat der Rechte nicht brechen, aber sie wären nicht mehr mit den Fehlern des liberalen Rechts behaftet,<sup>173</sup> weil sie nicht mehr (allein) als subjektive Rechte bestimmt sind. Es geht also nicht darum, *dass* die Rechte dem Recht vorausgehen – alles andere würde die Selbstrefle-

---

172 Böckenförde (1976), S. 60.

173 Zu diesen siehe § 1, Kapitel II und III zu Menkes Konzeption.

xion ausschalten und einen Rückfall in antikes Recht bedeuten –, sondern *wie* sie dies tun.

Ich möchte an dieser Stelle die Formbestimmung des bürgerlichen, liberalen, d. h. des ontologisch falschen Rechts, nur andeuten.<sup>174</sup> Für die Frage nach der Form des modernen Rechts zählen sie zunächst nur als das, was durch den spekulativen Begriff modernes Recht bestimmt negiert wird.

### Schwierigkeiten dieser Formbestimmung: Differenz- oder Substanztheorie?

Damit habe ich die Umrisse des Rechtsbegriffes Menkes angedeutet und das Grundproblem der Durchsetzung des Rechts gegen das Nichtrecht bezeichnet, welches Menke als die „Lücke im Recht“ und zwar „allen Rechts“<sup>175</sup> bezeichnet. Dieser Selbstbezug – und gerade nicht Selbstreflexion, sondern (bloßer) Selbstbezug – des Rechts auf das Nichtrecht reißt eine Lücke, welche durch das antike Recht gewaltsam geschlossen wurde.<sup>176</sup> Das moderne Recht, diese spekulative Spitze Menkes gegen das bürgerliche Recht, wird von Menke bewusst dagegen als Selbstreflexion bestimmt.

Wie gewinnt Menke diese Formbestimmung oder anders gefragt: Welchen Formbegriff legt Menke seinen Überlegungen überhaupt zugrunde? Da das moderne Recht als Ansatzpunkt für die gesamte Kritik Menkes fungiert und die Auseinandersetzung mit Menkes Begriff bürgerliches Recht im Abschnitt zur Subjektivierung erfolgen wird, werden wir an dieser Stelle einen genaueren Blick, nicht nur auf die Formbestimmung, sondern auf den gesamten Begriff des modernen Rechts werfen.

---

174 Die Diskussion um die subjektiven Rechte muss ich als bekannt voraussetzen und verweise auf die Rekonstruktion von Menkes Überlegungen bei Kutting (2023), S. 19–108. Der Lösung *Kuttings*, unter den Vorzeichen der Interessentheorie eine Rettung subjektiver Rechte zu unternehmen, kann hier nicht zugestimmt werden, vgl. Kutting (2023), S. 262. Hier stimme ich *Auer* zu: „Wesentlich ist an dieser Stelle jedoch, dass die Willenstheorie *trotz* der noch zu erörternden gewichtigen Gegenargumente in ihrer praktischen Wirksamkeit bis heute letztlich *niemals* ernsthaft erschüttert wurde.“ Vgl. *Auer* (2014), S. 44.

175 Menke (2018d), S. 111.

176 Menke (2018d), S. 122–123.

## Differenztheoretische Bestimmung

Zunächst ist es von herausragender Bedeutung, Menkes Formbegriff des Rechts – und zwar allen Rechts – als differenztheoretischen Begriff festzuhalten. Recht ist Unterscheidung. Damit ist auch deutlich ausgesprochen, was Recht nicht ist. Luhmann bringt das auf den Punkt, indem er festhält, die Systemtheorie setze voraus, „dass man die Erklärung aus einem *Prinzip* (Gerechtigkeit, Nutzenkalkül, Freiheit, Gewalt) durch die Erklärung aus einer *Unterscheidung* ersetzt“.<sup>177</sup> Dass die Form nicht mehr als Erscheinung eines Wesens jenseits der bloßen Unterscheidung gedeutet werden darf, ist damit die Grundannahme jeder Differenztheorie. Gerade dieser Wegfall der außerrechtlichen Einhebungsversuche, um durch diese die Lücke auf das Nichtrecht zu schließen, macht das moderne Recht aus.<sup>178</sup> Man könnte sagen, die Form ruht nicht mehr auf einem Grund jenseits ihrer selbst (wir erinnern an die Begründung des traditionellen Rechts durch die Gerechtigkeit), sondern sie verlangt lediglich: „Triff eine Unterscheidung.“<sup>179</sup> Menke legt also dem gesamten Recht<sup>180</sup> einen differenztheoretischen Formbegriff zugrunde, da für ihn jedes Recht die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht trifft und damit gleichzeitig die Lücke zwischen Recht und Nichtrecht notwendigerweise aufreißt, weil sich im Zuge der rechtlichen Unterscheidung stets der Wiedereintritt der Form in die Form im Sinne von Spencer-Brown ereignet oder wie Menke in Anspielung auf die *laws of form* treffend feststellt: „In der Selbstreflexion des Rechts wird das Gesetz der Form zur Form des Gesetzes.“<sup>181</sup>

Menke spricht hier sowie in den dazugehörigen Erläuterungen stets vom „Recht“, nicht vom modernen Recht, nicht vom liberalen Recht, sondern vom Recht als solchem. Das Recht als solches ist differenztheoretisch bestimmt, wenn man den Grund seiner ureigensten Unterscheidung in Recht und Unrecht als Bestimmung des Rechts selbst nimmt. Dann ist das Recht tatsächlich nicht wesentlich

---

177 Luhmann (1993a), S. 26.

178 Menke (2018d), S. 235.

179 Spencer-Brown (1997), S. 3.

180 „Im Zentrum des Rechts – allen Rechts – klafft eine Lücke“, vgl. Menke (2018d), S. III.

181 Menke (2018d), S. 141.

Gerechtigkeit, Freiheit oder etwas sonst außer ihm selbst Liegendes. Dann ist das Recht wesentlich nur seine (Selbst-)Unterscheidung.

### Einheit des Rechtsbegriffs

Von diesem Standpunkt aus betrachtet war die antike Vorstellung eines traditionellen Rechts als auf einer Einheit, d. h. Substanz (Sittlichkeit oder Vernunft) gegründetem Recht immer schon Schein. Wird jede jenseits der bloßen Unterscheidung liegende Wesensbestimmung des Rechts als Schein entlarvt, drängt sich dennoch die Frage auf, welche Marx schon in seiner Dissertation aufgeworfen hatte: „Hat nicht der alte Moloch geherrscht? War nicht der delphische Apollo eine wirkliche Macht im Leben der Griechen? Hier heißt auch Kants Kritik nichts.“<sup>182</sup> In diese Richtung scheint auch Luhmann zu weisen, indem er die verschiedenen Rechtsbestimmungen rekapituliert, welche historisch aufgetreten sind. So habe das alteuropäische Naturrecht aufgrund seines statisch-ontologischen Verständnisses Unrecht und Nichtrecht theoretisch nicht unterscheiden können.<sup>183</sup> Das würde eine Projektion des Spencer-Brown'schen Kalküls in die Zeit des traditionellen Rechts unmöglich machen, weil dem damaligen Recht keine differenztheoretische Entscheidung zugrunde lag, sondern eine der Substanztheorie. Das würde aber die Einheit von Menkes Rechtsbegriff sprengen, welcher gerade über die durch das Verhältnis „Recht/Nichtrecht“ gerissene „Lücke im Recht“ zusammengehalten wird. Marx hat die Hypostase eines einheitlichen Rechtsbegriffes treffend festgehalten und dies nicht lediglich in der noch stark von Feuerbach geprägten Kritik des mystischen Charakters der Hegel'schen Rechtsphilosophie, sondern im erläuternden Anhang zur Wertformanalyse des 1. Kapitels:

„Sage ich: Römisches Recht und deutsches Recht sind beide Rechte, so ist das selbstverständlich. Sage ich dagegen: Das Recht, dieses Abstraktum, verwirklicht sich im römischen Recht und im deutschen Recht, diesen konkreten Rechten, so wird der Zusammenhang mystisch.“<sup>184</sup>

182 Marx (1968), S. 371.

183 Luhmann (1993a), S. 27.

184 Marx (1983), S. 634.

Menke benötigt allerdings den Oberbegriff *Recht* aus einem bestimmten Grund. Die wahre Kritik soll nach seiner Vorstellung gerade nicht einen Gegenstand normativ mit einer anderen Setzung konfrontieren, sondern ihn an seinen eigenen Maßstäben messen.<sup>185</sup> In der kritischen Theorie firmiert diese Marx'sche Grundüberlegung unter der Bezeichnung „immanente Kritik“.<sup>186</sup> Menke treibt diesen Gedanken allerdings noch weiter. Es soll nicht nur eine von außen an den Gegenstand herangetragene Kritik verboten sein, sondern dem Gegenstand selbst soll keine „normative Grundidee“<sup>187</sup> eigen sein. Hier wirkt sich die Absage an das kommunistische Naturrecht aus.<sup>188</sup> Dieser Verzicht auf jegliche Formulierung einer Normativität lässt dann lediglich die ontologische Beurteilung zu, dass das Recht seinem Wesen nicht gerecht wird. Dieser Punkt ist jedoch unhaltbar, wenn er sich der Frage enthält, ob menschliche Verhältnisse grundsätzlich rechtlich verfasst sein sollten oder nicht. Auf diese Frage kann man nicht mit einem Rückzug in die Wesensschau antworten, sondern wir haben hier tatsächlich einen Fall, in dem es gerade nicht „möglich ist, auf die Frage: Christus oder Barabbas, mit einem Vertagungsantrag oder der Einsetzung einer Untersuchungskommission zu antworten.“<sup>189</sup> Nur vor dem Hintergrund des Verzichts auf normative Grundannahmen ist die Ausweitung des Rechtsbegriffes zu erklären. Die fehlende Normativität wird durch die Zusammenlese mit dem offengewalttätigen antiken Recht ersetzt.<sup>190</sup> Die fehlende Normativität muss, soll die Studie nicht ihr Ziel verfehlen, durch die Einheit des Rechtsbegriffes gleichsam aufgewogen werden (dazu sogleich). Genau aus diesem Grund benötigt Menke die Selbstreflexion, weil nur diese den Umbruch der rechtlichen Normativität zu erfassen vermag. Darin liegt die geschichtsphilosophische These. Es nimmt daher wenig Wunder, dass gerade dann, nämlich zu Beginn des Formkapitels, das erste Mal ausführlicher die Selbstreflexion eingeführt wird, wenn noch einmal der Begriff Geschichtsphilosophie fällt.<sup>191</sup>

---

185 Menke (2018d), S. 11.

186 Adorno (1966), S. 40.

187 Menke (2018d), S. 166.

188 Menke (2018d), 14. Kapitel.

189 Schmitt (2015b), S. 66.

190 Skeptisch im Hinblick auf den kritischen Gehalt der Formkritik Menkes: Thein (2023), S. 316.

191 Menke (2018d), S. 101.

## Selbstreflexion und Metaphysik

Dennoch bleibt die Frage, inwiefern der Begriff Form nicht doch mit der Selbstreflexion durch ein Wesen bestimmt ist, welches in die (kritische) Metaphysik zurückfällt. Die Frage lautet daher, ob Menke sich von dem eigentlich differenztheoretischen Standpunkt wieder entfernt. Ob dem so ist, wird von mir in drei Schritten untersucht. Dabei wird 1. die Dialektik in den Blick genommen, 2. die Frage nach dem Verhältnis von Spekulation und Ontologie sowie 3. die Reflexion als normativer Begriff bestimmt. Diese gesamte Bewegung hängt am Begriff der Selbstreflexion.

### 1. Reflexion als Wesen: Dialektik benötigt Totalität

Menke bestimmt die Selbstreflexion des modernen Rechts als dessen Wesen. Als Ausprägung der Selbstreferenz setzt es, das ist soweit unstrittig, die Unterscheidung von System und Umwelt, Recht und Nichtrecht, voraus. Wie verhält es sich nun mit dieser Privilegierung der Reflexion i. S. e. Selbstreferenz durch Menke, wenn er diese Selbstreferenz zum Wesen des modernen Rechts erklärt? „Selbstreferenz ist immer nur mitlaufende Selbstreferenz“<sup>192</sup> schreibt Luhmann und fügt hinzu: „Das Selbst, sei es Element, Prozeß oder System, besteht nie nur aus reiner Selbstreferenz, so wenig wie die Selbstreferenz nicht nur sich selbst als Selbstreferenz bezeichnet.“<sup>193</sup> Menke würde auch nicht behaupten, dass das moderne Recht aus reiner Selbstreferenz bzw. reiner Selbstreflexion bestünde. Damit ist aber noch nicht gesagt, dass man die Reflexion gleich zum Wesen erheben dürfte. Woran denkt Luhmann, wenn er die Selbstreferenz in Form der Reflexion im Bereich des Rechts denkt?

„Für das Rechtssystem stellt sich vor allem die Frage, wie man nach Verabschiedung des Naturrechts die stets kontingente Geltung des positiven Rechts als notwendig begründen könne; um 1800 spricht man, genau darauf bezogen, von Philosophie des positiven Rechts (Feuerbach), heute von ‚Rechtstheorie‘.“<sup>194</sup>

192 Luhmann (1987), S. 604.

193 Luhmann (1987), S. 605.

194 Luhmann (1987), S. 621.

Es ist aber genau dieser (scheinbar) materielle Ansatz, gegen den Menke sich richtet, wenn er festhält, es sei „vor allem und grundlegend eine *formale* Konsequenz, die das Recht aus seiner Selbstreflexion zieht. Die Konsequenz ist die moderne Form der Rechte.“<sup>195</sup> Es ist nicht nur *eine* formale Konsequenz, welche das Recht nach Menke zieht, sondern man wird sagen dürfen, dass es *die formale* Konsequenz ist, eben die Form. Damit verschiebt er aber die Verhältnisse zwischen einer mitlaufenden Referenz und dem System selbst. Menke tut dies, da er differenztheoretisch nur im Hinblick auf die Überbrückung der Differenz denkt, nämlich im Sinne ihrer Aufhebung. Darin denkt Menke dialektisch d. h. den generativen Kern der Totalität betreffend,<sup>196</sup> und nicht mehr differenztheoretisch, weil er sich für die „zu Grunde liegende Einheit interessiert (also letztlich auf die Identität von Identität und Differenz abstellt und nicht auf die Differenz von Identität und Differenz).“<sup>197</sup> Menke kommt es gerade darauf an, die Einheit zwischen Recht und Nichtrecht dialektisch und zugleich gewaltlos zu vermitteln. Hierin liegt die Stärke Menkes, die er durch den betont differenztheoretischen Einstieg verdeckt.

## 2. ontologische Form: Spekulation benötigt Ontologie

Luhmann schreibt: „Die Form hat keinen ontologischen Status.“<sup>198</sup> Menke muss der Form des modernen Rechts und seiner Erscheinung in der Form des bürgerlichen, subjektiven Rechts aber jeweils einen ontologischen Status zusprechen, da er ansonsten keinen spekulativen Begriff modernes Recht bilden kann. Menke glaubt dennoch, behaupten zu können, „die Tradition einer Metaphysik zugleich binärer und hierarchischer“<sup>199</sup> Natur hinter sich zu lassen, indem er das Wesen der Form nicht als eine im engeren Sinne normative Angelegenheit bestimmt, sondern als Reflexion. Differenztheoretisch bleibt es aber dabei: wenn man schon von einem Wesen sprechen möchte, dann läge der Form die Unterscheidung selbst wesentlich zugrunde und nicht die Selbstreferenz.

---

195 Menke (2018d), S. 153.

196 Hoffmann (2004), S. 37.

197 Luhmann (1987), S. 607.

198 Luhmann (1993b), S. 199.

199 Menke (2018d), S. 121.

Die Entscheidung für die Reflexion als zentrales Moment der gesamten Studie – diese Reflexion ist bei Menke das Wesen des modernen Rechts – hat selbst wiederum einen sprachlichen sowie einen theoretischen Grund. Zunächst zum sprachlichen Grund für diese Entscheidung zugunsten des Begriffes der „Selbstreflexion“. Carl Schmitt hat uns gelehrt, die Verwendung von Begriffen stets danach zu befragen, *gegen was* diese gerichtet sind. Alle politischen Begriffe haben demnach bekanntlich einen polemischen Sinn.<sup>200</sup> Ich nehme, in einem Werk, welches wesentlich auch eine Repolitisierung nicht zuletzt des Rechts selbst anstrebt, den zentralen Begriff in diesem Sinne selbst als einen politischen und frage im Sinne Schmitts, worin die Polemik des Reflexionsbegriffes liegt. Polemik bekämpft etwas. Ironischerweise ist es in diesem Fall die Gewalt, welche bekämpft werden soll. Die Gewalt des antiken Rechts, welche der sich mythisch wiederholenden Begegnung mit ihrem Anderen, dem Nichtrecht, nicht zu entgehen vermag, wird durch den Begriff Reflexion einerseits getroffen, gleichsam historisch eingehegt. Andererseits richtet sich die Reflexion kritisch gegen die politische Form der Gewalt, nämlich die Souveränität, welche zwar reflexiv die Aufnahme der Lücke im Recht erfasst, diese aber unreflektiert und blind zu lösen versucht.<sup>201</sup> So ist der Begriff Reflexion als zivilisatorische Speerspitze gegen die archaische, antike Gewalt wie auch gegen die moderne und gewalttätige Souveränität gerichtet. Damit ist die Reflexion selbst mehr denn bloß ein Begriff, sie ist auch ein *Bild*.

Daneben gilt es jedoch einen theoretischen Sinn des Begriffs Reflexion zu setzen. Die Reflexion fällt bei Luhmann bekanntlich unter den Oberbegriff der Referenz:

„Der Begriff der „Referenz“ soll in einer Weise bestimmt sein, die ihn in die Nähe des Begriffs der Beobachtung rückt. Wir wollen damit eine Operation bezeichnen, die aus den Elementen der Unterscheidung und der Bezeichnung (*distinction, indication* im Sinne von Spencer Brown) besteht. Es handelt sich also um die Bezeichnung von etwas im Kontext einer (ebenfalls operativ eingeführten) Unterscheidung von anderem.“<sup>202</sup>

---

200 Schmitt (2015a), S. 29.

201 Menke (2018d), S. 129.

202 Luhmann (1987), S. 596.

Menke glaubt sich also mit seiner zwar offen ontologischen Bestimmung dennoch auf der Seite der differenztheoretischen Formbestimmung, da es sich bei seiner Bestimmung des Wesens, welches die Form der Selbstreflexion, d. h. *die Rechte* hervorbringt, um eine solche handelt, die „in der Nähe des Begriffs der Beobachtung“ steht.

### 3. Reflexion als normativer Begriff

Aber bei der Selbstreflexion handelt es sich gerade nicht um eine bloße Vertiefung der differenztheoretischen Grundannahmen, sondern um ein völlig anderes Konzept. Menke bestreitet, den Begriff der Selbstreflexion normativ zu gebrauchen: „Dann [bei „bloß normativer Kritik“, S. K.] wird das Wesen [d. h. die Selbstreflexion, S. K.] des bürgerlichen Rechts als seine normative Grundidee [...] verstanden. Aber das Wesen des bürgerlichen Rechts ist das Maß seiner Kritik nicht in einem normativen, sondern im ontologischen Sinn“<sup>203</sup>

Ich habe für eine normative Verwendung des Reflexionsbegriffes mehrere Gründe ausgemacht. Menke denkt die Vermittlung der Lücke im Recht dialektisch, das bedeutet: auf Ihre Einheit bezogen, und zwar im Sinne der geschichtsphilosophisch aufzuhebenden Spaltung im Zuge der rechtlichen Selbstreflexion. Diese geschichtsphilosophische Annahme erhält ihre Schärfe aus der polemischen Gegenüberstellung von Gewalt und Reflexion, in welcher letztere, die Reflexion mehr als Bild denn als Begriff fungiert. Dieses normative Bild der Gewaltlosigkeit kann aber nur dann als zukünftiger Prozess verstanden werden, wenn es zu einer ontologischen Abwertung des gegebenen liberalen Rechts vor dem Hintergrund des als spekulativ ausgewiesenen Begriffes modernes Recht kommt. Darin liegt genau derselbe naturrechtliche Ansatz wie in Marx' Reichtumsbegriff. Der Reichtum ist freie Aneignung, wird aber in der Ware zu seinem Gegenteil. Das moderne Recht ist reflexiv, erscheint aber in der schlechten Form des bürgerlichen Rechts, nämlich dem Recht der *subjektiven* Rechte. Hierin liegt die gesamte Stärke, Kraft und Vitalität der Konzeption Menkes. Diese Stärke versucht Menke konsequent zu verbergen, dabei ist es gerade die spekulative Ontologie,

---

203 Menke (2018d), S. 166.

welche als unzeitgemäße Leistung Menkes im besten Sinne auszuweisen wäre und nach vollständiger Rekonstruktion deshalb hier auszuweisen *ist*.

#### 4. „Europäisches Recht“ (Loick)

Auch Daniel Loick nimmt eine Formbestimmung des Rechts vor. Entgegen der Bestimmung Buckels als „kapitalistisches Recht“ oder Menkes als „modernes Recht“, begreift Loick unser zeitgenössisches Recht als „europäisches Recht“. Anders als Menkes Begriff modernes Recht dient ihm dieser Begriff jedoch nicht zur spekulativen Abwertung des liberalen Rechts. Vielmehr verweist „europäisch“ hier auf die römisch-christliche Genese des zeitgenössischen Rechts,<sup>204</sup> dem Loick im Ergebnis die Rezeption des minorisierten, jüdischen Rechts entgegenhält. Insofern handelt es sich bei der Bezeichnung „europäisches“ Recht um einen im wesentlichen polemischen Begriff. Auch Loick bewahrt sich darin das spekulativ-kritische Moment, wonach das europäische Recht nicht das einzig mögliche Recht sein muss, sondern gerade *transformiert* werden kann (und muss).

Statt einer detaillierten Darlegung dessen, was diese Bestimmung als europäisches Recht für die Frage nach der Form bedeutet, folgt an dieser Stelle keine längere Auseinandersetzung. Das unterbleibt aus einem einfachen Grund, der zugleich die eingangs getroffene Aussage, man könne schon an der Akzentuierung der Formfrage erkennen, wie die Kritik sodann durchgeführt werde, unterstreicht. Der Titel des Buches *Juridismus* verweist schon auf den Umstand, dass es sich bei dem zu untersuchenden Umstand, nämlich dem Juridismus, um eine (notwendige) Subjektivierungsweise handelt.<sup>205</sup> Während Menke betont, dass ein Verständnis des modernen Rechts zunächst nicht über dessen Träger, d. h. das Subjekt, sondern über dessen Struktur zu erreichen ist,<sup>206</sup> wählt Loick den entgegengesetzten Weg:

204 Prägnant schon im Titel, vgl. Loick (2014).

205 Zur philosophischen „Mimesis ans Juridische“: Hörl (2006), S. 243 und *passim*.

206 Menke (2018d), S. 101.

„Das europäische Recht, so soll gezeigt werden, fabriziert eine (Inter-)Subjektivität, die den Individuen eine sinnvolle Ausübung der ihnen rechtlich garantierten Freiheiten gerade verstellt.“<sup>207</sup>

Auch darin liegt eine Formbestimmung, eine Formbestimmung des modernen Rechts als spezifische Form von Subjektivität. Rechtliche Form und Subjektivität fallen demnach bei Loick zusammen. Da Buckel und Menke ebenfalls eine Auseinandersetzung mit der Subjektivität im Recht leisten, soll eine einheitliche Besprechung dieser Innenperspektive in einem gesonderten Kapitel erfolgen, sodass Loicks *Juridismus* in diesem Zusammenhang der rechtlichen Formanalyse unberücksichtigt bleiben kann, um später bei der Frage der Subjektivierung zum Tragen zu kommen.

## 5. Zusammenfassung

Wer auf traditionelle Art eine Formbestimmung vornimmt, muss einen Grund ausweisen. Formen existieren nicht bloß zufällig oder als Nebenprodukt, sondern sind auf grundlegende Entscheidungen zurückzuführen. Marx bestimmt den Grund des Wertes und der Wertform hin bis zum Kapital in der sich aus der Arbeitsteilung ergebenden abstrakten Arbeit als Substanz der sich daraus ergebenden Erscheinungen in den bekannten Formen (Warenform, Wertform, Geld etc.). Paschukanis möchte an die Formanalyse Marx' anschließen, scheut sich aber, den Begriff der Substanz auch für das Recht ernst zu nehmen. Das zeigt sich nicht zuletzt in der Abwertung idealistischer Konzeptionen des Rechts *als Freiheit*. Dies wiederum führt zu einer Abhängigkeit der, so müsste Paschukanis es im Anschluss an Marx denken, die Erscheinung hervorbringende Form des Rechts (als eines subjektiven Anspruchs) von der Konstellation des Warenbesitzers im gesellschaftlichen Austauschverhältnis. Damit verfehlt Paschukanis aber den Ansatz Marx', welcher die Formen der Ware und des Werts in einer diese hervorbringende Substanz grundiert hatte. Er verfehlt ihn insofern, als er keine eigene Substanz des Rechts jenseits des Warentauschs angeben kann.

Buckel greift ebenfalls die Frage nach der Form auf und bestimmt wie Paschukanis (unter enigmatischem Rückgriff auf Brentel) meh-

---

207 Loick (2017), S. 12.

rere Rechtsformen (I, II und III). Auch hier sind der subjektive Anspruch (Form I) und der Gerichtsprozess zentral (Form II). Ebenso wie Paschukanis übersieht (oder ignoriert) auch Buckel den Marx'schen Substanzbegriff. Dafür rückt eine nicht mit Marx zu erklärende Selbstbewegung der Rechtsform II in den Mittelpunkt der Betrachtung.

Auch Menke fragt nach der Form. Er wählt aber nicht den Weg über die Marx'sche Form, sondern legt seiner Betrachtung den differenztheoretischen Formbegriff Spencer-Browns und Luhmanns zugrunde. Diese überbietend, muss er jedoch im Zuge seines spekulativen Begriffs modernes Recht die Selbstreferenz des Rechts zu dessen Wesen erklären, um so den nötigen Raum für die ontologische Abwertung des liberalen Rechts zu gewinnen. Damit verlässt er den differenztheoretischen Ansatz und kehrt mittels seiner spekulativen Kritik mit der „Selbstreflexion“ zu einem normativen Grundbegriff zurück. Es verhält sich dann mit dem Recht, wie bei Marx mit dem Reichtum. Auch der Reichtum erscheint, aber in der für Marx falschen Form.<sup>208</sup> Auch das moderne Recht erscheint, denn das Wesen muss erscheinen. Aber genau wie der Reichtum aus der Sicht von Marx falsch zur Darstellung kommt, drängt auch das moderne Recht in seiner fehlerhaften Form der liberalen Rechte an die Oberfläche geschichtlicher Phänomene. Menkes Kritik ist damit nicht abstrakt gegen *das* Recht, sondern gegen die *spezifische Form des liberalen Rechts* gerichtet.

Für Loick stellt die Form des europäischen Rechts wesentlich ein Subjektivierungsregime dar, welches genealogisch auf christlich-römischen Momenten beruht, damit im wesentlichen imperialer Natur ist<sup>209</sup> und durch Rekurs auf die jüdische Rechtsauslegung unterlaufen werden soll. Rechtsform und Subjektivierung fallen zusammen.

---

208 Gegen eine solch „massiv ontologische“ Lesart Marx' vgl. Bubner (1974), S. 70–72. Bubner nennt Marcuse und Krahl als deren Urheber. Gerade in dieser ontologischen Bestimmung liegt aber nach der hier vertretenen Ansicht das utopische, frühsozialistische oder naturrechtliche Moment Marx'.

209 Vgl. auch dazu den erhellenden Beitrag von Hörl (2006), S. 247.

## II. Gewalt

### 1. Einführung

Die bis zu dieser Stelle betrachtete Formbestimmung des Rechts durch dessen Kritiker hat einen ersten Zugriff auf die kritische Auseinandersetzung ermöglicht. Die Frage nach der Form des Rechts ist damit aber nur scheinbar abgeschlossen, als ob nun gleichsam der Blick darauf gerichtet werden könnte, welche konkreten Inhalte des Rechts der zeitgenössischen Kritik unterliegen. Wer jedoch eine kritische Auseinandersetzung mit den spezifischen Inhalten des derzeitigen Rechts erwartet, ist notwendigerweise an dieser Stelle zu enttäuschen und auf rechtspolitische Diskussionen zu verweisen. Das bedeutet nicht, dass aus der Perspektive der Kritiker der Inhalt der Form äußerlich oder eine kritische Wendung gegen einzelne Inhalte sinnlos und überflüssig wäre. Diese auf spezifische rechtliche Inhalte zielende Kritik darf aber aus Sicht der hier besprochenen Kritik über einen wichtigen Punkt nicht hinwegtäuschen, nämlich die Tatsache, dass die Gestalt als solche, welche das bürgerliche Recht angenommen hat, *grundsätzlich* verkehrt ist. Die Form des Rechts ist so verkehrt, dass das liberale (Menke), europäische (Loick), kapitalistische (Buckel) Recht, selbst bei einer inhaltlich über jeden Zweifel erhabenen Ausgestaltung, notwendigerweise das hervorbringt, was seine Kritiker ihm vorwerfen: soziale Verwerfungen, entsetzliche Subjektivierung, Gewaltförmigkeit, Apolitizität oder Ungleichheit, um an dieser Stelle nur einige Beispiele dessen zu nennen, weshalb das Recht unter Anklage seiner Kritiker steht. Wenn nun der Inhalt gar nicht in den Blick gerät, ist die Frage zurück an die Form verwiesen. Es wurde bereits angedeutet, dass mit der grundsätzlichen Formbestimmung durch die Kritiker des Rechts die Form noch nicht abschließend beschrieben ist. Man könnte so weit gehen zu sagen, dass die gesamte hier behandelte Rechtskritik *Formkritik* ist. Insofern sind die nun folgenden Kapitel, dieses zur Gewalt und das darauffolgende zur Subjektivierung, als Fortbestimmungen der Formfrage zu lesen.

Wie verhält sich diese Fragestellung zum Begriff Gewalt? Es ist offenbar, dass diese Frage nicht in einem Vorgriff auf die folgende Untersuchung schon hier beantwortet werden muss. Was aber angedeutet werden kann, ist das Folgende: Die rechtliche Form ist aus

Sicht der Kritiker in den Komplex der Gewalt unheilvoll, möglicherweise tragisch, jedenfalls notwendig verstrickt. Diese Verstrickung zu untersuchen, stellt nichts anderes dar, als die weitere Ausdifferenzierung des rechtlichen Formbegriffes. Dabei ist die Untersuchung dieses Zusammenhanges zwischen rechtlicher Form und Gewalt unterschiedlich beantwortet worden. Um diesen Zusammenhang schon vorab zu erhellen, sei gesagt: die Antworten auf diese Frage sind vielfältig. Sie reichen von der Frage danach, wie sich die Gewalt überhaupt im Recht zeigt, d. h. was unter der rechtlichen Gewalt zu verstehen ist bzw. welche gewaltförmigen Strukturen das Recht ausbildet, bis zu der Bestimmung darüber, ob diese Gewalt dem Recht überhaupt selbst eingeschrieben ist oder diesem nur als gleichsam unliebsames Appendix anhaftet. Es ist an dieser Stelle noch einmal anzumerken, was schon der allgemeinen Frage nach der Form im ersten Kapitel dieser Studie als Hinweis vorangeschickt wurde, dass *Analyse und Kritik*, Formbestimmung und Formveränderung, Problemdiagnose und Problemlösung zusammengehören. Die Frage nach der Gewalt rechtlicher Formen ist eins mit der Beantwortung der Frage, ob und wie diese zu überwinden ist. Diese Fragen nach der *Gewaltförmigkeit* sind damit als Formfragen bestimmt. Die Ergebnisse des ersten Kapitels werden stets vorausgesetzt, und es wird auf diese Ergebnisse fortlaufend Bezug genommen. Die hier vorgenommene Aufteilung der Kapitel in Form, Gewalt und Subjektivierung sind notwendige Abstraktionen. Sie bleiben Abstraktionen, welche der Sache selbst (so verhält es sich mit dem Abziehen des Konkreten meist) Gewalt antun.

Dass die Verfassung des Rechts eine gewaltförmige ist, gilt als Selbstverständlichkeit. Ebenso gilt bis heute wie selbstverständlich: „Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden.“<sup>210</sup> Ein erster Hinweis auf das Selbstverständnis des modernen Rechts ergibt sich aus dem Begriff Zwang. Zwang und Gewalt sind voneinander geschieden, und zwar gerade durch das Recht, d. h. die rechtliche Verfassung der Gewalt als Zwangsmittel. Dieser Zusammenhang wird im weiteren Fortgang zu erhellen sein und sei hier ebenfalls nur angedeutet. Aber selbst bei Zugeständnis der These, die Frage der Gewalt sei kein Problem mehr, da man ja die Gewalt in den rechtlichen Zwang verwandelt und damit domestiziert habe, bliebe

---

210 Kant (1900aff.), S. 231.

immer noch eine Frage: Was legitimiert den Zwang? Oder anders: Wer die Frage der Gewalt für erledigt erklärt, weil man nun einmal über den Begriff des Zwangs als *rechtlicher* Gewalt verfüge, der verschiebt lediglich die Frage in sprachlicher Hinsicht. Wenn der Zwang nämlich rechtliche Gewalt ist, bleibt er doch Gewalt. Die Bezeichnung der Gewalt als *rechtlich*, kann nur rechtsimmanent ein Ausweis der Legitimation sein. Nicht zuletzt diese Frage wird im weiteren Verlauf dieses Kapitels noch intensiv zu diskutieren sein.

Eine aufschlussreiche Möglichkeit, diesen Zusammenhang zwischen Recht und Gewalt mehr zu verdecken als zu erhellen, wählt *Christian Kalthöner* in seiner Studie zu Benjamin und Menke unter dem Titel *Die Gewalt des Rechts*. So überrascht es, wenn Kalthöner zunächst in seiner, wie es im Untertitel heißt, *Analyse und Kritik nach Benjamin und Menke*, mit einem eigenen „Standpunkt“<sup>211</sup> hinsichtlich der Frage aufwartet, was das Recht überhaupt sei, anstatt die Analyse und Kritik nach Benjamin und Menke durchzuführen. Dieser Standpunkt beruht auf einem Kantianismus, der tief verstrickt ist in das Problem der Überprivilegierung einer scheidenden Vernunft. So heißt es, erforderlich „für eine Kritik ist daher zunächst die Bildung eines geeigneten Maßstabs, anhand dessen der von ihr ausgemachte Gegenstand geschieden, unterschieden und beurteilt werden kann.“<sup>212</sup> Diese Art der vernünftelnden Maßstabbildung vor der eigentlichen Behandlung eines Gegenstandes endet mit innerer Notwendigkeit auf dem „Standpunkt“ einer „subjektzentrierten Vernunft“.<sup>213</sup> Sie kann eigentlich nur dort enden, wo sie angefangen hat: bei ihrem Standpunkt (ansonsten wäre es kein Standpunkt).<sup>214</sup> So müsste der Untertitel zu Kalthöners Studie eigentlich lauten: *Die Analyse und Kritik Benjamins und Menkes, betrachtet vom Standpunkt einer subjektzentrierter Vernunft*. Auf die eigentliche Frage nach dem eigenen rechtstheoretischen Standpunkt wird dann zunächst positivistisch geantwortet, es handle sich bei dem Recht um das *positive Recht*, d. h. seinem Ursprung nach wie auch in seiner

---

211 Kalthöner (2021), S. 13.

212 Kalthöner (2021), S. 13.

213 Kalthöner (2021), S. 9.

214 Ich kehre gegen Ende dieser Studie noch einmal zu Kalthöners Schrift zurück und stelle dort überrascht fest, dass die eigenen Lösungen zur Problematik der Gewalt im Recht mit den Mitteln der subjektzentrierten Vernunft bestritten werden. Insofern hält Kalthöner, was er verspricht.

Gestalt als Rechtsprechung.<sup>215</sup> Neben dieser Positivität des Rechts gehöre zum Begriff des Rechts aber auch die Abgrenzung zur Moral. Diese Bestimmungen Kalthöners werden noch gleichsam als Vorspiel zur eigentlichen Arbeit behandelt, als habe diese Trennung von Recht und Moral mit dem rechtlichen Zwang noch nichts zu tun. Dass aber der Zwang schon in der Bestimmung des Rechts liegt, sobald dieses als *jenseits* von Sittlichkeit oder Moral liegend bestimmt wird, bemerkt Kalthöner nicht. An dem Punkt hat *Hermann Cohen* Recht, indem er feststellt: „In der Legalität selbst steckt schon der Zwang.“<sup>216</sup> Eine *Studie über das Problem der Gewalt* bei Benjamin und Menke hat also damit zu beginnen, dass der Autor einen Rechtsbegriff einführt, der schon selbst mindestens den Zwang in sich trägt. Das führt zu erwartbaren Ergebnissen. Wo anders soll man enden als beim Zwang, wenn man diesen schon ganz am Anfang in den eigenen Rechtsbegriff hineinlegt?

## 2. Recht und Gewalt (Menke)

### *Einführung*

Im Kapitel zur rechtlichen Form hatte ich damit geschlossen zu zeigen, wie Menke diese zu bestimmen sucht und dort den (verdeckten) spekulativen Begriff *modernes Recht* herausgearbeitet. Dieses moderne Recht übernimmt in Menkes Konzeption die Funktion, dasjenige Moment des Rechts aufzubewahren, welches der Antike an geschichtsphilosophischem Fortschritt abgerungen wurde, ohne in der unzulänglichen Idee des Liberalismus aufzugehen. Es vermag nicht im Liberalismus aufzugehen, da das moderne Recht erst *einmal* verwirklicht wurde (nämlich im liberalen, bürgerlichen Recht), die *zweite* Verwirklichung aber noch aussteht. Dort wurde bereits das Problem der Gewalt berührt und dieses wird im Folgenden vertieft. Ich werde insbesondere die aufgestellte These ausdifferenzieren, die eine Gegenüberstellung der gewaltlosen Reflexion des modernen Rechts gegen die Gewalt beschreibt. Es wird zu zeigen sein, dass es hier auf die Frage ankommt, um *welche Gewalt* es sich handelt.

215 Kalthöner (2021), S. 14–15.

216 Cohen (2001), S. 400.

Sucht man hinsichtlich des Verhältnisses von Recht und Gewalt bei Menke nach Orientierung, stößt man auf zwei Abhandlungen, welche die Verbindung dieser beiden Begriffe „Recht“ und „Gewalt“ gleichlautend im Namen tragen. Da ist einmal die kurze Abhandlung *Recht und Gewalt*<sup>217</sup> aus dem Jahre 2011 (im Folgenden als *Recht und Gewalt I* bezeichnet), welche 2018 und damit nach dem Erscheinen des eigentlichen rechtphilosophischen Hauptwerkes *Kritik der Rechte* von 2015 mit einem erweiterten Nachwort erneut herausgegebene wurde. Dieses Werk beschließt Menke, dies ist die zweite angesprochene Abhandlung, mit einem Appendix, welcher halb Zusammenfassung des Buches, halb Nachwort, noch einmal auf wenigen Zeilen und dicht gedrängt versucht, das Verhältnis von Recht und Gewalt zu bestimmen.<sup>218</sup> Es handelt sich um den zweiten Text mit dem Titel „Recht und Gewalt“, im Folgenden daher als *Recht und Gewalt II* bezeichnet.

An welchen der Texte hat sich nun der interessierte Leser zu halten, möchte er etwas über den Zusammenhang von Recht und Gewalt erfahren? Meine These lautet, dass es sich bei *Recht und Gewalt I* um eine Vorstudie zu *Recht und Gewalt II* handelt. Dabei soll die im Begriff der Vorstudie mitschwingende Ausrichtung auf das Hauptwerk nicht „mitgemeint“ sein. Negativ gwendet könnte *Recht und Gewalt I* auch als der gescheiterte Versuch bezeichnet werden, die von Menke selbst herausgestellten Fragen hinreichend zu beantworten. Dieser Umstand sei sogleich entwickelt und in seiner Bedeutung insbesondere dahingehend erläutert, zu welchen Schlüssen Menke in den jeweiligen Texten zu Recht und Gewalt kommen muss. Sodann wird der Fortschritt sichtbar sein, der in *Recht und Gewalt II* gegenüber dem vorangegangenen Text liegt. Es seien deshalb nicht trotz, sondern wegen des Gesagten bei der Frage nach der Bestimmung, welche Menke dem Verhältnis zwischen Gewalt und Recht zukommen lässt, beide Texte herangezogen, um die eigentliche Fragestellung, nämlich die Frage nach Recht und Gewalt bei Menke, in ihrer ganzen Komplexität und inneren Entwicklung darstellen zu können.

Bevor ich mich jedoch in diesen konkreten Fragen wiederfinde, sei noch einmal kurz derjenige Text angesprochen, der wohl für

---

217 Menke (2018e).

218 Menke (2018d), S. 403–407.

die gesamte Rechtskritik Menkes jedenfalls in ihrem Ausgang unentbehrlich ist, den Text Benjamins zur *Kritik der Gewalt*. Um darüber das Erkenntnisinteresse nicht aus den Augen zu verlieren, betrachte ich den Text vor allem dahingehend, was Menke aus ihm gewonnen hat bzw. gewonnen zu haben glaubt und wo er, den eigenen Begriffen folgend, sich von Benjamin löst. Nicht eigentlich soll daher zahlreichen Deutungen,<sup>219</sup> wie auch den Deutungen der Deutungen<sup>220</sup> noch eine weitere hinzugefügt werden. Dass dadurch einige Argumente und Passagen des Textes unbeachtet bleiben müssen, sei mir an dieser Stelle nachgesehen.<sup>221</sup>

### *Kritik der Gewalt (Benjamin)*

Im August 1921 und damit vor etwas mehr als 100 Jahren erscheint der Aufsatz Benjamins unter dem Titel *Kritik der Gewalt* in dem von Emil Lederer als Redakteur verantworteten *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*.<sup>222</sup> Damals wie heute stellt er zentrale rechtskritische Einsichten bereit, seine Leser allerdings auch vor erhebliche Herausforderungen, welche im Laufe der Zeit eher zu- denn abgenommen haben dürften. Trotz dieser Schwierigkeiten weise ich auf einige wenige Punkte hin, unter anderem auf die Beurteilung der Gewalt, genauer: die Frage nach ihrer (konkreten) Negation wie auch Affirmation, das Verhältnis von Zweck und Mittel im bürgerlichen Recht, die Möglichkeit einer moralischen Kritik der Gewalt und des Rechts sowie die grundsätzliche geschichtsphilosophische Perspektive der *Kritik der Gewalt*.

Im Folgenden sei weniger der Punkt hervorgehoben, dass das Recht gewalttätig ist; das ist weder für Benjamin, noch für uns eine aufregende Feststellung.<sup>223</sup> Ebenso wenig hat uns zu interessieren, ob die Einteilung Benjamins in eine rechtssetzende und eine rechterhaltende Gewalt wirklich so unglücklich ist wie oft behauptet wird, dies darf bezweifelt werden, kann aber dahinstehen. Viel wichtiger, weil

219 Um nur zwei bekannte Deutungen zu nennen: Honneth (2011b), Derrida (2013).

220 Haverkamp 1994b.

221 Die Kenntnis der *Kritik der Gewalt* muss an dieser Stelle vorausgesetzt werden.

222 Krause (2019/20), S. 63.

223 Honneth (2011b), S. 193.

grundlegender ist es, noch einmal zu betonen, dass es sich bei dem Text nicht im genuinen Sinne um eine Rechtsphilosophie handelt. Häufig wird der Text Benjamins vorwiegend aus dieser Perspektive betrachtet. Das hängt damit zusammen, dass er sich über weite Strecken mit dem Recht und seinen Voraussetzungen auseinandersetzt. Der erste Satz des Textes aber lautet: „Die Aufgabe einer Kritik der Gewalt läßt sich als die Darstellung ihres Verhältnisses zu Recht und Gerechtigkeit umschreiben.“<sup>224</sup> Es sind also diese „sittlichen Verhältnisse“, nämlich Recht und Gerechtigkeit, in welche die Gewalt eingreift.<sup>225</sup> Innerhalb dieser sittlichen Verhältnisse geht Benjamin dann zu einer Betrachtung der Gewalt über und der Frage, wie das Recht ihrer Herr zu werden sucht. Diesem Verhältnis widmet Benjamin einen beträchtlichen Teil seiner Ausführungen, mit dem bekannten Resultat, hier zusammengefasst von Honneth:

„Das Rechtsverhältnis ist ein soziales Medium, das an seiner Aufgabe einer Vermittlung sozialer Gegensätze deswegen scheitert, weil es ihm im Rahmen des Zweck-Mittel-Schemas strukturell nicht gelingen kann, den Einsatz des ihm zur Verfügung stehenden Gewaltmittels deutlich und klar zu fixieren.“<sup>226</sup>

Diese Betrachtung des gewalttätigen Eingriffes in sittliche Verhältnisse ist aber nicht das Ergebnis der Studie Benjamins. Sonst wäre *Zur Kritik des Rechts* tatsächlich der passendere Titel gewesen. Es handelt sich aber nicht um eine reine Kritik des Rechts, sondern um eine Kritik der Gewalt. Die Gewalt ist aber „als Mittel entweder rechtssetzend oder rechtserhaltend. [...] Daraus folgt, daß jede Gewalt als Mittel selbst im günstigsten Falle an der Problematik des Rechts überhaupt teilhat.“<sup>227</sup> Damit ist aber auch laut Benjamin die eingangs gestellte Frage, ob Gewalt als Mittel sittlich sei,<sup>228</sup> dahingehend beantwortet, dass „nach dem Ausgeführten das Recht in so zweideutiger sittlicher Beleuchtung [erscheint], dass die Frage sich von selbst aufdrängt, ob es zur Regelung widerstreitender menschlicher Interessen keine anderen Mittel als gewaltsame gebe.“<sup>229</sup> Benja-

---

224 Benjamin (1965b), S. 29.

225 Benjamin (1965b), S. 29.

226 Honneth (2011b), S. 204.

227 Benjamin (1965b), S. 45.

228 Benjamin (1965b), S. 29.

229 Benjamin (1965b), S. 45.

min muss aber feststellen dass jede Lösung menschlicher Konflikte oder aber eine „Erlösung aus dem Bannkreis aller bisherigen weltgeschichtlichen Daseinslagen“<sup>230</sup> nicht völlig ohne jede Gewalt auszukommen vermag.

Hier gibt Benjamin dem Gedanken noch einmal eine Wendung und fragt nach Gewalten, welche sich nicht als Mittel auf einen vorher festgelegten Zweck beziehen, vereint unter dem Begriff der Manifestation.<sup>231</sup> Diese Manifestation selbst findet sich im Mythos, wird von Benjamin aber auch der Seite der Rechtssetzung zugeschlagen und der göttlichen Gewalt gegenübergestellt: „Ist die mythische Gewalt rechtssetzend, so ist die göttliche rechtsvernichtend [...]“.<sup>232</sup> Aber die göttliche Gewalt ist nicht zwingend religiöser Natur, sondern findet sich mindestens einmal auch im profanen Leben der Menschen, der Erziehung.<sup>233</sup> Das Charakteristikum der göttlichen Gewalt ist, dass sie „unblutigen, schlagenden, entsühnenden Vollzuges“<sup>234</sup> ist, und zugleich keinesfalls Rechtssetzung.<sup>235</sup>

Wozu aber die Wendung gegen das Zweck-Mittel-Verhältnis? Die moderne Gewalt äußert sich als rechtliche Gewalt, das Recht aber ist bestimmt durch das Verhältnis von Zweck und Mittel. Das Naturrecht kann die Frage nach der Gewalt als Mittel gar nicht stellen, die Gewalt ist für es selbstverständlich.<sup>236</sup> Dem positiven Recht, welches Benjamin, anders als das Naturrecht, einer Diskussion für würdig erachtet, stellt Benjamin dann im Hauptteil der Studie die Unfähigkeit aus, die Gewalt im Rahmen des Zweck/Mittel-Verhältnisses einzuhegen.

230 Benjamin (1965b), S. 54.

231 Benjamin (1965b), S. 55.

232 Benjamin (1965b), S. 59.

233 Aufgrund dieser Aussage wird Menke die Konstruktion Benjamins der paidischen und damit regressiven Aufhebung der Gewalt bezichtigen, wohl zu Recht, vgl. Menke (2018e), S. 69.

234 Benjamin (1965b), S. 60.

235 Benjamin (1965b), S. 60.

236 Vgl. dazu Leo Strauss: „Mag uns unsere Sozialwissenschaft auch noch so klug und weise hinsichtlich der Mittel machen, die wir für irgendwelche Zwecke wählen mögen, so gibt sie doch zu, daß sie unfähig ist, uns bei der Unterscheidung zwischen rechtmäßigen und unrechtmäßigen, gerechten und ungerechten Zielen zu helfen. Eine derartige Wissenschaft ist nicht mehr als ein bloßes Werkzeug: sie ist zur Magd jedweder Mächte oder Interessen geboren.“, Strauss (1977), S. 3.

Von dieser transzendenten Warte aus löst sich Benjamin gleichzeitig von einem instrumentellen Gewaltbegriff und führt den Begriff „Manifestation“ ein,<sup>237</sup> der die gegebene Rechtsordnung zu transzendieren vermag.<sup>238</sup> Dies geschieht in zwei Richtungen, im Hinblick auf die mythische Gewalt der griechischen Götter und auf die göttliche Gewalt. Beide entgehen dem Zweck-Mittel-Verhältnis, aber nur die göttliche ist nicht verwerflich.<sup>239</sup>

Honneth sagt dazu: „[V]ielmehr ist der bloße Umstand, daß etwas von Nutzen sein soll, also letztlich einem Zweck dient, als solcher bereits Indiz seiner Minderwertigkeit, weil es dadurch nicht Ausdruck wahrhaftiger Sittlichkeit oder Gerechtigkeit sein kann.“<sup>240</sup> Denn über die Gerechtigkeit von Zwecken entscheidet nicht die (menschliche) Vernunft, sondern Gott.<sup>241</sup> Gut ein Vierteljahrhundert nach Benjamins Text hat Horkheimer der Thematik ein ganzes Buch gewidmet. So schreibt er über die Vorstellung, Vernunft sei, was dem Einzelnen nützlich erscheine: „Diese Art von Vernunft kann *subjektive Vernunft* genannt werden. [...] Der Gedanke, daß ein Ziel um seiner selbst willen vernünftig sein kann [...] ist der subjektiven Vernunft zutiefst fremd.“<sup>242</sup> Es ist die Subjektivität der Zwecke, welche für die Moderne typisch ist.<sup>243</sup> Eine andere, für uns relevante Erweiterung dieses Gedankens nimmt Carl Schmitt vor, indem er in Abgrenzung zu ökonomischer Zweckmäßigkeit (bei Benjamin dürfte etwas Ähnliches gemeint sein) den Katholizismus als „im eminenten Sinne politisch“<sup>244</sup> definiert, was wiederum bedeutet: „Zum Politischen gehört die Idee“.<sup>245</sup> Damit ist das eigentliche Ziel der Opposition gegen das Denken in Zwecken und Mitteln angeschnitten, es ist

---

237 Benjamin (1965b), S. 56.

238 Honneth (2011b), S. 206.

239 Benjamin (1965b), S. 64.

240 Honneth (2011b), S. 197–198.

241 Benjamin (1965b), S. 54.

242 Horkheimer (2007), S. 16–17.

243 Luhmann (1968), S. 9.

244 Schmitt (2002), S. 27.

245 Schmitt (2002), S. 28 Nicht ganz stimmig ist die Abwertung Sorels als ökonomischen (das ist korrekt) und damit rationalen Denker, vgl. Schmitt (2002), S. 22–23. Gleichzeitig schreibt Schmitt folgende Passage im Hinblick auf Sorels Theorie: „Jede rationalistische Deutung würde die Unmittelbarkeit des Lebens fälschen. Der Mythos ist keine Utopie. Denn diese, ein Produkt rasonnierenden Denkens, führt höchstens zu Reformen.“, vgl. Schmitt (2017), S. 84; beide

die *Politik*. Ganz in diesem Sinne, der Rückgewinnung der Politik,<sup>246</sup> schreibt Honneth zu Benjamins Einflüssen durch Sorel, Péguy und Unger:

„Was Benjamin von diesen drei Autoren enthusiastisch zur Kenntnis nahm, ist durch die Tendenz geeint, den Begriff der Politik so fern wie möglich von jedem Gedanken der Interessenbefolgung zu halten, um ihn mit dem Potential der radikalen Hervorbringung neuer Denk- und Moralordnungen ausstatten zu können [...] es muß diese einheitliche Absicht gewesen sein, die Politik aus der Klammer des Zweck-Mittel Schemas zu lösen, welche Benjamins lebhaftes Interesse wachrief.“<sup>247</sup>

Warum aber die Politik in der Studie zur Gewalt kaum Erwähnung findet, deutet Honneth folgendermaßen:

„In seinem Aufsatz versucht Benjamin nichts weniger zu leisten, als diese beiden Begriffe in ihrem Bedeutungsgehalt exakt umzupolen, so daß die „Gewalt“ als Quelle und Fundament, das „Recht“ demgegenüber als Endpunkt der Politik in Erscheinung tritt. Die Funktion der damit beabsichtigten Umdeutung ist es, die Politik als ein in sich zweckfreies, von allen menschlichen Zielsetzungen losgelöstes, insofern ‚religiöses‘ Geschehen deuten zu können.“<sup>248</sup>

Derrida bezieht sich auf die Feststellung Benjamins, dass eine Kritik der rechtserhaltenden Gewalt unter den Vorzeichen des kategorischen Imperativs keinen Erfolg verspricht. „Eine rein moralische Kritik der Gewalt erweist sich also als ebenso ungerechtfertigt wie ohnmächtig.“<sup>249</sup> Positives Recht, welches nicht bar seiner eigenen gedanklichen Voraussetzungen operiert, wird immer für sich in Anspruch nehmen wollen, das „Interesse der Menschheit in der Person jedes einzelnen anzuerkennen und zu fördern.“<sup>250</sup> Wie ist aber dann Kritik möglich? Die Antwort führt zu unserem letzten Punkt. Wenn die Kritik nicht moralisch sein soll, wie ist sie dann auszuführen?

---

Schriften sind im Jahr 1923 erschienen, d. h. sie fallen in die gleiche Schaffensperiode.

246 Es ist bekannt, daß die *Kritik der Gewalt* Teil eines größeren gedanklichen Komplexes war, der gerade dem Thema der Politik gewidmet war, vgl. dazu Kambas (1992), S. 254.

247 Honneth (2011b), S. 194.

248 Honneth (2011b), S. 194.

249 Derrida (2013), S. 88.

250 Benjamin (1965b), S. 41.

Benjamin greift hier auf die Geschichtsphilosophie zurück, wenn er sagt: „Die Kritik der Gewalt ist die Philosophie ihrer Geschichte. [...] Auf der Durchbrechung dieses Umlaufs im Banne der mythischen Rechtsformen [...] gründet sich ein neues Zeitalter.“<sup>251</sup> So ähnlich formuliert Benjamin es dann auch in der 15. Geschichtsphilosophischen These: „Das Bewußtsein, das Kontinuum der Geschichte aufzusprengen, ist den revolutionären Klassen im Augenblick ihrer Aktion eigentümlich.“<sup>252</sup> Es ist gerade diese „transzendente Warte“<sup>253</sup>, wie Honneth es beschreibt, so „problematisch diese geschichtsphilosophische Perspektive heute auch anmuten mag“<sup>254</sup>, die bei heutigen Geistern Befremden hervorruft. Dieser Umstand dürfte eher gegen das eigene Zeitalter sprechen. Man muss diesen Punkt bei Benjamin aber erst nehmen, da die gesamte kritische Konzeption an diesem geschichtsphilosophischen Betrachtungspunkt gleichsam aufgehängt ist.

Was resultiert daher aus der *Kritik der Gewalt*? Sicherlich nicht eine Verwerfung der Gewalt, wie es der unbefangene Leser zu Beginn des Textes durchaus annehmen könnte. Es ist nämlich gerade der letzte Abschnitt des Textes, der durch seine Weigerung, eine abstrakte Negation der Gewalt vorzunehmen oder anders gesagt, der *durch seine Affirmation einer göttlichen Gewalt* für nachhaltige Verstörung auf Seiten der Rezipienten gesorgt hat.<sup>255</sup> Die Kritik der Gewalt ist keineswegs das Programm der *Abschaffung* der Gewalt, sondern, ganz in der Tradition der kritischen (kantischen) Philosophie, deren Beurteilung. Wir erinnern an die verschiedenen Gewalten, welche Benjamin auszumachen glaubt. Die rechtliche Gewalt ist an das Verhältnis von Zweck und Mittel gebunden. Über die Berechtigung von Mitteln entscheidet aber „niemals die Vernunft, sondern schicksalhafte Gewalt“.<sup>256</sup> Der Mythos richtet ebenfalls bloß ein weiteres Recht auf, genau wie der politische Generalstreik.<sup>257</sup> Es bleibt die Affirmation der göttlichen Gewalt, welche nun meta-

---

251 Benjamin (1965b), S. 63–64.

252 Benjamin (1965a), S. 90.

253 Honneth (2011b), S. 195.

254 Honneth (2011b), S. 195.

255 Zentral hier das Postskriptum, in dem Derrida an seinem Anspruch gescheitert ist.

256 Benjamin (1965b), S. 54.

257 Kambas (1992), S. 252.

physisch als revolutionäre Gewalt legitimiert auftreten kann,<sup>258</sup> und zu einer „Entsetzung“ des Rechts führen wird.<sup>259</sup> Es ist trotzdem der feine Hintersinn Benjamins zu beachten, dass eine von ihren Zwecken gelöste Gewalt nicht auf ewig *zweckfrei*, sondern vielmehr *zwecklos* gedacht werden müsste. Zweck-lose Gewalt wird genau dies: zwecklos. Darin strebt sie ihrer eigenen Aufhebung entgegen.

### *Recht und Gewalt I*

Ich habe einige zentrale Punkte aus dem Benjamin'schen Textes kurz aufgegriffen, um den ersten Text Menkes zur Gewalt, der uns im Folgenden zu interessieren hat, einordnen zu können. Schon in der äußerlichen Struktur beruft sich Menke ausdrücklich auf die Überlegungen Benjamins, wenn er den Text in die Frage nach dem schicksalhaften Charakter des Rechts einerseits und dessen mögliche „Entsetzung“ andererseits einteilt.<sup>260</sup> Die beiden Teile des Textes werden jenseits dieser groben Zweiteilung noch einmal innerlich verklammert durch eine doppelte Bezugnahme auf Benjamin. Teil I der *Kritik der Gewalt I* endet mit einem folgendermaßen bezeichneten Kapitel: „7. Das Schicksal des Rechts (Benjamin 1)“<sup>261</sup>, wohingegen der II. Teil der Studie mit folgendem Kapitel eröffnet wird: „1. Die Entsetzung des Rechts (Benjamin 2)“<sup>262</sup>. Benjamin 1 und 2 bilden damit gleichsam auch im Text selbst den Kern dieser Studie. Ich werde zeigen, dass diese Äußerlichkeiten nicht darüber hinwegtäuschen dürfen, dass diese Zentrierung auf Benjamin in der Mitte des Buches vor allem ein kritisches Zulaufen auf Benjamins Thesen und Fragestellungen zur Mitte des Textes hin bedeutet, gefolgt von einem Abstoßen ab der Mitte des Textes von Benjamins Positionen und Begriffen.

258 Kambas (1992), S. 251.

259 Benjamin (1965b), S. 64.

260 Menke (2018e), S. 12.

261 Menke (2018e), S. 51–60.

262 Menke (2018e), S. 61–67.

Was Menke von Benjamin lernt...

Menke liest im ersten Teil seiner Studie aus der *Kritik der Gewalt* zwei sich gegenseitig ergänzende Gesichtspunkte Benjamins, nämlich die „Doppelthese“<sup>263</sup>, dass das Recht sich erstens gegen das Nichtrecht<sup>264</sup> durchzusetzen und dies sich stets wiederholend zu vollziehen hat.<sup>265</sup> Dies wird in Anlehnung an Benjamin als „mythisch“ bezeichnet.<sup>266</sup> Diese Einsicht Benjamins wird Menke nicht mehr aufgeben, unabhängig davon, wie er sie auch (rein sprachlich) reformuliert.

Menke liest damit das Problem des Zweck-Mittel-Verhältnisses bei Benjamin ähnlich wie Honneth. Das Problem liegt zunächst darin, dass die Gewalt nicht Mittel bleiben kann, sondern im Zuge der Selbsterhaltung des Rechts ihre Zwecke abwerfen muss und die Selbsterhaltung der einzige Zweck des Rechts wird.<sup>267</sup> Deshalb sagt Menke, dass im Recht zwangsläufig Zweck und Mittel zusammenfallen.<sup>268</sup> Benjamin gibt dafür den Grund an. Es ist die Tatsache, dass nicht die Vernunft über gerechte Zwecke entscheidet, sondern Gott.<sup>269</sup> Diese von Benjamin betriebene Ablehnung der Zwecke wird von Menke spätestens seit der Studie *Kraft*<sup>270</sup> ebenfalls formuliert. Diese Kritik bewegt sich aber, anders als bei Benjamin, entlang einer Kritik des autonomen Handelns. Die üblichen Handlungskonzeptionen sollen durch den Kraftbegriff Menkes unterlaufen werden,<sup>271</sup> zugunsten einer „Expression ohne Zweck“<sup>272</sup>, die sich an den Künstlerbeschreibungen Nietzsches orientiert. Das Problem des Zwecks liegt für Menke daher nicht in der zwangsläufigen Überbestimmung

---

263 Menke (2018e), S. 59.

264 Die Differenz von Nicht-Recht und Unrecht nicht denken könnend: Derrida (2013), S. 78.

265 Menke (2018e), S. 58.

266 Benjamin (1965b), S. 59.

267 Menke (2018e), S. 55.

268 Menke (2018e), S. 56.

269 Benjamin (1965b), S. 54.

270 Menke (2017).

271 Diese Fragen stehen im Zusammenhang mit einem spekulativen Naturbegriff Menkes. Weitere Erläuterungen dazu im Kapitel zur Urteilkonzeption in der *Kritik der Rechte*.

272 Menke (2017), S. 117.

durch die Götter, sondern vielmehr in der Vorstellung, allein praktische Zwecke könnten eine gute Praxis hervorbringen.

### Was Benjamin von Menke hätte lernen können

Da bei Benjamin aber die Gefahr droht, die Differenzen zwischen nichtrechtlicher und rechtlicher Gewalt in einem zu umfassenden Begriff der Gewalt zu verwischen,<sup>273</sup> fügt Menke dieser Doppelthese noch die Einsicht der politisch-prozeduralen Legitimation des Rechts, fußend auf der Gleichheit der Rechtsunterworfenen, hinzu.<sup>274</sup> So betont er den Unterschied zwischen Gewalt der Rache und der Gewalt des Rechts: „Auch das Recht muss seine Durchsetzung mit Gewalt fortwährend wiederholen. Aber nicht, weil das Recht, wie die Rache, das, wogegen es sich richtet, in sich, sondern weil das Recht es außer sich, sich gegenüber hervorbringt.“<sup>275</sup> Damit kann Menke an Benjamins Begriff schicksalhafte Gewalt anknüpfen, ohne Rache und Recht unter denselben Gewaltbegriff subsumieren zu müssen. Zudem geht es nicht mehr darum, das Recht abzuschaffen sondern um die Möglichkeit, menschliches Zusammenleben in einer Differenz gegen das Recht zu suchen.

Diese Anknüpfung gelingt Menke dadurch, indem er den Begriff Benjamins schicksalhafte Gewalt aufgreift und gegen Benjamin verändert. Die Gewalt der Rache ist nicht die Gewalt des Rechts, weil das Recht selbst schon in sich den Bruch mit der Rache und den Rückfall in sie enthält.<sup>276</sup> Menke wirft Benjamin vor, im Ergebnis an der Kritik des Rechts zu scheitern. Dieses Ergebnis sei nämlich „der falsche, identitäre Begriff des Rechts, der es mit der Gewalt der Rache gleichsetzt“.<sup>277</sup> Indem Benjamin also die göttliche (oder die reine bzw. revolutionäre) Gewalt gegen das Recht stellt, muss er alle Rechtssetzung von der Rache bis zum modernen Staat verdammen. Dem hält Menke die Tragödienerfahrung entgegen:

---

273 Menke (2018e), S. 61.

274 Menke (2018e), S. 58–59.

275 Menke (2018e), S. 41.

276 Menke (2018e), S. 64.

277 Menke (2018e), S. 64.

## § 1. Zur neueren deutschen Rechtskritik

„Denn nach der Tragödienerfahrung des Rechts vollzieht nicht nur *schon* das Recht den Bruch mit der schicksalhaften Gewalt, sondern kann der Bruch mit der schicksalhaften Gewalt deshalb (!) auch *nur durch* das Recht *hindurch* erfolgen.“<sup>278</sup>

Menke schließt sich damit der Lektüre Derridas an. Das Argument lautet daher wie folgt: Das Recht vollzieht schon den Bruch mit der schicksalhaften Gewalt und ist deshalb auch die einzige Form, in der dieser Widerstreit überhaupt zum Austrag gebracht werden kann.

Danach macht sich Menke an die Destruktion des Benjamin'schen Textes, die er mit den Worten einleitet: „Aber Benjamins Programm einer „Entsetzung“ des Rechts kann auch anders gelesen werden.“<sup>279</sup> Damit beginnt Menke seine eigenen Überlegungen und versucht, die Entsetzung des Rechts zu denken, welche den Bruch mit der schicksalhaften Gewalt *im* Recht vollziehen kann.

### Menkes Entwurf einer „Entsetzung“

Die Abkehr von Benjamin im 2. Teil der Schrift bleibt eine Abkehr unter Benjamins Prämissen, namentlich unter dem Begriff Entsetzung:

„Die Entsetzung des Rechts ist weder das Ende des Rechts noch der Beginn der Gewaltlosigkeit. Sie ist die Durchbrechung der schicksalhaften Gewalt, die das Recht ausübt, weil es sich im Recht gegen das Nichtrechtliche glaubt.“<sup>280</sup>

Dieser Satz aus dem Schlussteil des Buches muss nun von uns eingeholt werden. Menke hat also den einseitigen Gewaltbegriff Benjamins hinter sich gelassen und diesen von der Gewalt der Rache geschieden, welche nicht über eine politisch-prozedurale Legitimation verfügt. Er behält von Benjamin die Vorstellung eines nach wie vor mythisch verfassten Rechts, welches um seine Durchsetzung gegen das Nichtrechtliche kämpft.

Um die von Benjamin vorgeschlagene Entsetzung des Rechts, welche bei diesem noch im Namen der revolutionären bzw. reinen

---

278 Menke (2018e), S. 64 [Hervorhebung im Original, S. K.].

279 Menke (2018e), S. 64.

280 Menke (2018e), S. 103.

oder göttlichen Gewalt sich vollzieht, von dessen Gewalt denken zu können, bestimmt Menke zunächst diese bei Benjamin nur ange-deutete Entsetzung genauer als Freiheit des Rechts, nicht über das Nichtrechtliche herrschen zu müssen.<sup>281</sup> Entsetzung ist Freigabe des Rechts vom Zwang zur Herrschaft über das diesem Jenseitige. Wie kann sich das Recht der Herrschaft über sein Anderes entledigen? Menke sieht zwei Möglichkeiten: Erziehung oder Selbstreflexion.

Die erste Möglichkeit einer (regressiven) Paideia (wir hatten Menkes Bestimmung derselben in der *Kritik der Rechte* als griechische Variante des traditionellen Rechts kennengelernt, welche in implizitem Selbstbezug, d. h. gerade nicht selbstreflexiv, versucht, die „Lücke im Recht“ zu schließen) wählt Benjamin, indem er die Erziehung als Form der heiligen Gewalt versteht.<sup>282</sup> Dagegen führt Menke den Begriff Selbstreflexion ein.<sup>283</sup> Wir haben diesen Begriff schon in der Auseinandersetzung mit der rechtlichen Formbestimmung bei Menke aufgegriffen. Auch im Ausgang von *Recht und Gewalt I* kommt dieser zum Tragen. Auch hier ist der Begriff Selbstreflexion schon begrifflich an Rechte geknüpft, aber in einer bestimmten Form, der Form des subjektiven Rechts. Die Struktur ist bekannt. Als selbstreflexive Begrenzung des Rechts gibt das subjektive Recht das Nichtrechtliche frei, aber nur indem es dieses partial befreit. Das subjektive Recht „stellt dem Recht das Interesse, der Gleichheit den Egoismus, der Verpflichtung das Belieben gegenüber.“<sup>284</sup> Die Verfehlungen des subjektiven Rechts sind vielfältig und werden von mir im Abschnitt zur Subjektivierung vertieft behandelt. Der grundsätzliche Vorwurf lautet aber dahingehend, dass das liberale, bürgerliche Recht sich selbst nicht versteht. Es merkt nicht, dass es durch seine Form subjektiver Rechte das Nichtrechtliche in das Recht hineingenommen hat. Es verdrängt diese Bewegung, da es die subjektiven Rechte als Abspaltung vom Allgemeinen vollzieht.<sup>285</sup> Weil es aber diese eigene Hervorbringung des Nichtrechtlichen durch sich selbst nicht nachzuvollziehen vermag, kämpft es einen Kampf der ewigen Durchsetzung und verfällt dem Bann der mythischen Gewalt. So-

---

281 Menke (2018e), S. 68.

282 Benjamin (1965b), S. 60.

283 Menke (2018e), S. 70.

284 Menke (2018e), S. 87.

285 Menke (2018e), S. 89.

weit der Gedanke Menkes.<sup>286</sup> Wie möchte Menke diese mythische Gewalt brechen? Wir erinnern, dass Menke in Abgrenzung zu Benjamin das Recht für nicht prinzipiell abschaffbar hält, denn „jenseits des Rechts herrscht die Ungleichheit.“<sup>287</sup> Deshalb schließt Menke, die Entsetzung des Rechts sei weder die Abschaffung des Rechts, noch die völlige Eliminierung der Gewalt.<sup>288</sup> Es geht um die Brechung der schicksalhaften Gewalt, die das liberale Recht dank seiner fehlenden Reflexion auf sich selbst hervorzubringen gezwungen ist.

### Zwischenfazit

Wie lautet das Resultat von *Recht und Gewalt I* und wie ist das Verhältnis zu Benjamins Text zu bestimmen? Der Text schließt im Wortsinne haarsträubend:

„Das selbstreflexive, entsetzte Recht ist ein Recht, das *Widerwillen* gegen sich selbst hat: dem sich die Haare gegen sich selbst sträuben; ein Recht wider Willen – das Recht der Widerwilligen.“<sup>289</sup>

Menke kann Benjamins Begriff mythischer Gewalt aufgreifen, da er in diesen die systemtheoretische Unterscheidung zwischen Recht und Nichtrechtlichem hineinlesen kann. Damit bestimmt er einerseits das Recht als immanent gewaltvoll, scheidet es aber gleichzeitig durch seinen Anspruch auf Gleichheit aller Rechtsgenossen von der bloßen Rache (welche auch eine Form der Gerechtigkeit darzustellen sucht). Falls wir im Anschluss eine geschichtsphilosophische Bestimmung suchen, dann finden wir hier – gegen Benjamin – ein solches Moment vor. Um dieser mythischen Gewalt zu entkommen, schlägt Benjamin eine „Entsetzung“ des Rechts vor. Da Menke aber mit den Begriffen Benjamins heilige, reine oder revolutionäre Gewalt und den dahinterstehenden Konzeptionen eines proletarischen Generalstreiks kaum etwas anfangen kann, versucht er sich an einer eigenen Konzeption zur „Entsetzung“ des Rechts von seiner schicksalhaften Gewalt. Einen relativ großangelegten Entsetzungsversuch

---

286 Menke (2018e), 90–93.

287 Menke (2018e), S. 102.

288 Menke (2018e), S. 103.

289 Menke (2018e), S. 105 [Hervorhebung im Original, S. K.].

findet Menke bereits vor. Es handelt sich um das subjektive Recht des Liberalismus. Als Versprechen stellt dieses den Einzelnen von den Mühen der politischen Allgemeinheit frei und schafft einen Raum, der dem Recht entzogen zu sein scheint. Hier „entsetzt“ sich das Recht zumindest partiell. Aber es entsetzt sich fehlerhaft, wie Menke bemerkt, da es auf diesen Prozess der Freisetzung und Trennung der Form nach zwar reflektiert, aber „glaubt, die Gewalt des Rechts brechen zu können, indem sie allein seine Reichweite begrenzt – ohne also die *Urteilsweise* des Rechts *verändern* zu müssen.“<sup>290</sup> Diese Verdrängungsleistung des Rechts möchte Menke nun freilegen, um die vom Liberalismus angestoßene Entsetzung durchführen zu können.

Damit spielt die Gewalt anders als bei Benjamin jedenfalls an dieser Stelle keine produktive Rolle, sondern wird vielmehr als dem Recht notwendig innewohnend akzeptiert. Ihre mythische Form soll allerdings durch die Selbstreflexion gebrochen werden. Was fehlt also im Hinblick auf den Text Benjamins? Wir finden weder eine ambitionierte Geschichtsphilosophie, noch eine positive Bezugnahme auf eine Form der (heiligen, revolutionären) Gewalt oder eine Anknüpfung an die eine Repolitisierung ermöglichende Zweckfreiheit der menschlichen Institutionen, insbesondere des Rechts. Ganz anders stellt sich dies in *Recht und Gewalt II* dar.

### *Recht und Gewalt II*

Jede geschichtsphilosophische Betrachtung, die eine wesentliche Veränderung in der sozialen Ordnung herbeiführen soll, ist zum Scheitern verurteilt oder bloße Spielerei, wenn sie nicht dasjenige Moment in der Wirklichkeit angibt, welches zu dieser beabsichtigten Veränderung befähigt. Den zentralen Begriff in diesem Zusammenhang entwickelt Menke erst mit der *Kritik der Rechte*, es handelt sich, wie erwähnt, um den Begriff *modernes Recht*. Erst in diesem Begriff können die in der *Kritik der Gewalt I* aufgegriffenen Momente zu einer stimmigen Einheit gebracht werden. Der Begriff modernes Recht ermöglicht es, die Geschichtsphilosophie mit der Politisierung, der immanenten Kritik und der bestimmten Negation der Gewalt zu verbinden. Wie geht dies vonstatten?

---

290 Menke (2018e), S. 88 [Hervorhebung im Original, S. K.].

Auf den wenigen Buchseiten, die Menke am Ende der *Kritik der Rechte* noch einmal dem Zusammenhang von Recht und Gewalt widmet, finden wir zunächst eine Rekapitulation der *Kritik der Gewalt I*. Das Recht entkommt seinem eigenen anderen, dem Nichtrecht nicht, kann aber den Moment seiner Einsetzung, in welchem es das Nichtrecht gerade hervorbringt, nicht vergessen.<sup>291</sup> Das Recht kann nicht vergessen. Hatte Menke diesen Durchsetzungsanspruch des Rechts gegen das Nichtrecht in der *Kritik der Gewalt I* noch als „Recht des Rechts“<sup>292</sup> bezeichnet, sich gerade qua seines Geltungsanspruches durchsetzen zu dürfen, so wählt Menke nun für die Frage, wie die mythische Gewalt im Gegenteil zu brechen wäre, eine ähnliche Formulierung. Diese lautet: „die Rechte sind das Recht des Rechts“.<sup>293</sup> Was bedeutet das?

Wir erinnern noch einmal an den Begriff *Rechte*, den ich im Rahmen des Formkapitels bereits ausführlich dargelegt habe. Menke führt den Begriff *modernes Recht* ein, das moderne Recht ist nach Menke das *Recht der Rechte* (daher auch der Titel des Buches: *Kritik der Rechte*). Das moderne Recht ist dadurch bestimmt, dass es Rechte verleiht und somit selbstreflexiv wirkt. Es ist aber nicht eins mit dem subjektiven Recht. Darin lag das von mir als spekulativ bezeichnete Moment in Menkes Konzeption. Wie können nun die Rechte das Recht des Rechts darstellen? „Die Aufgabe des Rechts ist die Begrenzung der Gewalt“<sup>294</sup> heißt es zu Beginn von *Recht und Gewalt I*. Die Rechte, d. h. das moderne Recht (nicht jedoch allein das bürgerliche Recht in der Form des subjektiven Rechts als bloßer *Erscheinung* des modernen Rechts), begrenzen die Gewalt des Rechts und sind darin dessen Recht, dessen Begrenzung. Die Rechte wenden durch die ihnen inhärente Selbstreflexion das Prinzip des Rechts auf das Recht selbst an und begrenzen dadurch seine mythische, d. h. sich stets wiederholende, Gewaltanwendung. Soweit die Überlegung Menkes. Die Rechte, welche das moderne Recht verleiht (im liberalen Recht in Form der subjektiven Rechte, im künftigen Recht in noch unbestimmter Form), sind das Recht (die Begrenzung) des Rechts.

---

291 Menke (2018d), S. 404.

292 Menke (2018e), S. 90.

293 Menke (2018d), S. 404.

294 Menke (2018d), S. 403.

Worin liegt nun der Unterschied zu der „Entsetzung“ des Rechts aus der *Kritik der Gewalt I*? Menke kann nun hier einen Begriff aufgreifen, den er im ersten Text zur Gewalt noch ungenutzt hatte lassen müssen; es ist die Gewalt selbst. Wie ist das zu verstehen? Das bürgerliche Recht sichert die Rechtsgenossen zwar einerseits gegen die Gewalt, aber verfährt in dieser Absicherung zu indifferent, indem es gegen jede Gewalt absichert oder wie Menke sagt: „Die Sicherheit des bürgerlichen Rechts ist der *abstrakte* Einspruch gegen die Gewalt.“<sup>295</sup> Damit ist das bürgerliche Recht aber nicht kritisch, weil es, wie Adorno bemerkt, voraussetzen muss, dass „die Negation der Negation die Positivität sei“<sup>296</sup>. Diese schlechte Negation der Negation, d. h. die Abschaffung (Negation) der Gewalt (Negation), so der Gedanke Menkes, „wäre wiederum Identität, erneute Verblendung“.<sup>297</sup> Das bürgerliche Recht beansprucht mit seiner privaten Sicherheit, der Sicherung privater Ansprüche als Negation des gewaltsamen Übergriffes des Allgemeinen auf das einzelne Subjekt, schon etwas Positives erfasst zu haben. Darin liegt die abstrakte Negation der Gewalt, die abstrakte Negation der Negation. Man muss diesen Einspruch Adornos gegen die Hegel'sche Dialektik präsent haben, um die gedankliche Bewegung Menkes an dieser Stelle verstehen zu können. Allein die Negation des Falschen (hier der Gewalt) führt nicht automatisch zu einem Erfolg. Vielmehr hat „unbeirrte Negation ihren Ernst daran, dass sie sich nicht zur Sanktionierung des Seienden hergibt.“<sup>298</sup> Um dieser abstrakten Negation oder, wie Menke es formuliert, dem abstrakten Einspruch zu entgehen, kommt es darauf an, das Positive allein in der „bestimmten Negation, Kritik“<sup>299</sup> zu suchen. Deshalb negiert Menke nicht die Gewalt an sich, sondern differenziert, um diese bestimmte Negation der Gewalt leisten zu können, zwischen der „Gewalt der Verletzung und der Gewalt der Veränderung“<sup>300</sup>. Das liberale Recht schlägt, so könnte man wohlwollend formulieren, in seinen guten Absichten einer Gewaltverhinderung über die Stränge und verfehlt gerade dadurch sein Ziel. Es stellt in überschießender Tendenz neben der verletzenden Gewalt

295 Menke (2018d), S. 406 [Hervorhebung im Original].

296 Adorno (1966), S. 162.

297 Adorno (1966), S. 162.

298 Adorno (1966), S. 162.

299 Adorno (1966), S. 161.

300 Menke (2018d), S. 406.

auch die Gewalt der Veränderung still. Dagegen verwahrt sich Menke, indem er die Gewalt der Veränderung von der Kritik der Gewalt als solcher ausnimmt. Hier steht Menke nun der Begriff modernes Recht zur Verfügung. Damit kann er auch das bürgerliche Recht besser erfassen. Auch das bürgerliche Recht ist als Erscheinung des modernen Rechts selbstreflexiv. Aber es versteht den Bruch der Gewalt falsch als Programm der Sicherheit, der privaten Sicherheit.

Dieser Selbstreflexion des liberalen Rechts in Form der subjektiven Rechte stellt Menke eine andere Form der Selbstreflexion entgegen: die *antipolitische* Form der positivistischen Absicherung privater Ansprüche wird nun als die immer schon eigene Hervorbringung des Rechts verstanden. „Das neue Recht greift ein in das, was es berechtigt“.<sup>301</sup> Dadurch ist es Gewalt, die Gewalt der Veränderung. Leicht finden wir hier die Benjamin'schen Motive wieder. Lag die mythische Gewalt bei Sorel noch im proletarischen Streik, so erfährt diese Gewalt bei Benjamin eine „Aktualisierung der Idee der göttlichen Gewalt“.<sup>302</sup> Noch bei Adorno findet sich dieser Zug, indem er, die Methode der negativen Dialektik erläuternd und ihr Verhältnis zur Positivität bestimmend, festhält: So „hat Dialektik ihren Erfahrungsgehalt nicht am Prinzip sondern am Widerstand des Anderen gegen die Identität; *daher ihre Gewalt*“.<sup>303</sup> Genau um diese Gewalt handelt es sich im vorliegenden Fall auch bei Menkes „Gewalt der Befreiung“<sup>304</sup>. So wie die Gewalt Benjamins eine Unterbrechung darstellt,<sup>305</sup> so soll Menkes „Gewalt der Veränderung“ den mythischen Wiederholungszwang brechen.<sup>306</sup>

Sowohl Menkes als auch Benjamins Gewalt ist dabei der Ausnahmezustand entgegengesetzt. Menke schreibt wohlwissend um die unvermeidlichen Einsprüche besorgter Bürger: „Der Schmittsche Souverän beginnt mit einer reflexiven Einsicht: der Einsicht in die Lücke im Recht. Und er endet in unreflektierter Blindheit: gegenüber der Lücke, die ihn selbst ausmacht.“<sup>307</sup>

---

301 Menke (2018d), S. 406.

302 Finistrella (2020), S. 89.

303 Adorno (1966), S. 163 [Hervorhebung von mir, S. K.].

304 Menke (2018d), S. 407.

305 Haverkamp (1994a), S. 167.

306 Menke (2018d), S. 406.

307 Menke (2018d), S. 129.

Mit dieser verändernden Gewalt also – zumindest theoretisch abgesichert gegen die Gewalt der Souveränität – findet sich ein Gedanke wieder, den Honneth schon in Benjamins Ablehnung der Zwecke hineingelesen hatte, in Gestalt der Politik. Hat Menke in *Recht und Gewalt I* die Politik noch nicht in seine Überlegungen einbezogen, so stößt die Politik nun in die Lücke, welche der Begriff des modernen Rechts mit seiner alternativen Form der Selbstreflexion eröffnet hat. Die Gewalt der Veränderung, dieses Ergebnis einer bestimmten Negation der Gewalt (gesetzt gegen die abstrakte Negation der Gewalt durch das subjektive Recht), ist keine blinde Gewalt, sondern in ihrem Kern politisch.

Menke will das Politische, aber er will es anders als Benjamin. Dieser will „den Begriff der Politik so fern wie möglich von jedem Gedanken der Interessenbefolgung halten, um ihn mit dem Potential der radikalen Hervorbringung neuer Denk- und Moralordnungen ausstatten zu können.“<sup>308</sup> Genau das versucht Menke im Hinblick auf Moralordnungen zu verhindern. Auch hier zeigt sich die mittlerweile verbreitete Tendenz, keine materielle Bestimmung mehr vorzunehmen, sondern Gerechtigkeitsvorstellungen zu formalisieren.<sup>309</sup> Menkes Kritik am Recht soll aus dem Recht selbst folgen und der ange-dachten Politisierung keinen moralischen Maßstab entgegenhalten.

Insofern ist Menkes Stellung zur Politisierung (Benjamins) zwiespältig. Er teilt die Politisierung und auch er möchte die Naturalisierung des persönlichen Willens durch die subjektiven Rechte als der liberalen Form des Regierens brechen, bindet diese Frage aber nicht an den Zweckbegriff, der bei Benjamin immer mit dem Begriff Interesse verbunden ist. Dem würde Menke schon nicht mehr zustimmen, so schreibt er: „Das Eigene des Willens ist daher keine neue Zweckbestimmung, d. h. der bürgerliche Eigenwille ist nicht der (egoistische) Wille, dem es immer nur *um* sein Eigenes geht, sondern eine neue Weise der Geltung“<sup>310</sup>, welches letztendlich „Ausdruck der egoistischen Natur des Menschen“<sup>311</sup> ist. Im Egoismus sieht Menke hingegen nicht das entscheidende Kriterium der

308 Honneth (2011b), S. 194.

309 Siehe hier Loicks Überlegungen zur „formalen Rekonzeptualisierung“ des Entfremdungsbegriffes bei Jaeggi, Loick (2017), S. 297–301.

310 Menke (2018d), S. 197.

311 Honneth (2011b), S. 199.

kritischen Auseinandersetzung mit dem Recht: „der Egoismus ist überhaupt keine rechtstheoretische oder gesellschaftskritische Kategorie (sondern eine moralische)“.<sup>312</sup> Es sei überdies bemerkt, dass die Rechtskritik unter dem Begriff Egoismus als originär rechtsphilosophischer Kategorie, eine traurige Vergangenheit hat. Der anti-römische Affekt, Plessner nennt es den „römischen Komplex“, geriet bislang recht zielsicher in kollektivistisches Fahrwasser.<sup>313</sup>

Benjamins geschichtsphilosophische Position ergibt sich aus der Opposition zu jeglicher rechtssetzender Gewalt. Sie verbleibt damit in einer das Recht transzendierenden Position. Menke hat verdeutlicht, dass Benjamin es sich damit zu leicht macht. Gleichzeitig behält Menke grundlegende Motive bei. Bei ihm lautet die Differenz, welche die alte von der neuen Geschichte scheidet, nicht auf mythische Gewalt dort und heilige Gewalt hier. Menke nimmt – (wir hatten dies in der Auseinandersetzung mit der rechtlichen Form aufgezeigt) einen historischen Fortschritt nicht nur von der Rache zum Recht (darin lag die Tragödienerfahrung) an, sondern auch zwischen antikem Recht und modernem, selbstreflexiven Recht. Menke entwirft dann mit dem modernen Recht eine Konzeption, deren Bild wir soeben um die Motive der Gewalt (der Veränderung) und der Politik anreichern konnten. Der Fortschritt des Fortschritts, der Sprung von der Antike in die selbstreflexive Moderne erwartet noch einmal einen Schritt von dem sich selbst missverstehenden (und damit seine Selbstreflexion verstellenden) bürgerlichen Recht, hin zu einem neuen Recht, dem Recht der Gegenrechte, dem Recht der Revolution.

### *Fazit zum Gewaltbegriff Menkes*

*Recht und Gewalt II* am Ende der *Kritik der Rechte* ist eine Rückkehr zu Benjamin. *Recht und Gewalt I* stellt nach dem Gesagten eine Vorstudie zur *Kritik der Rechte* und damit zu *Recht und Gewalt II* dar. Ob sie erst später dazu (degradiert) wurde oder von Beginn an als solche geplant war, ist genauso unklar wie in der Sache irrelevant.

---

312 Menke (2018d), S. 10.

313 Mit Nachweisen zur völkischen Kritik, ebenso zur Freirechtslehre und auch noch zu Heinrich Heine: Meyer-Pritzl (2008), S. 562–566.

Der Charakter als Vorstudie und die damit einhergehende geringere Aussagekraft und Relevanz für die Beantwortung der hier gestellten Fragen ist aus zwei Gründen so augenscheinlich wie gerechtfertigt. Erstens ist sie, genau wie die *Kritik der Rechte*, eine einzige große Antwort auf die Fragen, welche Benjamin in seinem Aufsatz zu *Kritik der Gewalt* aufgeworfen hatte. Der zweite Grund, weshalb Menkes *Recht und Gewalt I* eindeutig eine Vorstudie zur *Kritik der Rechte* darstellt, beruht ganz einfach auf seiner geringeren Entwicklungsstufe. Diese Aussage mag nach der unbefangenen Lektüre irritierend, ja falsch erscheinen, sind doch vermeintlich schon die wesentlichen Begriffe entwickelt, z. B. das Begriffspaar „Recht und Nichtrecht“, die „Selbstreflexion“<sup>314</sup>, sogar das „Gegenrecht“<sup>315</sup> (wenn auch nur im Singular) oder die „Paradoxie“<sup>316</sup>. Dass auch der Begriff Gewalt eine nicht unwesentliche Rolle spielt, dürfte sich mit Blick auf den Titel von selbst verstehen. Dennoch fehlt ein zentraler Begriff, nämlich der spekulative Begriff das *moderne Recht* als dem Recht der Rechte. Menke hat diesen Begriff zum Zeitpunkt der Abfassung noch nicht entwickelt, sodass die Studie mehr Fragen offenlässt denn beantwortet. Erst unter Rückgriff auf den Begriff modernes Recht können, so lautete unsere These, die von Benjamin aufgeworfenen Fragen und Problemstellungen aufgegriffen und im Rahmen der *Kritik der Rechte* bewältigt werden. Darin liegt die erwähnte *Rückkehr zu Benjamin*.

### 3. Zwang und „rechtsbezogene Gewalten“ in der *Kritik der Souveränität* (Loick)

#### *Einführung*

Daniel Loick hat mit der *Kritik der Souveränität* und *Juridismus* gleich zwei sich ergänzende Studien vorgelegt, die sich beide intensiv der Frage nach dem Recht und dessen Kritik widmen. Die Studien ergänzen sich insofern, als die Souveränitätsschrift, wie der Name es andeutet, einen Schwerpunkt auf den (objektiven) Herrschaftsan-

314 Menke (2018e), S. 67–71.

315 Menke (2018e), S. 79, allerdings noch verhalten als „(Gegen-)Recht“ statt „Gegenrecht“ geschrieben.

316 Menke (2018e), S. 88–95.

spruch moderner Gesellschaften wirft, während der Begriff Juridismus einen Sammelbegriff für vier fehlerhafte Formen menschlicher Subjektivität darstellt, welche durch das Recht hervorgerufen werden; diese sind: „*ideologische Täuschung, psychologische Deformation, Verlust kommunikativer Qualität* und [...] *politische Paralyse*“.<sup>317</sup> Diese subjekttheoretische Fragestellung wird im Folgenden einstweilen zurückgestellt, um zunächst der Rolle der Gewalt in Loicks Rechtskritik nachzugehen. Die Gewalt wird bei ihm unter dem Begriff Souveränität besprochen und findet sich zentral in der *Kritik der Souveränität* dargestellt. Genau wie Menke greift Loick bei der Darstellung des Problems der Gewalt auf Benjamins Text zur *Kritik der Gewalt* zurück, den ich bereits im Zusammenhang mit Menkes Auseinandersetzung mit der Gewalt eingehend vorgestellt habe. Die Unterscheidung Benjamins in eine rechtssetzende und eine rechtserhaltende Gewalt ist soweit bekannt, sodass sie keiner weiteren Erläuterung bedarf. Loick nimmt diese Scheidung zum Anlass, um dieser Differenzierung innerhalb des Gewaltbegriffes drei weitere Teilgewalten hinzuzufügen, nämlich die „rechtsvorenthaltende“, die „rechtsinterpretierende“ und die „rechtsspaltende Gewalt“. Damit eröffnet Loick ein Panorama auf, seiner Ansicht nach, wesentliche Gewalten des bürgerlichen Rechts. Allerdings ruht dieses Panorama der Gewalten auf einer grundlegenderen Prämisse, nämlich der für Loick zweifelhaften Verbindung von Recht und Gewalt überhaupt. Diese für ihn entscheidende Frage danach, ob Gewalt überhaupt ein legitimes Mittel zur Durchsetzung eines Zweckes ist, gewinnt Loick ebenfalls im Anschluss an Benjamin, denn dieser fragt, „ob Gewalt überhaupt, als Prinzip, selbst als Mittel zu gerechten Zwecken sittlich sei.“<sup>318</sup> Dieser allgemeinen Frage nach einem dem Recht inhärenten Zwangsmoment und dessen möglicher Rechtfertigung widme ich mich zunächst, bevor unter den genannten drei zusätzlichen Gewalten Loicks, diejenige der „rechtsinterpretierenden“ Gewalt eingehender betrachtet werden wird.<sup>319</sup>

---

317 Loick (2017), S. 13.

318 Benjamin (1965b), S. 29.

319 Diese steht insbesondere im Zusammenhang mit Sonja Buckels Kritik am liberalen Recht bzw., wie sie sagt, der „Rechtsform“.

*Rechtswang (Kant)*

## Ausgangsthese und Methode

In seinem Vorwort zu Loicks Studie *Kritik der Souveränität* rekapituliert Axel Honneth das, was aus seiner Sicht als Programm der Kritischen Theorie verstanden werden darf. Es komme besagter Kritischer Theorie darauf an, „die rational begründeten und als herrschaftsfrei bezeichneten Sozialverhältnisse der Moderne daraufhin zu befragen, ob nicht doch Reste von Gewalt in ihnen kaum merklich fortexistieren“.<sup>320</sup> Ob sich die Frankfurter Schule, deren Gründung zwischen die beiden Weltkriege fällt, noch Illusionen über eine „Herrschaftsfreiheit“ in der Moderne gemacht hat, in welcher möglicherweise „Reste von Gewalt in ihnen kaum merklich fortexistieren“, ist zweifelhaft. Die Moderne hat eine gewaltlose und herrschaftsfreie Gesellschaft nie versprochen. Sie nimmt für sich allerdings eine rationale Begründung von Herrschaft und Gewalteinsatz in Anspruch. Diese rationale Begründung von Herrschaft und Gewalt nachzuvollziehen, steht im Mittelpunkt des ersten Teils von Loicks Studie zur Souveränität. Unter den Theoretikern der Souveränität gesteht Loick Kant noch am ehesten, weit vor Bodin, Hobbes und Rousseau, zu, den Rechtswang rationalisieren zu können. Dies erhellt schon daraus, dass Loick Kant ans Ende seiner Ausführungen über die Souveränität setzt; hier ist der Durchgang Loicks durch die Theorien der Souveränität von Bodin über Hobbes und Rousseau zu Kant sowohl Chronologie als auch Kennzeichen aufsteigender Vernunft. Dieser Gedanke wird bei Loick in Anspielung auf Hermann Cohen unter der Überschrift „Der Zwang und das Ende der Vernunft“<sup>321</sup> recht plastisch dargestellt und lautet folgendermaßen: Indem Kant dem Recht den Zwang am Ende, fast wider besseres Wissen, doch analytisch beordnete, habe er gleichzeitig sein eigentlich fortschrittliches Projekt der transzendentalen Deduktion des Rechts an die Empirie verraten,<sup>322</sup> damit also die (vermeintlich) versprochene Autonomie des Menschen ohne Not unterlaufen.

---

320 Honneth, S. 9 (2012).

321 Loick (2012), S. 137; Cohen (2001), S. 399.

322 Loick (2012), S. 138–139.

In methodischer Hinsicht setzt Loick dabei auf die *ironisierende Darstellung* historischer Prozesse, und versteht dies als zeitgenössisch-aktuelle Rekonstruktion und Rettung der dialektischen Methode. Diese Ironisierung ist ihm möglich, nachdem er die „Totalität, welche die ‚erste Generation‘ der Frankfurter Schule noch ohne weiteres hatte zugrunde legen können“,<sup>323</sup> aus Gründen mangelnder Plausibilität verabschiedet hat. Fehlt aber die Totalität, kann es laut Loick keine Dialektik mehr geben, sondern nur noch besagte Ironisierung. Die Ironisierung ist nach Loick die zeitgenössische Form der Dialektik; das explizit Zeitgenössische liege gerade im Untergang der Totalität. Ich mache einige Vorbemerkungen zu diesem methodischen Ansatz, bevor die inhaltlichen Aspekte der Studie in den Blick genommen werden.

Die Voraussetzung der Rekonstruktion einer Dialektik in Form der Ironisierung ist für Loick also der Untergang des Totalitätsbegriffes. Hier liegt die Basis der „Dialektik ohne Totalität“ und deren Rekonstruktion in der Ironisierung. Was hat für Loick zu dieser fehlenden Plausibilität der Totalität geführt? Ihm gelingt diese Argumentation auf Grundlage einer geschickten Äquivokation. Bevor er nämlich zur Verabschiedung der „gesellschaftlichen Totalität“ kommt, liefert er (zusammengefasst auf wenigen Seiten) die dazu passenden Gründe. So zeichnet er ein Bild des untergehenden Nationalstaates, welcher in vielerlei Hinsicht in Bedrängnis gerät, nicht zuletzt durch „wirtschaftliche Globalisierung, die europäische Einigung, Experimente (!) mit internationalem Recht oder nicht-staatlichen Schiedsgerichten“<sup>324</sup> So schließt Loick, „dass der traditionelle Souveränitätsbegriff staatspraktisch und -theoretisch der Vergangenheit angehört“.<sup>325</sup> Auf diese Diskussion um Kraft, Reichweite und Bedeutung des Nationalstaats im engeren Sinne ist an dieser Stelle nicht einzugehen, und zwar aus einem einfachen Grund: Loick spricht hier über Souveränität. Das ist soweit nicht verwunderlich, handelt seine Studie doch immerhin von einer Kritik der Souveränität. Verwunderlich hingegen ist – und hierin liegt besagte Äquivokation –, dass Loick den Niedergang der Souveränität mit einem Unglaubwürdigwerden der Totalität gleichsetzt. Das ist aus

---

323 Loick (2012), S. 23.

324 Loick (2012), S. 21.

325 Loick (2012), S. 22.

zweierlei Gründen fragwürdig, erstens im Hinblick auf die darin implizit anklingende Kritik an Hegel. Es ist festzuhalten, dass die Totalität bei Hegel zunächst eine logische Bestimmung darstellt. Totalität umfasst bei Hegel immer den gedanklichen Zug vom Konkreten ins Allgemeine. Um dem An-Sich-Seienden Bedeutung zu verleihen, bedarf es der Einordnung in die allgemeine Bewegung der Vernunft. Man kann das für einen verfehlten Ansatz halten, aber Hegels Totalitätsbegriff ist nicht primär ein Begriff gesellschaftlicher Totalität, sondern für Hegel notwendige Bestimmung echten, philosophischen Denkens. Hegels Totalitätsbegriff also an einen (vermeintlichen) Bedeutungsverlust des Nationalstaats und dessen (vermeintlich schwindende) Souveränität zu koppeln, muss den Totalitätsbegriff Hegels zwangsläufig verfehlen.

Die Identifikation der Totalität mit der Souveränität ist aber auch in einer zweiten Hinsicht schwierig. Um diesen Punkt zu verdeutlichen, ist zunächst ein Blick auf die von Loick angeführte erste Generation der Kritischen Theorie zu werfen.

„Das Wahre ist das Ganze“,<sup>326</sup> schreibt Hegel, worauf Adorno knapp 150 Jahre später mit dem bekannten Diktum antwortet: „Das Ganze ist das Unwahre“.<sup>327</sup> Loicks Absage an Totalität und Dialektik ist ebenfalls als Kritik an Hegels Diktum zu verstehen. Da bei Hegel die Dialektik untrennbar mit dem Begriff Totalität verbunden ist, kann aber nach Loick eine dialektische Betrachtungsweise nicht mehr Instrument der Kritik sein, sondern sieht sich selbst vielmehr der Kritik ausgesetzt. So schreibt Loick zusammenfassend, mit

„Dialektik kann demzufolge nicht mehr gemeint sein, dass Position und Negation als Teile einer prädefinierten organischen Totalität dechiffriert werden, die im Zuge eines schematischen Aufhebungsvollzugs miteinander harmonisiert werden müssen.“

In diesen Worten hallt noch die Kritik der Linkshegelianer an der Hegel'schen Versöhnung nach,<sup>328</sup> auch wenn diese Kritik am Schematismus des Hegel'schen Systems selbst einem Schematismus gleicht und das Hegelsche Denken so nicht zu treffen vermag.<sup>329</sup> Dennoch bleibt Loick, die Prämisse von der unmöglichen Totalität

326 Hegel (1988), S. 15.

327 Adorno (1951), S. 80.

328 Löwith (1981), S. 83.

329 Hoffmann (2004), S. 31.

zugrunde gelegt, konsequent, indem er mit der Totalität auch die Dialektik verabschiedet; eine Dialektik, die nicht in irgendeiner Weise auf das Ganze bezogen bleibt, verliert ihren Sinn. Soweit sich diese Kritik an der Dialektik auch auf die *Negative Dialektik* Adornos beziehen soll, trifft sie aber auch diese nicht. Dass Adorno in seinem Denken zu schematischen Harmonisierungen neigen würde, unterstellen ihm nicht einmal seine ärgsten Kritiker. So schreibt Adorno schon im dritten Satz der Vorrede zur *Negativen Dialektik*: „Das Buch möchte Dialektik von derlei affirmativem Wesen befreien [...]“<sup>330</sup> Wie verhält es sich aber mit Loicks Hinweis, die erste Generation der Kritischen Theorie habe den Totalitätsbegriff noch problemlos unterstellen dürfen, ihm sei diese Möglichkeit heute aber verwehrt?<sup>331</sup> In dem Diktum Adornos von der Unwahrheit des Ganzen (immerhin gilt: „Das totum ist das Totem“<sup>332</sup>) ist die Position der Kritischen Theorie insofern gut abgebildet, als dort selbst schon der Begriff Totalität gerade als kritischer gebraucht wird.<sup>333</sup> Im Begriff Totalität ist somit immer ein Denken aufbewahrt, welches aufs Ganze zielt, ohne es dabei zwangsläufig zu affirmieren. Darin ist Adorno (wie Marx) Hegelianer geblieben. Man könnte so weit gehen zu sagen, dass gerade im Begriff Totalität die Vorstellung der Revolution noch aufbewahrt ist. Ein ähnlicher Gedanke findet sich in der Revolutionstheorie Gunnar Hindrichs’.<sup>334</sup> Auch er versucht sich in der Rettung einer Philosophie (oder Theologie), welche noch über einen Totalitätsbegriff verfügt.<sup>335</sup> So heißt es (gegen Heidegger gewendet): „Statt vom Nichts her wird das Seiende im Ganzen vom Noch-nicht her erschlossen.“ Nicht umsonst handelt es sich auch bei dem ersten Satz der Einleitung zur *Negativen Dialektik* um einen, von Adorno nicht explizit gemachten, Hinweis auf die II. Feuerbachthese, indem er schreibt: „Philosophie, die einmal überholt schien, erhält sich am Leben, weil der Augenblick ihrer Verwirklichung versäumt ward.“<sup>336</sup>

---

330 Adorno (1966), S. 9.

331 Loick (2012), S. 23.

332 Adorno (1966), S. 368.

333 Dieses Moment geht auf Lukacs (1975) zurück.

334 Hindrichs (2017), S. 292. Das „Seiende im Ganzen“ ist hier Voraussetzung der Transzendenz, d. h. für Hindrichs: der Revolution.

335 Wie geglückt dieser Versuch ist, darüber kann man streiten, ist aber hier nicht von Belang.

336 Adorno (1966), S. 15.

Um aber die Welt zu verändern, bedarf es eines Begriffes der Totalität, wenn diese auch gerade als falsch erkannt wurde: „Dialektik ist das Selbstbewusstsein des objektiven Verblendungszusammenhangs, nicht bereits diesem entronnen.“<sup>337</sup> Aber Loick sieht sich dieser Objektivität offenbar bereits entronnen. Was ist geschehen seit der ersten Generation der Kritischen Theorie? Warum kann ein Begriff der Totalität heute nicht mehr zugrunde gelegt werden? Warum durften Adorno und Horkheimer sie aber noch zugrunde legen? Loick gibt nicht überzeugend an, worin die fehlende Plausibilität des Totalitätsbegriffes jenseits der Äquivokation von Souveränität und Totalität bestehen soll.

Ich greife dennoch die These Loicks auf, eine Totalität sei *heute* nicht mehr zu unterstellen, und verfolge diesen Gedanken unter Zugrundelegung von Loicks Prämissen in seiner Konsequenz. Wenn die Totalität erst jetzt, d. h. zu Beginn des 21. Jahrhunderts, durch den angeblichen Rückgang der Souveränität unglaublich geworden ist, wie kann dann die Ironisierung auf die Theoriebildung Kants angewandt werden, der doch selbst erst am Beginn der aufkommenden Nationalstaaten steht? Selbst wenn die Totalität wie von Loick bezeichnet „unglaublich geworden ist“, so liegt die Betonung doch auf „geworden“. Es muss dann zumindest gedanklich einen Punkt gegeben haben, an dem Sie das nicht war. So wird gegenüber der ersten Generation der Kritischen Theorie gerade auch eingeräumt, dass diese einen Totalitätsbegriff noch habe unterstellen dürfen. Daraus ergibt sich dann aber eine Art Rückwirkungsverbot der Ironisierung. Die kantische Rechtslehre müsste damit einer ironisierenden Betrachtung selbst nach Loicks eigenen Maßstäben entzogen sein. Hier versucht Loick offenbar, der Kritischen Theorie ihr „Recht auf Totalität“ zu lassen, ohne selbst an besagte Totalitätsannahme gebunden zu sein.

Geht man noch einen Schritt weiter, so ist festzustellen, dass das Konzept Ironisierung überhaupt nicht in zeitlicher Abfolge auf die offenbar Mitte der 1960er Jahre verlorengegangene Totalität folgt, sondern in der gesamten Moderne *ein* Mittel der Kritik systematischen Denkens gewesen ist. Seit der frühen Moderne wird der Begriff System als einer (gedanklichen) Totalität unter dem Deckmantel der Ironie attackiert, prominent wäre hier Kierkegaard zu nen-

337 Adorno (1966), S. 398.

nen.<sup>338</sup> Noch für Hegel stellt die Ironie, als die größtmögliche Aber-ration des subjektiven Willens, die „absolute Selbstgefälligkeit“,<sup>339</sup> die radikale Negativität der Moralität dar. Dieses radikal negative Verhältnis zur Welt, welches die Ironie für Hegel (zu Recht) darstellt, kann deshalb für ihn auch nur noch in der Sittlichkeit aufgehoben werden.<sup>340</sup> Der Vorschlag zu einer Ironisierung ist aber auch bei dem von Loick als zentraler Referenz für eine kritische Theorie der Souveränität angeführten Hermann Cohen zu finden, und zwar im 9. Kapitel zur *Ethik des reinen Willens*, welches das Auftaktkapitel zur Tugendlehre Cohens bildet. Dort heißt es in kritischer Wendung gegen die Metaphysik und vor allem gegen den Begriff das *Absolute*:

„Wir wissen aus der Logik, wie der Begriff des Absoluten bei Platon in innerlichstem Zusammenhange mit der Hypothese entstanden ist; als Ausdruck verzweifelnder Demut des tiefsten Menschengeistes, der Selbstironisierung der Vernunft.“<sup>341</sup>

Gerade diese Skepsis Cohens „gegenüber allen Absolutheitsansprüchen“<sup>342</sup> ist es, welche ihn in eine (selbst-)ironisierende Haltung treibt. Es erhellt hieraus, dass es sich bei der Ironisierung um ein Konzept handelt, welches in der Moderne immer wieder Anwendung findet. Die Ironie ist insbesondere ein Konzept individualistischer Kritik gewesen, welche auf einen Revolutionsbegriff verzichtet, dies gilt für Cohen<sup>343</sup> und erst recht für Kierkegaard. Damit ist gezeigt, dass sich die Ironisierung nicht erst aus dem Niedergang der Totalität ergibt, womit die Ironie die Totalität beerben würde, sondern dass sie in dem Sinne gegen diese Totalität gerichtet ist, dass sie diese voraussetzt. Loick betont jedoch, ironisieren zu müssen, da es keine Totalität mehr gebe. Hier werden Ursache und Wirkung verdreht, ist es doch diese Form der Ironie, welche sich gegen die Totalität in ihrem partikularistischen Winkel verbirgt.<sup>344</sup>

---

338 Japp (2021), S. 52; Löwith (1981), S. 126.

339 Hegel (1986b), 140, f).

340 Deshalb folgt nach besagten § 140 der Grundlinien auch mit § 141 der „Über-gang von der Moralität in die Sittlichkeit“.

341 Cohen (2002), S. 429.

342 Holzey (1994), S. 33.

343 Holzey (1994), S. 28.

344 Zu einer anderen Auffassung der Ironie siehe das Schlusskapitel dieser Schrift.

Abschließend eine kurze Bemerkung zur konkreten Anwendung der ironisierenden Darstellung im konkreten Falle Kants. Diese ironisierende Betrachtung Loicks sollte, wie bereits erwähnt, „geschichtliche Entwicklungen“<sup>345</sup> betreffen. Die hier allerdings nun in den Blick genommene Ironisierung findet ihren Punkt zwar ebenfalls historisch, d. h. in der Geschichte, spielt sich aber noch präziser in der phänomenalen Person Immanuel Kants ab. Ob diese Transformation von einer negativen Dialektik mit Anspruch auf Totalität, hin zu einer Ironisierung vermeintlicher intellektueller Fehlentscheidungen wirklich als Fortschritt zu bezeichnen ist, bleibt mehr als fraglich. So schreibt Alenka Zupančič über diese Form der Ironie treffend:

„Aber liegt die Grenze dieser Art der Ironie nicht darin, dass sie die Möglichkeit eines ‚konkreten Universalen‘ nicht erkennt (und genauso wenig die Möglichkeit einer ‚abstrakten Partikularität‘) und in den Parametern des Gegensatzes von abstrakter Universalität und konkreter Partikularität verbleibt?“<sup>346</sup>

Eine Ironie, welche eine solch allzu-menschliche Kritik artikuliert, wie Loick dies am Beispiel Kants vollzieht, ist gerade in dem abstrakten Dualismus von Konkretem und Universalem zu Recht als konservativ zu bezeichnen; während das wirklich Komische gerade in der Rekonstruktion zu sehen wäre, die Loick mit Cohen gemeinsam anbietet: die Vergeistigung des Menschen.<sup>347</sup> Geht man jenseits dieser methodischen Fragen der inhaltlichen Kritik Loicks nach, so findet man sich bei der schon bezeichneten Verbindung des Rechts mit Gewalt und Zwang wieder, der sich im Folgenden nun zuzuwenden ist.

### Die klassische Vorstellung: Gewalt und Zwang in der zeitgenössischen Staatsrechtslehre

Als Einstieg in diesen kurzen Abschnitt wähle ich die zeitgenössische (klassische) Staatsrechtslehre. Der moderne Staat nimmt die

345 Loick (2012), S. 23.

346 Zupančič (2014), S. 73.

347 Zupančič (2014), S. 40.

Rationalität der Gewaltanwendung selbstverständlich für sich in Anspruch.<sup>348</sup> Recht sei grundsätzlich ein „Instrument gewaltloser Streitschlichtung“, im „Grenzfall“ müsse aber Macht und Gewalt domestiziert werden.<sup>349</sup> In dieser Formulierung ist schon angedeutet, dass sich das Problem des Rechts offenbar nicht aus dem Recht selbst ergibt, sondern aus seinem Gegenteil. Das Recht ist an sich gewaltlos, wird aber durch die ihm vorgängige Gewalt herausgefordert. Dass es sich aber nicht als bloße Gewalt versteht, wird durch eine semantische Verschiebung deutlich gemacht. „Zwang als tatsächliches Phänomen verhält sich zu Gewalt wie Herrschaft zur Macht: Herrschaft und Zwang sind institutionalisiert und verfasst, Macht und Gewalt sind unverfasst und roh.“<sup>350</sup> Das Recht sei damit nicht Gewalt, sondern verfasster Zwang. Was macht den Unterschied zwischen der Gewalt und dem Zwang aus? Es ist natürlich das Recht selbst. Der Zwang ist die rechtlich sich durchsetzende Gewalt, welche das Recht durchsetzt. Die Vollstreckung als Zwang erfolgt selbst rechtlich und wird als Rechtsdurchsetzungsrecht beschrieben.<sup>351</sup> Darin hat das Rechtsdurchsetzungsrecht instrumentellen Charakter im Hinblick auf das materielle Rechtsinhaltsrecht.<sup>352</sup> Deshalb gilt im Endeffekt auch: „Im demokratischen Verfassungszwang gibt es keinen legitimen außerrechtlichen Zwang.“<sup>353</sup> Nun muss man diese Ansicht nicht teilen um zu sehen, dass das Recht, anders als von Honneth angedeutet, durchaus um seine Gewalt, seinen Zwang, weiß. Damit bleibt aber die Frage unbeantwortet, ob rechtlich eingeehgte Gewalt in instrumenteller Anwendung zur Erreichung eines Rechtszweckes rational begründet werden kann. Der Staatsrechtslehrer sagt: Es geht nicht anders. Die empirisch feststellbare Gewalttätigkeit der Welt ruft reaktiven Zwang hervor. Genau mit diesem Gedanken setzt Loicks Rückfrage an Kant ein. Hat Kant mehr anzubieten als Wald-

---

348 Diesen Aspekt relativiert Christoph Möllers sehr geschickt, wenn er faktische bzw. funktionale Grenzen der Gewaltanwendung oder die Feststellung, dass (offensichtlich) nicht alle Normen zwangsbewährt sind, dahingehend nutzt um festzustellen, dass die Dichotomie zwischen Vernunft und Zwang (wer sagt das überhaupt?) in dieser Form gar nicht bestehe. Hier wird das Problem einfach wegdisputiert, vgl. Möllers (2015), S. 97–102.

349 Waldhoff (2008), S. 17.

350 Waldhoff (2008), S. 17.

351 Waldhoff (2008), S. 14.

352 Waldhoff (2008), S. 14.

353 Waldhoff (2008), S. 18.

hoffs „realistische“, d. h. hobbesianische Konzeption rechtstaatlich verfassten Zwangs?

### Die Bedeutung des Zwangs in der Rechtslehre Kants

Um dies zu erhellen, seien nun im Folgenden noch einmal kurz die wesentlichen Punkte der kantischen Rechtslehre in Erinnerung gerufen, um gleichzeitig die Einwände Loicks (und dessen Rückgriff auf Cohen) vorzubereiten. Insofern bezieht sich die folgende Darstellung der Position Kants lediglich auf die für Loicks Argumentation zentralen Punkte. Wie nun schon im Zusammenhang mit Honneths Bezeichnung der Moderne als „herrschafts- und gewaltfrei“ angemerkt wurde, weiß die Aufklärung sehr wohl um die gewalttätige Verfasstheit gesellschaftlicher Strukturen. Der in diesem Zusammenhang stets zu Recht zitierte § D der *Rechtslehre* bringt dies auf den Punkt, indem Kant dort die bekannte „Befugnis zu zwingen“ postuliert:

„Der Widerstand, der dem Hindernisse einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen. Nun ist alles, was Unrecht ist, ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen; der Zwang aber ist ein Hindernis oder Widerstand, der der Freiheit geschieht. Folglich: wenn ein gewisser Gebrauch der Freiheit selbst ein Hindernis der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen (d. i. unrecht) ist, so ist der Zwang der diesem entgegengesetzt wird, als Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit mit der Freiheit nach allgemeinen Gesetzen zusammen stimmend, d. i. recht: mithin ist mit dem Recht zugleich eine Befugnis, den, der ihm Abbruch tut, zu zwingen, nach dem Satze des Widerspruchs verknüpft.“<sup>354</sup>

Der hier einmal in Gänze zitierte § D bezieht sich offensichtlich auf die in § B der Rechtslehre niedergelegte Definition des Rechts als einer Vereinigung zweier Willkürwillen unter einem „allgemeinen Gesetze der Freiheit“<sup>355</sup> und antwortet auf die unabweisliche Frage, wie im Falle einer Störung dieser grundsätzlich garantierten Will-

354 Kant (1900aff.), S. 231.

355 Kant (1900aff.), S. 230.

kürfreiheit zu verfahren ist. Er formuliert damit die Zwangsbefugnis als „allgemeine Vorstellung eines subjektiven Rechts“.<sup>356</sup>

Die fundamentale Voraussetzung für die von Kant in § D niedergelegte Beantwortung der Frage nach dem Umgang mit einem Hindernis der Willkürfreiheit ist wiederum die bekannte Trennung der Pflichten in Rechts- und Tugendpflichten, wobei nur für die ersteren die Möglichkeit einer „äußere[n] Gesetzgebung“<sup>357</sup> besteht. Diese Unterwerfung unter eine äußere Gesetzgebung wiederum ergibt sich aus der jeweils unterschiedlichen Motivationslage für die Befolgung einer Pflicht. So ist es gerade die innere Triebfeder, aus welcher sich die Ethik im engeren Sinne, d. h. die Tugendlehre, ergibt, wohingegen diese im Recht zwar vorliegen kann, es aber auf diese für die Beurteilung einer Handlung als rechtskonform nicht ankommt. Darin liegt die noch heute maßgebliche *Legalität* des bürgerlichen Rechts.

Der Zwang des § D ist damit nicht ein bloß innerer „Selbstzwang“, sondern wird von Kant unter Rückgriff auf physikalische Überlegungen rekonstruiert,<sup>358</sup> die gerade auf die äußere Verbindung von Körpern im Raum Bezug nehmen, wobei *von der Pfordten* darauf hinweist, dass

„Kants bekannte Beschränkung des Rechtsbegriffes auf das *äußere Verhältnis* einer Person gegenüber einer anderen [...] also keine Neuerung Kants [war], sondern nur das Ergebnis einer langen Entwicklung des Naturrechts im 17. und 18. Jahrhundert.“<sup>359</sup>

Nun ist aber diese Bezugnahme auf die äußeren Verhältnisse Anlass zum Streit, da damit gleichzeitig die Frage gestellt ist, wer genau durch die rechtliche Pflicht gebunden wird, der *homo noumenon* oder der *homo phaenomenon*? *Deggau* behandelt daher zu Recht das Problem des rechtlichen Zwangs auch entlang der Frage des Leibes.<sup>360</sup> Die Negation eines Hindernisses des allgemeinen Gesetzes der Freiheit muss demnach selbst physisch werden, ja die Vermittlung zwischen intelligiblem Recht und körperlicher Sphäre wird

---

356 Heuser (2020), S. 85.

357 Kant (1900aff.), S. 229.

358 Brandt (2009), S. 195.

359 Pfordten (2020), S. 369.

360 Deggau (1983), S. 56.

durch den Zwang erst hergestellt.<sup>361</sup> Hierin sieht Deggau genau eine der von ihm prominent thematisierten „Aporien“ in der kantischen Rechtslehre. Das Recht muss äußerlich werden, „in sittliche Verhältnisse“ eingreifen (um mit Benjamin zu reden) und gibt damit zum Teil seinen intelligiblen Charakter auf. Anstatt hier aber die Notwendigkeit der Entäußerung zu begreifen, kann Deggau diesen Umstand nur als hoffnungslose Aporie deuten. Dieser aporetische Zug ist sicherlich schon in der kantischen Gegenüberstellung eines Reichs der Notwendigkeit und eines Reichs der Freiheit angelegt, den beispielsweise Menke im Anschluss an Adornos Vorlesung über die (im wesentlichen Kantische) Moralphilosophie<sup>362</sup> reformuliert und zu überwinden sucht,<sup>363</sup> der sich aber auch in der aktuellen Diskussion um die Transzendenz<sup>364</sup> wiederfindet und für Adorno in ästhetischer, wie auch politischer Hinsicht und dem (kantischen) Begriff der Spontaneität verhandelt wird. Die Frage lautet nun: Handelt es sich wirklich um eine Aporie und falls ja, wie ist mit ihr zu verfahren und was bedeutet dies für das Recht?

Wir befinden uns mit dieser Frage an einem Punkt der Kantinterpretation und Exegese, der Anlass zu zahlreichen Debatten gewesen ist und dies wohl auch bleiben wird. In Frage steht nichts weniger als die Einheit der kantischen Konzeption im Hinblick auf die Ethik im weiteren Sinne, d. h. der Rechts- und Tugendlehre. Zugespitzt lautet die Frage, ob eine Trennung zwischen rechtlicher Willkür und transzendentaler Freiheit besteht oder ob auch die Rechtslehre von dem Autonomiegedanken der praktischen Vernunft getragen wird. Es steht die Verbindlichkeit des kategorischen Imperativs *auch für das Recht* im Zentrum des Interesses.<sup>365</sup> Dieser Punkt wird im Folgenden im Rahmen der Kritik Loicks aufgegriffen.

---

361 Deggau (1983), S. 308.

362 Adorno (2015).

363 Menke (2018c).

364 Menke (2022), Hindrichs (2017), Ross (2025), Schäferling (2025).

365 Horn (2014) setzt mit seiner Studie genau an diesem Punkt ein und versucht die politische Philosophie Kants recht überzeugend als eine „nichtideale Normativität“ zu rekonstruieren, welche den Aporien durch eine Abstufung der Bindungskräfte des kategorischen Imperativs zu entgehen versucht.

## Loicks Einwände

Loick macht kein Geheimnis aus seiner Ablehnung der kantischen Legalität. Besonders deutlich wird dies in der Emphase einer „Eunomie“ in seiner Studie zum Juridismus.<sup>366</sup> Diese Abkehr von der Legalität findet sich allerdings schon in der „Kritik der Souveränität“ und steht in unmittelbarem Zusammenhang zu der soeben aufgeworfenen Frage nach der (Ebbinghaus'schen-)Trennungsthese. Loick macht diese Revision der kantischen Position nicht explizit deutlich, bezieht sich aber affirmativ auf Kants „radikale Forderung nach Autonomie“,<sup>367</sup> die dieser durch die unnötige Einführung des Zwanges wieder unterlaufen habe. Dabei bezieht sich Loick im Hinblick auf die Autonomie offensichtlich *nicht* auf die rechtlich abgesicherte Willkür der Trennungstheoretiker, die er gerade (zu Recht) im Verdacht haben muss, auch der unbedingten und zwangsbewährten Durchsetzung des Rechts anzuhängen; sondern Loick bezieht sich implizit auf den kategorischen Imperativ als den Fluchtpunkt, aus dem sich Normativität überhaupt erst zu ergeben hat.<sup>368</sup> Aber zunächst sei ein Blick auf Loicks Einwände gegen die kantische Konzeption geworfen, die ich in vier Schritten reformuliere:

1. Der Nachweis einer analytischen Verbindung des Rechts mit dem Zwang gelingt Kant nicht und
2. es handelt sich zudem nicht um ein synthetisches Urteil *a priori*, vielmehr ziehe Kant
3. die Empirie zur Beantwortung der Frage nach dem Zwang heran und dazu täuscht sich Kant zuletzt
4. auch noch über den empirischen Inhalt selbst, der, hätte er ihn hinreichend betrachtet, gar nicht zu dem von ihm vorgeschlagenen Ergebnis der Verbindung von Recht und Zwang geführt hätte.

Loicks Vorwurf lautete daher: Kant unternimmt das Gegenteil von dem was er vorgibt (er argumentiert empirisch statt transzendental) und das, was er unter falschen Vorzeichen tut, führt er dann so

---

366 Loick (2017), S. 18.

367 Loick (2012), S. 141.

368 Möchte man daher Loick einer der beiden Seite im Streit um die Trennungsthese zuschlagen, ist hoffentlich deutlich geworden, dass Loick auf Seiten der Befürworter einer „Einheit“ ethischer sowie rechtlicher Selbstgesetzgebung steht.

schlecht aus, dass er zu falschen Ergebnissen gelangt. Wir können dies den doppelten Fehler Kants nennen, den Loick zu korrigieren sucht.

### Die Frage der analytischen Verbindung (a priori)

Dass wir uns bei der Frage nach der *Rechtslehre* im Bereich der Metaphysik und nicht der Erfahrung, d. h. a posteriori, bewegen, betont Kant in der Vorrede zur Metaphysik der Sitten und scheidet die metaphysische Rechtslehre von der Rechtspraxis.<sup>369</sup> Der zentrale Vorwurf Loicks lautet nun: Aus dem Begriff des Rechts ergibt sich der Begriff des Zwangs nicht analytisch, d. h. wie von Kant behauptet nach „dem Satze des Widerspruchs“,<sup>370</sup> welcher doch den zentralen Grundsatz analytischer Urteile ausmacht.<sup>371</sup> So gehe Kant davon aus, dass der „Zwang [...] dem Begriff des Rechts schon von sich aus inhärent [ist], er muss nicht eigens abgeleitet werden.“<sup>372</sup> Diese Aussage ist zumindest in dieser Form zweifelhaft im Hinblick auf das Zusammenspiel der beiden §§ B und D. Die „Ableitung“ des Zwangs wird von Kant ja über den Widerspruch gegen das allgemeine Gesetz der Freiheit vollzogen und unterscheidet sich dadurch von der naturrechtlichen Tradition, welche Recht und Zwang tatsächlich absolut in eins gesetzt hatte.<sup>373</sup> Willaschek weist aber in diesem Zusammenhang zu Recht gerade auf die Tatsache hin, dass der eigentlich fragliche Teil der kantischen Deduktion im Rahmen des § D im ersten Satz des Paragraphen sowie in der Konklusion besteht: „Der Widerstand, der dem Hindernis einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen.“<sup>374</sup> Dabei handelt es sich, wie bereits erwähnt, um einen naturphilosophischen Gedanken. Diesem möchte Willaschek zumindest für dessen ursprünglichen Anwendungsfall, nämlich die Physik, auch Gültigkeit zugestehen. Es bliebe dann aber

369 Kant (1900aff.), S. 205–206.

370 Kant (1900aff.), S. 231.

371 Kant (1900bff.), A 151.

372 Loick (2012), S. 138; diese Einschätzung deckt sich aber mit der Interpretation Cohens, vgl. Cohen (2001), S. 393.

373 Willaschek (2004), S. 276.

374 Kant (1900aff.), S. 231.

seine Anwendung auf soziale Zusammenhänge fraglich, welche im Hinblick auf eine recht statische Verbindung von Körpern und Kräften zumindest etwas schematisch ausfällt.<sup>375</sup> Sie fügt sich allerdings in das Bild „äußerer Sphären“, das Kant entwirft.<sup>376</sup> Dass eine Wirkung (i. S. e. menschlichen Handlung) jedoch dadurch „befördert“ wird, dass ein ihr entgegenstehender Widerstand selbst durch Zwang beseitigt wird, ist bei genauerer Betrachtung plausibel.

Der größere Fehler, hier bezieht sich Loick ganz affirmativ auf Willaschek, liege ohnehin in der kantischen Konklusion, der Zwang, der einem Unrecht entgegengesetzt sei, wäre unmittelbar recht, i. S. v. rechtens.<sup>377</sup> Der Einwand findet also nicht mehr auf naturphilosophischer Ebene, sondern auf rechtlicher Ebene statt, indem die von Kant eingeführten Attribute „recht“ und „unrecht“ aufgegriffen werden. Das Beispiel Willascheks jedoch, welcher hier auf die (seiner Meinung nach rechtswidrige) Erschießung eines Diebes zur Verhinderung eines Diebstahls Bezug nimmt, ist schlecht gewählt; denn damit begibt sich Willaschek selbst auf das Gebiet, welches von Kant gegen die metaphysische Rechtslehre als positives Recht bestimmt ist. Ob in dem konkreten Fall die Erschießung des Diebes rechtswidrig ist, ist keine Frage, welche in § D der Rechtslehre adressiert wird. Insofern ist Heusers Warnung vor der Hypostasierung zuzustimmen, wenn dieser betont, in § D sei noch gar kein „subjektives Zwangsrecht“ im „äußeren Verhältnis“ enthalten, sondern dieses sei „erst unter diesem Begriff überhaupt nur denkbar.“<sup>378</sup> Willaschek ist sich der Schwäche des eigenen Arguments denn auch bewusst und versucht, eine Beschränkung im Beispiel des erschossenen Diebes noch über den Begriff der Quantität einzuholen, was dann auch konsequent auf die Einführung des Verhältnismäßigkeitsgrundsatzes hinausläuft.<sup>379</sup> Mit dieser These verlässt Willaschek dann aber ohne Zweifel den Bereich, den Kant in § D zu umschreiben suchte. Insgesamt ist die Fragestellung der gelungenen analytischen Beiordnung des Zwangs zum Recht in § D für Willaschek nicht weiter

---

375 Den Ursprüngen dieses Denkens in der Tradition nachgehend: Röd (1970).

376 Kein Problem in der Ableitung des Zwangs und der naturphilosophischen Grundierung sehen z. B. Heuser (2020), S. 150 und Horn (2014), S. 49.

377 Willaschek (2004), S. 277.

378 Heuser (2020), S. 151 [Hervorhebung im Original].

379 Willaschek (2004), S. 277, Fn. 23.

entscheidend, da er das Zwangsrecht schon aus dem kantischen Rechtsbegriff selbst abzuleiten vermag<sup>380</sup> und insofern § D eher deklamatorischen Charakter zusprechen muss.<sup>381</sup> Indem Willaschek dann aber den Zwang schon aus dem allgemeinen Begriff des Rechts schöpft bleibt unklar, warum Kant sich überhaupt genötigt gesehen hat, § D überhaupt als solchen einzuführen. Auf diese Frage geht Willaschek nicht ein. Das ist konsequent, weil er die aus seiner eigenen Argumentation überhaupt erst folgende „Übeneralisierung der Konklusion im § D“<sup>382</sup> gerade hervorgerufen hat. Erst diese Argumentation nötigt ihn, ein Argument jenseits der kantischen Ausführungen zu finden. Diese zweite Begründung des Zwangs bei Willaschek hat an dieser Stelle aber nicht weiter zu interessieren, da Loick auf selbige nicht weiter eingeht. Loick schließt sich damit im Ergebnis der, so jedenfalls hier vertretenen, fehlerhaften Widerlegung des § D Kants nach Willaschek an, um dann dessen „Rettung“ der kantischen Zwangslegitimierung aus dem kantischen Rechtsbegriff in einem zweiten Schritt zu vernachlässigen.

Es sei an dieser Stelle aber nicht verschwiegen, dass Loick ein zweites Argument für die fehlerhafte analytische Verbindung von Recht und Gewalt bei Kant entwickelt. Diese fehlerhafte Verbindung von Recht und Gewalt sieht Loick in der Begründung der Zwangsbefugnis des Staates. Hier liegt in der Tat eine Ambivalenz in der kantischen Position, die in der Aussage desselben zum Ausdruck kommt, niemand müsse abwarten, „durch eine traurige Erfahrung von der entgegengesetzten Gesinnung“<sup>383</sup> seines Gegenübers belehrt zu werden. Die hier explizit bezeichnete Erfahrung lässt jedenfalls den Schluss zu, Kant habe hier nah an der Empirie entlang argumentiert. Das ist allerdings nur dann ein Problem, wenn man das ganze kantische Projekt der *Rechtslehre*, als eine große Entfaltung des kategorischen Imperativs denkt, d. h., wenn ausschließlich der *homo noumenon* gebunden werden soll.<sup>384</sup>

---

380 Willaschek (2004), S. 278.

381 Man könnte auch sagen, dass er mit § D nicht recht etwas anzufangen weiß.

382 Willaschek (2004), S. 278.

383 Kant (1900aff.), S. 307.

384 In der Tendenz so: Horn (2014).

## Die Frage der synthetischen Verbindung (a priori)

Schließt man eine analytische Verbindung zwischen Recht und Zwang im Endeffekt aus, müsste zumindest noch über eine synthetische Verbindung nachgedacht werden. Insofern ist, anders als es bei Loick häufig klingt, der Gegensatz von „analytisch“ nicht „empirisch“. Ein synthetisches Urteil setzt voraus, „aus dem gegebenen Begriffe hinausgehen, um etwas ganz anderes, als in ihm gedacht war, mit demselben in Verhältnis zu betrachten.“<sup>385</sup> Der Widerspruch als Kriterium der Wahrheit kann auch bei einem synthetischen Urteil a priori als Maßstab dienen, allerdings nur, wenn dies wiederum auf einem synthetischen Urteil a priori beruht,<sup>386</sup> was mit der naturphilosophischen Spekulation im Hinblick auf die Beseitigung eines Widerstandes durch Widerstand der Fall ist.<sup>387</sup> So ist also ein synthetisches Urteil a priori nicht ausgeschlossen, welches die nötige Verbindung zwischen Recht und Zwang herzustellen vermag. Loick selbst deutet diesen Gedanken an, indem er feststellt, es sei bei fehlender analytischer Verbindung von Recht und Zwang ein „zusätzliches normatives Kriterium nötig“,<sup>388</sup> welches Kant aber aus Locks Sicht nicht liefert und selbstverständlich auch nicht liefern möchte, da Kant diese Möglichkeit synthetischer Urteile a priori im Recht zwar thematisiert,<sup>389</sup> aber im konkreten Fall gerade von einer analytischen Verbindung ausgeht.

### Also eine empirische Begründung?

Loick sieht sodann der Zwangsbewährung des Rechts keine philosophische These mehr zugrunde liegen, sondern eine „klassische Figur der Politikgeschichte, wonach Gewalt mit Gegengewalt, Zwang mit

---

385 Kant (1900bff.), A 154.

386 „[D]enn ein synthetischer Satz kann allerdings nach dem Satze des Widerspruchs eingesehen werden, aber nur so, daß ein anderer synthetischer Satz vorausgesetzt wird, aus dem er gefolgert werden kann“, Kant (1900bff.), B 14.

387 Willaschek (2004), S. 277.

388 Loick (2012), S. 139.

389 Vgl. Kant (1900aff.), S. 249–251.

Gegenzwang beseitigt werden kann,<sup>390</sup> was aber wiederum eine „empirische Annahme, keine apriorische“<sup>391</sup> sei, kurz: Hier steht Kant unter Ideologieverdacht. Nimmt man Kant also die transzendente Begründung des Zwangs nicht ab, muss man in einem weiteren Schritt von einer empirischen Begründung ausgehen. Dabei hat Loick unter Rückgriff auf Cohen die Fallhöhe selbst bestimmt, indem das Recht konsequent auf den *homo noumenon* bezogen wird, was wiederum aus dem einseitigen Festhalten an der Einheitsthese resultiert. Sehr nahe kommt auf anderem Wege der hier entscheidenden Frage auch Horn, indem er festhält:

„Naiv gesprochen müssten moralisch orientierte Individuen dann einen Staat, das heißt eine äußerlich zwangsbefugte Ordnung, geradezu überflüssig machen, indem sie bereits von sich aus und zwanglos – aus Einsicht in die moralische Richtigkeit der Maxime – das Richtige täten.“<sup>392</sup>

Das ist (ganz wertfrei betrachtet) die Position Loicks, die Horn natürlich als fragwürdigen Utopismus bezeichnen muss.<sup>393</sup> Nun hatte schon Carl Schmitt die Übereinstimmung in der gedanklichen Erfassung der Wirklichkeit zwischen de Maistre und Proudhon, Konservativen und Anarchisten, auf den Punkt gebracht, denn es „sagt ein Anarchist wörtlich dasselbe; nur zieht er [...] den entgegengesetzten praktischen Schluß.“<sup>394</sup> Wenn Loick also sagt, Kant habe „die Idealität des Rechts an die Realität der Gewalt verlorengelassen“<sup>395</sup>, ist Horn zwar zuzustimmen, dass eine moralische Idealität des Rechts gar nicht Kants Sache war; Loick würde sich jedoch gerade deshalb gerne der zwangsbefugten Ordnung des Staates entziehen. Loick traut dem Einzelnen zu, die äußerliche Ordnung überflüssig zu machen. Einigkeit besteht also in der Überflüssigkeit der Zwangsgewalt bei hinreichender Innenlenkung. Ich werde auf diesen Punkt noch zu sprechen kommen.

---

390 Loick (2012), S. 138. Zur vermeintlichen negativen Anthropologie bei Kant und der sich daraus ergebenden Zwangsbefugnis: Hirsch (2004), S. 143.

391 Loick (2012), S. 138.

392 Horn (2014), S. 54–55.

393 Horn (2014), S. 55.

394 Schmitt (2015b), S. 69.

395 Loick (2012), S. 141.

## Richtigkeit der empirischen Begründung

Aber Loick lässt sich sogar noch auf diesen vermeintlich empirischen Punkt Kants ein, indem er selbst beginnt, hilfsweise empirisch zu argumentieren. Das Argument lautet, kurz gesagt, dass das Recht mehr Unheil angerichtet als es verhindert habe. Nun ist ein solcher hypothetischer Geschichtsverlauf schwer zu widerlegen, weil der alternative Geschichtsverlauf, falls es ihn gäbe, zur Klärung dieser Frage jedenfalls nicht zu *unserer* Verfügung steht. Auch hier muss sich die Spekulation über die Empirie erheben; da sie aber nicht konkret fundiert wird, muss sie an dieser Stelle notwendigerweise abstrakt bleiben.<sup>396</sup> Da wir Loick aber ernst nehmen in seinem Anspruch, gerade nicht die Empirie zum Maßstab zu machen, können diese Fragen dahinstehen.

## Zu Hermann Cohens Kritik des kantischen Rechtszwangs

Der „Fusspunkt des Menschen in der Sinnenwelt, und der Höhege-  
sichtspunkt des *homo noumenon*. Das sind die beiden Standpunkte,  
von welchen die erzeugende Betrachtung einer sittlichen Welt ausgehen  
muss.“<sup>397</sup>

## Einleitung

Anders als bei Loick ist Hermann Cohens Kritik am Zwangsmoment der kantischen Rechtslehre gelagert. Ich greife diese Kritik noch einmal auf, da sie zentrale Einsichten über das Verhältnis von Zwang und Recht vermittelt und in ihrer Substanz weit über die bislang erörterte Frage analytischer oder synthetischer Verbindung von Recht und Zwang hinausgeht. Für Hermann Cohen ist vordringlich das Problem der „Realität des Sittlichen“<sup>398</sup> relevant, die Frage lautet daher, „ob die Menschen nur Tiere oder aber noch

---

396 Insofern sind die beiden folgenden Publikationen folgerichtig und füllen diese Leerstelle aus: Loick (2018) und Loick/Thompson (2022).

397 Cohen (2001), S. 335.

398 Cohen (2001), S. 373.

etwas Anderes sind“?<sup>399</sup> Um diese Frage beantworten zu können (für Cohen ist dies gleichbedeutend mit der Frage danach, ob der Sozialismus möglich ist),<sup>400</sup> bedarf es der Klärung, ob sich die ethischen Prinzipien (Kants) als anwendbar auf den Menschen und seine Geschichte erweisen, d. h. ob es letztlich doch einen „sittlichen Sinn der Geschichte“<sup>401</sup> gibt. Gäbe es diesen sittlichen Sinn nicht, bliebe das Nachdenken über das Sittengesetz eitel und leer, denn für die sittlichen Prinzipien gilt der nur auf den ersten Blick paradoxe Ausspruch: „Ohne Anwendbarkeit keine Reinheit.“<sup>402</sup>

Wie ist sich diesem sittlichen Sinn der Geschichte und der Frage, ob die Menschen mehr denn (bloß) Tiere sind, zu nähern? Man könnte Beispiele sittlicher Höhe anführen, welche sich im Lauf der Geschichte schon ereignet haben und so würde die „Geschichte wird zum Umfang alles Sittlichen.“<sup>403</sup> Man könnte so in der Geschichte die Realität ethischer Prinzipien als wirksame Kraft im Leben der Menschen nachweisen. Taugt dieser Beweis und wie wäre er zu führen? Genügte einzelne Beispiele sittlicher Höhe, beispielsweise das Recht oder die Religion, für die Annahme, dass das sittliche Prinzip in der Welt wirkt? Cohen lehnt den Beweis der sittlichen Wirksamkeit durch einzelne Beispiele ab. Er lehnt diese Beweisführung jedoch nicht deshalb ab, weil er die einzelnen Gegenstände des Beweises (Recht, Religion etc.) nicht für vollkommen hält. Cohen lehnt die Beweiskraft noch des höchsten sittlichen Tuns für die Annahme der These von der Wirksamkeit ethischer Prinzipien ab, weil unter den verschiedenen historischen Beispielen sittlicher Höhe keine innere Verbindung aufgezeigt werden kann. Die Beweisfähigkeit sittlicher Prinzipien ergibt sich für Cohen nämlich ausschließlich aus deren zugrundeliegender Einheit,<sup>404</sup> ihrem gemeinsamen Grund und damit auch aus der Wissenschaftsfähigkeit derselben. Nur wenn diese Beispiele nicht zufällig zueinander im Verhältnis stehen, kann von *einer gemeinsamen Vernunft* gesprochen werden, auf welche sich die Metaphysik überhaupt erst beziehen kann. Den

---

399 Cohen (2001), S. 375.

400 Cohen (2001), S. 368.

401 Cohen (2001), S. 375.

402 Cohen (2001), S. 369.

403 Cohen (2001), S. 369.

404 Cohen (2001), S. 376.

einzig tauglichen Versuch einer Metaphysik des Sittlichen findet Cohen bei Kant. Was hält sämtliche metaphysische Schriften Kants jenseits der *Kritik der reinen Vernunft* zusammen? Im Blick stehen hier prominent die zweite Kritik, die Metaphysik der Sitten und die dort getroffene Unterteilung in Rechts- und Tugendlehre sowie die Religionsschrift. Wir bestimmen hier den Bereich dieser Schriften zunächst als „Jenseits“ der reinen Vernunft, weil diese (vermeintlich) fehlende Einheit des Sittlichen in der kantischen Konzeption gerade das Problem beschreibt, welches Cohen zu lösen beabsichtigt. Anders formuliert lautet das Problem, „dass Kant über den vielerlei Metaphysiken nicht leicht zu einer zentralen Verbindung aller dieser Anwendungsgebiete der Ethik kommen konnte.“<sup>405</sup> Warum ist diese Verbindung der Anwendungsgebiete der Ethik so zentral für Cohen und was trägt diese Frage zur Klärung der Frage nach dem Zwang des Rechts bei?

Vor der Erörterung dieses Zusammenhanges muss an dieser Stelle die Konzeption Cohens in einem Vorgriff auf die folgende Darstellung historisiert werden, da sonst einige Punkte unverständlich und dunkel bleiben. Diese Historisierung darf nicht als theoretischer Einwand verstanden werden, sondern dient lediglich der Erläuterung bestimmter Gewichtungen Cohens und seine teilweise scharfe Kritik an Kant. Der zentrale Vorwurf, den Cohen Kant macht, lautet dahingehend, dass Kant im Ergebnis die Ethik der Religion untergeordnet und damit gleichzeitig die Philosophie unter die Theologie gestellt habe.<sup>406</sup> Hieraus ergibt sich die gleich näher zu beleuchtende radikale Apologie des Staates bei Cohen, die ohne diese Einsicht un- und missverständlich bleibt, nämlich dass es nur dann Platz für jüdisches Leben (und damit auch für die phänomenale Person Hermann Cohen) geben kann, wenn der Staat über der Religion steht und nicht andersherum.<sup>407</sup> Wer diesen Umstand nicht hinreichend berücksichtigt ist dann auch schnell dabei, aus der Staatskonzeption Cohens, dessen „trostlose Begeisterung“<sup>408</sup> für den Ersten Weltkrieg zu deduzieren. Diese Begeisterung ist in der Tat genauso trostlos, wie sie in Anbetracht deutscher (und europäischer) Zustände damals

---

405 Cohen (2001), S. 380.

406 Cohen (2001), S. 480–481.

407 In diesem Zusammenhang vgl. Schorch (2012).

408 Scheit (2015), S. 123.

wie heute nachvollziehbar ist.<sup>409</sup> Ich kehre zunächst zurück zur Frage der Einheit der ethischen Prinzipien bei Kant.

Zunächst einmal handelt es sich bei dieser Frage nach der Einheit der ethischen Prinzipien um eine methodische Frage, die später von Cohen in die soeben bezeichnete Gestalt einer (religions-)politischen Frage transformiert werden wird. Orientiert man sich allerdings zunächst an Cohens Darstellung, so nimmt dieser nach der soeben eingeführten Feststellung fehlender Einheitlichkeit der „Anwendungsgebiete der Ethik“ die kantische Rechtslehre und damit das Recht in den Blick. Cohen fragt somit, welches ethische Prinzip dem Recht selbst zugrunde liegt. Oder als Vorwurf an Kant formuliert: Kant muss sich die Frage stellen, welcher Gedanke das Recht trägt und von den anderen Teilbereichen der Ethik (hier im weiteren Sinne) abgrenzt. Für Cohen liegt die Antwort offen zutage: Die kantische Legalität völlig aufhebend, macht er die Ethik zur Prinzipienwissenschaft. Ähnlich, aber im Duktus klarer als Loick, wirft Cohen Kant vor, dass, wäre dieser „für die Metaphysik des Rechts schlicht und klar von der Ethik ausgegangen, so hätte ihrer Freiheit entgegen kein Zwang aufkommen können.“<sup>410</sup> Damit führe ich hier eher beiläufig den zentralen Begriff Zwang ein. Dieser ist aber keineswegs nur beiläufig mit der Frage nach der Einheit und der Realität ethischer Prinzipien verbunden, sondern wird sogleich ins Zentrum der Betrachtung rücken. Rekapitulieren wir die bisherigen Einsichten und damit den Ansatz Hermann Cohens.

Laut Cohen ist Kant nicht in der Lage, die verschiedenen Metaphysiken der ethischen Teilbereiche zusammenzuführen. Ich erinnere an den bereits eingeführten Streit um die Ebbinghaus'sche Trennungsthese, welche genau dieses Problem (erneut) zentral adressiert. Wenn Kant aber nicht in der Lage ist, eine Einheit ethischer Prinzipien zu benennen, dann kommt er in der Konsequenz auch bei der Ausformulierung und Grundierung der einzelnen Bereiche in Schwierigkeiten. Diese können, nach Cohen, ihre Legitimation dann nicht mehr auf ein Drittes stützen, sondern müssen ihre Geltung aus sich heraus behaupten. Im Rahmen der Frage nach der „Metaphysik der Religion“ kann sich Kant auf die Figur der „natürlichen

409 Dieser Ansicht ist ebenfalls Schmid (1995), S. 74–77.

410 Cohen (2001), S. 394.

Religion“ stützen.<sup>411</sup> Es stellt sich aber auch für das Recht die Frage nach dem Anfangsgrund desselben. Wie ist dieser Zusammenhang zu bestimmen und in welcher Hinsicht wird diese Frage für die Kritik des Rechtszwanges relevant? Für Cohen ist der Mangel der kantischen Konzeption offenbar. Weil Kant nicht in der Lage ist, das Recht in ein System ethischer Prinzipien zu integrieren, wird er zu einem Rückgriff auf das Naturrecht genötigt, um eine sichere Basis für seine Rechtslehre zu gewinnen. Weil er die Ethik nicht analog zur Mathematik bei den Naturwissenschaften als die Logik der Geisteswissenschaften eingesetzt hat – deren zentraler Bezugspunkt die Rechtswissenschaften sind –, ist Kant laut Cohen zur Hinwendung auf das Naturrecht gleichsam gezwungen, um sich aus dieser prekären Lage zu befreien.<sup>412</sup> Dieser Fehler hätte laut Cohen vermieden werden können, wenn Kant sich der Faktizität der Rechtswissenschaften zugewandt und dort den Einstieg über die zentrale Kategorie Rechtssubjekt gewählt hätte,<sup>413</sup> anstatt falsche Anleihen beim Naturrecht zu machen.

Soweit ein erster Zugriff auf die Grundlinien der Kritik Cohens an der kantischen Konzeption. Damit sind die Voraussetzungen geschaffen, um in eine intensivere Auseinandersetzung hinsichtlich der Frage des rechtlichen Zwangs einzusteigen.

Wo liegt für Cohen das Problem im kantischen Rekurs auf das Naturrecht?<sup>414</sup> Die Erörterung dieser Frage wird vorliegend zu zwei Thesen Cohens verdichtet. Erstens bemängelt Cohen die neuzeitliche Konzeption des Naturrechts, welches die Natur so versteht, dass diese „Ausdruck [...] der Kraft und der Macht“ ist.<sup>415</sup> Kant schließt sich nach Cohen diesem verfehlten Naturbegriff an und wird so zur Einführung des Zwangs in das Recht verleitet.<sup>416</sup> Zweitens soll am Beispiel Feuerbachs kurz nachvollzogen werden, ob es sich beim

---

411 Cohen (2001), S. 381.

412 Cohen (2001), S. 390.

413 Cohen (2001), S. 442.

414 Inwiefern ich Cohen hierin folge, ergibt sich aus der nun folgenden Diskussion seiner Thesen.

415 Cohen (2001), S. 384.

416 Diesem Gedanken liegt die neukantianische Figur der „Geisteswissenschaften“ zugrunde. So war Kant laut Cohen zwar im Hinblick auf die Ethik Geisteswissenschaftler, nicht aber im Hinblick auf das Recht (zumindest nicht hinreichend), vgl. Gadamer (1958), S. 1306.

kantischen Zwang nicht doch insgeheim um einen Vernunftzwang im engeren Sinne handelt, wie Cohen behauptet, der die Einheit von Naturrecht, Rechtswissenschaft und Ethik wiederherstellen kann. Dieser Vernunftzwang führt unter Cohens Staatsbegriff in der weiteren Entwicklung zur Selbstnegation des Rechtszwangs, d. h. seiner Aufhebung, der Rechtszwang verschwindet im Recht.<sup>417</sup>

## Naturrecht und Naturzwang

„In der Legalität selbst steckt schon der Zwang.“<sup>418</sup>

Für Cohen gibt es eigentlich nur eine akzeptable Triebfeder alles Sittlichen und diese Triebfeder ist ein Handeln aus Pflicht, der Pflicht gegenüber dem Sittengesetz. Gerade diesen engen Pflichtbegriff hat Kant aber, wie bereits dargelegt, auf die Ethik beschränkt und damit den Bereich der Legalität entlastet (man könnte auch sagen: ‚abgespalten‘). Cohens Feststellung dazu ist einfach: „In der Legalität selbst steckt schon der Zwang“<sup>419</sup> oder: wer Legalität sagt, muss immer (*auch*) Gewalt meinen. Für Cohen ist damit klar, dass es keine Legalität ohne Zwang geben kann. Der Zwang ist aber als äußerer Zwang des Menschen unwürdig.

Und tatsächlich ist diese Verbindung von Recht und Zwang in Zeiten vorherrschender Legalität nicht nur ein Selbstverständnis der Rechtswissenschaften. Beide Begriffe scheinen untrennbar miteinander verbunden. *Pacta sunt servanda*<sup>420</sup> ist aber solange eine zweideutige Bestimmung, als unklar ist, woraus sich die Nötigung zur Einhaltung der Verträge ergibt. Das *sunt servanda* ergibt sich im Zustand der Legalität nur aus dem Zwang. Hierin liegt Cohens Argument.<sup>421</sup> Dadurch, dass das Recht sich gegen die Ethik stellt, d. h. die Legalität das Recht jenseits des Sittengesetzes verortet, *negiert* der Zustand der Legalität das einzig menschliche Moment:

417 Cohen (2001), S. 448–449. Diese Metapher der sich selbst aufhebenden Gewalt, finden wir dann, inhaltlich jedoch gegen das Recht und hin auf die Gerechtigkeit gerichtet, bei Benjamin (1965b).

418 Cohen (2001), S. 400.

419 Cohen (2001), S. 400.

420 Kant (1900aff.), S. 219.

421 Cohen (2001), S. 401.

„Dahingegen darf es für den Menschen keine andere Triebfeder als die der Pflicht aus dem Sittengesetze geben. Der Mensch verliert seinen menschlichen Charakter, wenn ihm diese alleinige Triebfeder abhanden kommt [...].“<sup>422</sup>

Damit ist im Prinzip für Cohen alles gesagt. Die Legalität ist schon in ihrem Ausgangspunkt verloren, weil sie dasjenige verrät, was den Menschen zum Menschen macht: seine sittliche Triebfeder. Legalität heißt gerade deshalb Zwang und Gewalt, weil die Legalität postuliert, es gäbe einen Bereich menschlichen Zusammenlebens, der nicht vom Sittengesetz durchzogen ist. Nach Cohen hat Kant mit der Legalität einen Modus menschlicher Praxis ins Werk gesetzt, der zwar das soziale Zusammenleben organisiert, aber das Menschliche negiert. Soziale Vermittlung auf der Grundlage einer Negation des Sozialen. Hierin liegt für Cohen der große Skandal der kantischen Rechtslehre.

Deshalb bestreitet Cohen auch nicht, dass Kant die theoretische Verbindung zwischen Recht und Zwang gelingt, wie Loick dies im Rückgriff auf Willaschek unternimmt. Für Cohen ist völlig klar, dass in dem Moment, in dem Kant die Legalität einführt, von der Rechtslehre nichts mehr denn Zwang zu erwarten ist. Im Hinblick auf den Zwangsparagraphen § D der Rechtslehre hält sich Cohen dann auch erwartungsgemäß kurz und merkt lediglich an, dass Kant nicht anzugeben vermag, warum eine Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit richtig, d. h. recht, sein soll. Er führt an, dass Kants Argument, ein Zustand der Freiheitsbeeinträchtigung dürfe durch Widerstand aufgehoben werden, selbst ein ethisches Prinzip beinhalte: „Indessen diese Verhinderung [nämlich die Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit durch den Zwang, S. K.] ist ja auch nur eine ethische Massregel [...]“<sup>423</sup>

Hat man aber die Legalität gegen ein umfassendes sittliches Prinzip aufgerichtet, dann wird die Frage nach der Begründung der Jurisprudenz wieder akut oder als Frage reformuliert: „[W]oher stammt die absolute Gültigkeit, die diesen Gesetzen beiwohnt und zuerkannt wird?“<sup>424</sup> Cohen sieht Kant in dieser Frage, gelinde gesagt, in Orientierungsschwierigkeiten. Zu diesen Schwierigkeiten ge-

---

422 Cohen (2001), S. 401.

423 Cohen (2001), S. 404.

424 Cohen (2001), S. 391.

hören für Cohen gleich zwei Verfehlungen Kants. Erstens orientiert sich Kant am Naturrecht, was für Cohen falsch, aber nachvollziehbar ist. Doch Kant bezieht sich nicht nur auf das Naturrecht, sondern er bezieht sich außerdem auf den falschen Vertreter desselben, wie nun erläutert werden soll.

Ich habe diese Orientierung Kants am Naturrecht bereits angedeutet. Nach Cohen stellt sich für Kant nun eine entscheidende Frage: Um was für Gesetze handelt es sich bei den Rechtsgesetzen, wenn es keine ethischen Gesetze sind? Hier setzt Cohens eigentliche Kritik an, welche weitaus tiefer reicht, als die Kritik an einzelnen Ableitungen im Rahmen des § D der kantischen Rechtslehre. Kant, so lautet die These Cohens, sieht sich gezwungen, den Gesetzen des Rechts einen externen Charakter der Notwendigkeit zuzuweisen. Wenn dieser Charakter der Notwendigkeit sich aber nicht aus dem Sittengesetz selbst ergibt, so bedarf es doch der Klärung, um was für Gesetze es sich bei den Rechtsgesetzen überhaupt handelt soll:

Wenn das Recht nämlich kein echtes Gesetz ist, wie könnte es dann eine Metaphysik von ihm geben?<sup>425</sup>

Da Kant eine Metaphysik des Rechts bieten möchte, muss er die Fähigkeit der Rechtsgesetze darlegen, echte Gesetze zu sein. Was zeichnet diese aus? Echte Gesetze zeigen Wirkung, sie sind *notwendig*.

Wie gewährleistet Kant die Notwendigkeit des Rechtsgesetzes? Laut Cohen gerät Kant hier ein gewalttätiger und eigentlich systemwidriger Kraftbegriff in die Rechtslehre hinein, der in der Ambivalenz des Naturbegriffes schon angelegt ist, jedenfalls soweit die Natur als Ausdruck der „Kraft und der Macht“ eine „mythische Kraft des Menschen“<sup>426</sup> darstellt. Diese These übernimmt im Übrigen Walter Benjamin von Cohen, indem er schreibt, das Naturrecht supponiere, dass „Gewalt ein Naturprodukt“ sei.<sup>427</sup> Diese im Naturbegriff aufgespeicherte Naturkraft oder Naturmacht ist es, welcher Kant Einlass in die Rechtslehre gewährt. Er gewährt ihr Einlass, da er eine Notwendigkeit des Rechtsgesetzes ausweisen muss, ohne auf die Ethik zurückzugreifen. Mit diesem Kraftbegriff findet ein

425 Cohen (2001), S. 399.

426 Cohen (2001), S. 384.

427 Benjamin (1965b), S. 30.

Moment Einzug in sittliche Verhältnisse, welches anderen Gesetzen gehorcht, als dem Sittengesetz. Es handelt sich für Cohen um ein Stück echter Mythologie.<sup>428</sup>

Des Weiteren hatte ich von einem zweiten „Fehler“ Kants gesprochen, der nicht allein im Rekurs auf das Naturrecht zu suchen ist. Der zweite Vorwurf Cohens lautet, Kant greife hier ausgerechnet auf Thomasius zurück und damit auf denjenigen Vertreter, der die Frage nach dem Grund des Rechts auf die für Cohen schlimmste Art bestimmt hat: Der Grund des Rechts ist der Zwang.<sup>429</sup> Es wäre für Kant besser gewesen, so darf man Cohen nachfolgend verstehen, hätte er sich für Pufendorf entschieden. Dieser hatte immerhin festgehalten, „dass Staat und Recht zusammengehören“, und die Frage nach dem Grund des Rechts mit der Frage „nach dem Grunde des Staats“<sup>430</sup> verbunden. Diese Konzeption entlang des Staates hätte Cohen insofern gefallen, als dieser selbst im Staat „das Musterbeispiel für das Selbstbewusstsein der moralischen Person“<sup>431</sup> sieht und insofern über den Staatsbegriff eine Einbeziehung der Ethik in das Recht hätte erwarten dürfen.<sup>432</sup> Aber Kant greift laut Cohen zu Thomasius und nimmt so aus „fremder Lehre“<sup>433</sup> den Zwang ins Recht auf.

Man könnte Cohens Gedankengang daher wie folgt zusammenfassen: Würde Kant die *Einheit* von Ethik und Rechtswissenschaft denken, könnte er die Kriterien einer stets notwendigen Differenzierung beider Gebiete aus der Einheit derselben gewinnen. Denn nur weil Ethik und Recht eine Einheit bilden, müssen Sie deshalb noch lange nicht ineinander aufgehen. Wenn ihre Verbindung aber fälschlicherweise aus einer ursprünglichen Differenz heraus gedacht wird, bedarf es eines externen Kriteriums, mit welchem die Trennung der beiden Gebiete überhaupt erst beginnt. Oder anders gewendet: Das moderne Recht der Legalität beginnt mit einem Bruch. Hegel

---

428 Zur weiterführenden Kritik an der Ableitung der Norm als *Rechtsgesetz* aus der Bedingungslogik der Naturgesetze vgl. Cohen (2002), S. 271–274.

429 Cohen (2001), S. 393.

430 Cohen (2001), S. 393. Für die Herkunft Kantischer Gedanken aus dem Umkreis Pufendorfs statt Thomasius, siehe Rüping (1968), S. 140.

431 Cohen (2002), S. 260.

432 Zur Differenz in der Zwangsanwendung zwischen Pufendorf und Thomasius, vgl. Rüping (1968), S. 46.

433 Cohen (2001), S. 396.

nennt dies ‚Entzweiung‘ und dieser entzweierende Bruch ist wörtlich zu nehmen. Der zerbrochene sittliche Zusammenhang kann immer nur im Nachgang zusammengefügt werden und diese Verbindung wird operationalisiert durch den Zwang.

### Vernunftzwang und Thomasius oder: der Streitfall ‚junger Feuerbach‘

Soeben habe ich kurz auf Thomasius verwiesen, dessen Lehre von der Verbindung des Rechts mit dem Zwang sich Kant angeschlossen haben soll. Diese Einordnung ist umstritten, soll aber hier im Folgenden nicht primär interessieren. Fragen der Exegesen sind für mich ohnehin nur im Hinblick auf das Verständnis der Kritik des liberalen Rechts von Interesse. Dieses besteht an einem Ansatz, der den Gedanken des Zwangs als ‚Vernunftrecht der Nötigung zur bürgerlichen Verfassung‘<sup>434</sup> versteht. Dieser Zwang der Vernunft wäre nach Cohen ‚offen in die Freiheit aufgehoben‘,<sup>435</sup> weil er nunmehr einen Selbstzwang darstellt.<sup>436</sup> Ich erläutere diesen Gedanken. Besagten Ansatz entwickelt Feuerbach, auf den Cohen sich hier affirmativ bezieht. Das mag (vor allem Strafrechtler) an dieser Stelle in mehrerer Hinsicht überraschen, insbesondere wenn man vom *Lehrbuch* aus denkt und die dortige Deduktion des psychischen Zwangs rekapituliert, die da lautet: ‚Dieser sinnliche Antrieb, muss, wenn die Tat unterbleiben soll, durch einen entgegengesetzten sinnlichen Antrieb aufgehoben werden.‘<sup>437</sup> Hatte Cohen nicht deutlich ausgesprochen, dass in *sämtlichen* menschlichen Belangen nur das Sittengesetz die einzige Triebfeder sein dürfe, wenn der Mensch nicht ‚auf Zuckerbrot und Peitsche sich soll abrichten lassen‘?<sup>438</sup> Wie kommt Feuerbach also dazu, bei Cohen so gut besprochen zu werden?

---

434 Cohen (2001), S. 412.

435 Cohen (2001), S. 448.

436 Eine schöne Rekonstruktion dieses Gedankens findet sich bei Winter (1980), S. 356.

437 Feuerbach (1996), §17.

438 Cohen (2001), S. 401.

Es ist seine 1796 erschienene Schrift zur *Kritik des natürlichen Rechts*, die bei Cohen Anklang findet.<sup>439</sup> Der Vorzug, den Cohen in Feuerbach erkennt, ist der, dass Feuerbach nicht die 1797 erschienene *Rechtslehre* Kants abgewartet habe, sondern gerade durch die freie Entwicklung Kantischer Gedanken einen „Fortschritt der Rechtswissenschaften bewirkt“<sup>440</sup> habe, weil er den „Zwang nicht mehr als entscheidendes Kriterium“<sup>441</sup> zur Abgrenzung des Rechts begreift, woraufhin Cohen aus der *Kritik des natürlichen Rechts* zitiert:

„Recht ist eine, durch die Vernunft bestimmte, Möglichkeit des Zwangs“<sup>442</sup>

Und Feuerbach setzt an dieser Stelle nach:

„oder ein von der Vernunft um des Sittengesetzes willen bestimmtes Erlaubtseyn des Zwangs.“<sup>443</sup>

Gerade diese Art des Zwangs, um die Gewährleistung des Sittengesetzes sicherzustellen, macht den Ansatz Feuerbachs besonders. Wenn Kersting schreibt: „Feuerbach lehnt die Deduktion des Rechts aus dem Sittengesetz ab“<sup>444</sup> dann darf man dies nicht pauschal so lesen, als wäre damit gesagt, Feuerbach sei im Jahre 1796 ein Anhänger der Trennungsthese gewesen.<sup>445</sup> Denn laut Kersting handele es sich

---

439 So schreibt Naucke völlig zu Recht, dass wenn „also von Legalität und Moralität bei Feuerbach gerade im Hinblick auf die psychologische Zwangstheorie gesprochen wird, dann muß die Kritik des natürlichen Rechts außer Betracht bleiben“, Naucke (1962), S. 66. Inwiefern Cohen sich für den späteren Feuerbach interessiert hat bleibt unklar, die Fokussierung auf die *Kritik* von Seiten Cohens ist jedenfalls einleuchtend. Im Weiteren kann hier keine ausführliche Darlegung der Rechtsphilosophie Feuerbachs gegeben werden, die wesentlichen Begriffe werden vorausgesetzt. Eine knappe, aber erhellende Darstellung findet sich bei Kersting (1984), S. 59–63, sowie natürlich ausführlich bei Greco (2009).

440 Cohen (2001), S. 395.

441 Cohen (2001), S. 394.

442 Feuerbach (1963), S. 259. Vgl. das Zitat bei Cohen (2001), S. 394.

443 Feuerbach (1963), S. 259.

444 Kersting (1984), S. 59.

445 Die Trennung zwischen Vernunft und Sittengesetz kann dem jungen Feuerbach niemals als kategoriale Trennung vor Augen gestanden haben, gerade weil die *Rechtslehre* noch nicht erschienen war. Diese Einheit zwischen Vernunft und Sittengesetz bei Feuerbach übersieht dann auch Kindhäuser (2021), S. 266.

bei der Feuerbach'schen Legalität um ein Konzept, welches am besten als „Exekutionsprinzip des Sittengesetzes“ plus „Polizeigewalt“<sup>446</sup> beschrieben werden kann. Auch wenn Feuerbach sich gerade in diesem Punkt der Durchsetzung des Sittengesetzes qua Recht von den Absolutisten unterscheidet, so sei es völlig richtig festzuhalten, dass allein diese zwangsweise Exekution des Rechts nichts an der grundsätzlichen absoluten Deduktion des Rechts bei Feuerbach ändere.<sup>447</sup> Feuerbach geht es, mit anderen Worten, um die (wirklich) freie Befolgung des Sittengesetzes. Eine freie Befolgung schließt aber immer ein, unmoralische Handlungen zu schützen (ansonsten wäre die Befolgung nicht frei).

Aus diesem Gedanken ergibt sich die Begründung äußerer Rechte.<sup>448</sup> Die Legalität im Sinne von Feuerbachs *Kritik* beschreibt also nicht ein *Jenseits der Vernunft*, sondern soll die Durchsetzung des vernunftbestimmten Sittengesetzes gewährleisten. Insofern ist es verständlich, dass Cohen sich hier affirmativ auf Feuerbach bezieht, trennt dieser das Recht und das Sittengesetz doch tatsächlich nur, um die Wirksamkeit des Sittengesetzes gewährleisten zu können.<sup>449</sup> Eine schroffe Gegenüberstellung zwischen Rechts- und Tugendlehre kann darin meines Erachtens nicht gesehen werden. Kant ist dieser Konzeption bekanntlich nicht gefolgt. Cohen sieht gerade darin den Rückschritt, der in einem ungebrochenen Rückgriff auf Thomasius seinen Ausdruck findet. Ob Kant in seiner Rechtslehre wirklich Thomasius folgt, ist hier nicht zu entscheiden (auch wenn wechselseitig Feuerbach wie Kant der Vorwurf gemacht wird, sie seien auf Thomasius ‚zurückgefallen‘<sup>450</sup>). Die hier relevante Frage lautet nicht:

---

Für die folgenden Ausführungen ist die Schrift Grecos damit irrelevant. Dieser weist zwar kurz auf die frühen Schriften hin, beschäftigt sich aber sodann mit der Gesamtkonzeption des Werkes, welches die hier relevanten Fragen nicht mehr berührt, vgl. Greco (2009), S. 109.

446 Kersting (1984), S. 61.

447 Kersting (1984), S. 60.

448 Feuerbach (1963), S. 289.

449 „Zusammengefasst lautet Feuerbachs Rechtskonzept demnach: Die Vernunft handelt durch das Recht dergestalt, dass sie formale Voraussetzungen für vernunftgemäßes freies Handeln positiv als Handlungsmöglichkeiten fasst und durch deren grundlegende Bedeutung für die ‚Erreichung des höchsten Zwecks‘ rechtfertigt.“ Vgl. auch Schröder (2022), S. 104.

450 Gegen den Vorwurf (insbesondere Cohens, aber auch von Winter (1980), S. 356), Kant greife ohne Umschweife auf Thomasius zu, gibt es allerdings

Ist Feuerbach Anhänger des Thomasius oder Vertreter des Vernunftzwanges? Vielmehr geht es um die Frage, was Hermann Cohen aus der Lektüre Feuerbachs gewinnt. Mit dieser Frage sei die Überleitung zu einem Feld vollzogen, in dem Cohen das Zentrum seiner ethischen (und möglicherweise religiösen) Überlegungen sieht: das Gesetz.

Cohen möchte der kantischen Rechtslehre nämlich noch gleichsam in der Rekonstruktion derselben einen Ausweg eröffnen. Daher ist er bemüht, in den kantischen Ausführungen doch noch etwas zu finden, was seinem kritischen Blick standzuhalten vermag. Der rettende Aspekt, den Cohen der kantischen Lehre implizit unterstellt, schließt an die Überlegungen Feuerbachs zum Zwang an. Den Zwang der kantischen Lehre nun wegzudiskutieren ist Cohens Sache nicht, was auch aussichtslos wäre. Aber was er versucht, ist den Rechtszwang Kants in den Feuerbach'schen Gedanken des Vernunftzwangs umzudeuten. Diese Umdeutung unternimmt Cohen mittels einer zweistufigen Vorstellung von Einheit; einmal der Einheit der *Gesetzgebung* und einmal der Einheit als politischer Form, nämlich des *Staates*. Beide gehen ineinander über und sind inhaltlich verschränkt, es wird gleich zu sehen sein, wie Cohen diese Verschränkung konzeptualisiert.

Zum ersten Gedanken, der einheitlichen Gesetzgebung. Es wurde bislang hinlänglich betont, dass Cohen die Einheit des Sittengesetzes als die Grundlage jeder gelungenen praktischen Philosophie betont. Diese Einheit der Gesetzgebung ist im Begriff das *eine*, d. h. unteilbare Sittengesetz ausgedrückt, welches Cohen nicht be-

---

Einspruch. Die These der Identität von Thomasius und Kant im Punkt des Zwangs bestreitet eingehend Willaschek (2004), der im Gegenteil davon ausgeht, Kant überwinde Thomasius durch den Begriff Freiheit, während es gerade Feuerbach sei, der sich auf die Konzeption des Thomasius stütze. Das dürfte, jedenfalls was Feuerbach anbelangt, nach dem bereits Gesagten unzutreffend sein. Jakobs hingegen sieht Feuerbach in der Frage der Zwangsbegründung als klassischen Kantianer, vgl. Jakobs (2008b), S. 12. Wie aber Feuerbach „brav *kantisch*“ verfahren kann, wenn die *Rechtslehre* Kants zum Zeitpunkt der *Kritik* Feuerbachs noch gar nicht erschienen war, bleibt unklar. Auch im Zusammenhang mit dem Strafschmerz, einer von Jakobs so bezeichneten *Depersonalisierung* durch Überstellung der Person an die Natur, extrapoliert Jakobs Stellen Feuerbachs zum Zwangsrecht als Aussagen zum „Recht“, die bei Feuerbach zu Recht *nach* dem Kapitel zu den „Gränzen des Rechts“ dargelegt werden, vgl. Jakobs (2008b), S. 12 und Feuerbach (1963), S. 292–298.

reit ist, in mehrere Gesetze oder Gesetzesbereiche aufzuteilen. Es kann für Cohen nur ein Sittengesetz geben, d. h. Aufspaltungen, Aufteilungen, Schattierungen oder sonstige Versuche der Auflösung dieses Einheitsbegriffes werden von ihm nachdrücklich abgelehnt. Der Grund für diesen Zug zur Einheit des Gesetzesbegriffes ist leicht anzugeben. Es ist der Begriff der Handlung. Erst das Gesetz stellt für Cohen die Handlung (und damit das Selbst) her. Darin liegt der Begriff der Autonomie begründet,<sup>451</sup> den Cohen gegen die bloß negative Freiheit in Anschlag bringt. Dies ist leicht an der Komposition der Autonomie bzw. Selbstgesetzgebung zu sehen. Cohens Punkt ist nämlich, dass in der Gesetzgebung erst die Konstitution des Selbst vollzogen wird, d. h. in der *rechtlichen* Handlung erzeugt sich das Selbst überhaupt erst.<sup>452</sup> Daraus ergibt sich auch die zentrale Stellung der Rechtswissenschaft für die ganze praktische Philosophie Hermann Cohens. Die Rechtswissenschaften können durch ihren Begriff einer rechtlichen Handlung die sittliche Person überhaupt erst hervorbringen. Aus dieser Perspektive ergibt sich dann auch ohne Weiteres die Ablehnung des Zwangs.<sup>453</sup> Wenn das Recht durch seinen Handlungsbegriff die Konstitution der Person ermöglicht, darf es diese nicht hinterrücks durch den Zwang wieder aufheben.

Cohen findet in dem Begriff des Vernunftzwangs bei Feuerbach eine Bewegung festgehalten, welche die Einheit des Gesetzesbegriffes gewährleistet, oder mit den Worten Cohens: „So [durch Feuerbachs Lehre; S. K.] wird der Zwang zu einem Vernunftzwang; und dadurch wird die durch ihn gelöste Verbindung mit der Ethik wieder hergestellt.“<sup>454</sup> Wie ist aber dieser Zwang zu denken, der einen Vernunftzwang darstellt und nicht mehr für die Trennung der Gesetzgebung steht? Hier wird nun die Sublimierung des Rechtszwangs zum Vernunftzwang als „Selbstnötigung zum Staate“<sup>455</sup> verständlich. Denn diese:

„Selbstnötigung bedeutet der Zwang; und nur so kann er als die Bedingung, als der Grund des Rechts gedacht werden, in welchem Recht und Sittenlehre sich unterscheiden; während doch zugleich in diesem

451 Cohen (2002), S. 319.

452 Cohen (2002), S. 339.

453 Schmid (1995), S. 64.

454 Cohen (2001), 394.

455 Cohen (2001), S. 395.

Unterscheidungsgründe selbst wieder ihr innerlichster Zusammenhang vollzogen und anerkannt wird.“<sup>456</sup>

Die Entwicklung bei Kant, aus dem „Privatrecht im natürlichen Zustande“ hin zum „Postulat des öffentlichen Rechts [...] in einen rechtlichen Zustand“<sup>457</sup> einzutreten, ist bekannt und wird von Cohen als die *einzig zulässige Form* rechtlichen Zwangs rekonstruiert. Zwang und Nötigung zum Staat versteht Cohen synonym: „Mit Rücksicht auf diesen neuen Inhalt darf der Zwang, vielmehr die Nötigung zum Staate als das Unterscheidungsmerkmal des Rechts von der Ethik erkannt werden.“<sup>458</sup> Der einzig zulässige Zwang, das macht Cohen an unzähligen Stellen deutlich, ist der Zwang hin zum staatlichen Recht und damit dem Gegenteil der Gewalt, denn „Gewalt ist verschieden vom Recht“<sup>459</sup> sodass alle Überlegungen zu Recht und Zwang auf die Überlegung hinauslaufen: Es „besagt der Rechtszwang, dass dieser Naturzustand verschwinden“ soll.<sup>460</sup>

In dieser Wendung gegen den Naturzustand liegt auch die Kritik am Naturbegriff der kantischen Lehre sowie des Naturrechts überhaupt. Der Zwang ist nach Cohen nur dann nicht mehr Naturzwang, wenn er als Zwang zum Verlassen der mythischen Natur(kraft) verstanden werden kann. Da das Sittengesetz allgemein gilt, bezieht sich diese Nötigung zum Verlassen des Naturzustandes bei Cohen nicht nur auf jedes Individuum, sondern selbst die Staaten müssen sich gegenseitig nötigen, das „Naturrecht der Staaten“<sup>461</sup> zu verlassen, welches Hobbes einfach vorausgesetzt hat. Damit haben wir die erste Bewegung der Einheit beschrieben, nämlich die Einheit der Gesetzgebung unter dem Vernunftzwang.

Dieser Vernunftzwang treibt die Person in den Staat hinein. Der Staat selbst ist für Cohen die zweite Stufe der Einheit bzw. Allheit, wie er in Abgrenzung zum „bloßen“ Begriff Mehrheit sagt.<sup>462</sup> Die Einheit der Gesetzgebung im Staat sei das „Selbstbewusstsein der

---

456 Cohen (2001), S. 395.

457 Kant (1900aff.), S. 307.

458 Cohen (2001), S. 413.

459 Cohen (2001), S. 399.

460 Cohen (2001), S. 454.

461 Cohen (2001), S. 449.

462 Ausführlich zum Staatsbegriff Cohens: Winter (1980), S. 322–345.

Einheit des Willens“.<sup>463</sup> Wenn die Ethik sich also im Recht dadurch materialisiert, dass das Recht über die *rechtliche Handlung* die Konstitution des Selbst in der Selbstgesetzgebung erst ermöglicht, ist die individuelle Seite der Handlung beschrieben. Aber auch der Staat kann handeln, und die „Handlungen des Staates bestehen in Gesetzen.“<sup>464</sup> Hieraus ergibt sich zwanglos die Verbindung der beiden Perspektiven, sodass Cohen festhält: der „Staatsbegriff des Gesetzes muss der Leitbegriff werden für das persönliche Selbstbewusstsein.“<sup>465</sup> Das Vorbild ist Cohen an dieser Stelle Sokrates, der das „Gesetz zu heiligen“ und das Individuum „von der Selbstsucht zu erlösen“ wusste.<sup>466</sup> Sokrates hat sicherlich insofern die höchste Form des *Selbstzwangs* gelebt, als er seinen eigenen leiblichen Naturzustand qua Schierlingsbecher verlassen hat. Dass die Gesetzgebung nicht die einzige Handlungsform des Staates ist, sei an dieser Stelle jedoch ebenfalls bemerkt. Hier modelliert Cohen den Staatsbegriff so, wie er für seine Theorie der Selbstgesetzgebung besonders passend ist. Neben den Gesetzen im ganz allgemeinen Sinn einer Normsetzung handelt der Staat auch in Realakten. Diese Realakte (allein der Name müsste Cohen suspekt sein) sind das Momentum, in dem die Gewalt präsent ist. Hier unterscheidet sich Loick von Cohen. So macht Loick sich keine Illusionen über ein mögliches Verschwinden des Zwangs im Staat. Vielmehr sind es die gewaltsamen Realakte der Polizei, die dem Ideal Cohens entgegenstehen.<sup>467</sup> Dass diese Realakte dem Begriff Staat nicht äußerlich sind, werden wir später darlegen.

Damit beende ich die Kritik Cohens am Zwangsmoment der kantischen Rechtslehre und wende mich einer letzten These in Bezug auf Cohen zu. Diese These verdient insofern unsere Aufmerksamkeit, als sich in ihr eine Fragestellung auch der zeitgenössischen Rechtskritik zeigt, das Verhältnis von Gesetz und Gnade bzw. Gesetz und Gesetzeskritik betreffend.<sup>468</sup>

---

463 Cohen (2002), S. 242.

464 Cohen (2002), S. 261.

465 Cohen (2002), S. 262.

466 Cohen (2002), S. 264.

467 Loick (2018).

468 Zur Diskussion um die Gnade im Recht siehe beispielhaft Dübgen (2022), Zabel (2007), S. 127–130 und Zabel (2021), S. 1041–1044 oder Waldhoff 2014a. Wobei im Ergebnis bei letzterem eine recht nüchterne Rekonstruktion samt der trivialen Feststellung steht, dass für die Gnade im heutigen Recht kein

## Zwei Gesetze sind weniger als ein Gesetz – der Fall Paulus

Ich greife Cohens Lob des Sokrates auf, um diesen letzten Punkt, die Gnade und die Gesetzeskritik, einzuleiten. Hatte Cohen in Sokrates die erste Figur gesehen, welche im Gesetzesbegriff wahrlich lebte (und starb), so ist wenige Seiten nach der Besprechung des Sokrates der Tod einer anderen Persönlichkeit Gegenstand des Anstoßes für Cohen. Die Rede ist vom Kreuzestod Jesu und dessen Interpretation durch Paulus von Tarsus. Was hat Paulus mit der Frage nach der kantischen Legalität zu tun?

Ich erinnere daran, dass Cohens Kritik an Kants Begriff der Legalität im Ergebnis auf die Uneinheitlichkeit des Gesetzesbegriffes (moralisches und rechtliches Gesetz) zuläuft. Aber Cohen wendet diese Kritik in noch anderer Hinsicht gegen Kant, nämlich indem er implizit danach fragt, wie es zu diesem Auseinanderfallen des Gesetzesbegriffes überhaupt kommen konnte. Was hat Kant zu dieser Teilung des Gesetzesbegriffes veranlasst? Cohen bietet dafür eine simple Erklärung an:

„Denn der Begriff des Gesetzes wird durch jene Legalität, der die Moral entgegengestellt wird, unwillkürlich und unvermeidlich in Verdacht gebracht. Der Grundbegriff der Moralität ist zugleich das Wort für das Widerspiel derselben. Eine solche Zweideutigkeit [...] hat in der Tat keinen rechtlichen und keinen philosophischen Ursprung, sondern einen unzweifelhaft religiösen. Sie entspringt der Polemik, welche Paulus an der mosaischen Lehre übt, die er als Gesetz bezeichnet und kennzeichnet.“<sup>469</sup>

Schließt sich Kant tatsächlich insgeheim der Polemik des Paulus' an? Wie kann man diesen Vorwurf für das weitere Nachdenken fruchtbar machen? Der pietistische Einfluss auf Kant ist ebenso bekannt, wie die Aktualisierung der Frage der Gnade durch Luther unter Rückgriff auf Paulus. Allein entlang dieser recht lockeren Assoziationskette nun Kant die Polemik des Paulus anzudienen, erscheint jedoch gewagt und soll an dieser Stelle nicht weiterverfolgt werden. Rekonstruiert man hingegen den Gedankengang Cohens jenseits dieser Spekulation über Kants Motivlage, dann können einige Argumente ausgemacht werden, die ich im Folgenden kurz vorstellen möchte.

---

Raum mehr zur Verfügung stehe, vgl. das Schlusswort von Waldhoff (2014b), S. 149.

469 Cohen (2002), S. 268.

Zunächst ist es angebracht, kursorisch die paulinische Kritik am Gesetz zu rekapitulieren. Für Paulus lebt es sich schlecht unter dem Gesetz. Unter „Gesetz“ darf neben den rituellen Gesetzen des Judentums auch das „weltliche“ Recht verstanden werden bzw. alles, was normierend, regelnd in das Leben eingreift, ohne dass hier ein allzu strenger, d. h. einheitlicher, Gesetzesbegriff unterstellt werden müsste.<sup>470</sup> Warum lebt es sich nun schlecht unter dem Gesetz? Das liegt daran, dass die Sünde erst mit dem Aufkommen des Gesetzes ins Dasein tritt: „Denn ich wüsste nichts von der Begierde, wenn das Gesetz nicht gesagt hätte ‚Du sollst nicht begehren‘“.<sup>471</sup> Nicht nur die Sünde tritt mit dem Gesetz das erste Mal auf, nein, auch von seiner Erfüllung bleibt der Mensch nach Paulus wie durch einen unüberwindbaren Hiatus getrennt: „Denn das Gute, das ich will, das tue ich nicht; sondern das Böse, das ich nicht will, das tue ich.“<sup>472</sup> Dieses Gesetz des Fleisches, welches nach der Sünde strebt, kann also nicht immanent aufgehoben werden, sondern bedarf der Erlösung durch ein Drittes bzw. durch einen Dritten, und zwar Jesus Christus in Form eines Opfers:

„Denn was dem Gesetz unmöglich war, weil es durch das Fleisch geschwächt war, das tat Gott: Er sandte seinen Sohn in der Gestalt des sündigen Fleisches und um der Sünde willen und verdamnte die Sünde im Fleisch, damit die Gerechtigkeit, die das Gesetz fordert, in uns erfüllt werde, die wir nun nicht nach dem Fleisch wandeln, sondern nach dem Geist.“<sup>473</sup>

In welchem Zeichen errichtet Paulus im Römerbrief diese Kritik am Gesetz? Es ist die Liebe, denn jetzt ist „die Liebe des Gesetzes Erfüllung.“<sup>474</sup> Diese Topoi christlicher Gesetzeskritik sind hinlänglich bekannt, nicht zuletzt noch einmal aktualisiert im Deutschen Idealismus<sup>475</sup> und durch die einflussreiche Paulus-Lektüre *Jacob Taubes*.<sup>476</sup> Wie aber ist Cohens Kritik an der kantischen Legalität mit dieser

470 Vgl. Röm 13.

471 Röm 7,7.

472 Röm 7,19.

473 Röm 8, 3–4.

474 Röm 13,10.

475 Zur christlich motivierten Kritik Hegels am vermeintlich kantisch-jüdischen Gesetzesbegriff sowie zur Einführung der „Liebe“ bei Hegel als kritische Kategorie (und deren Scheitern), vgl. Loick (2017), S. 59–76.

476 Taubes (1993), Badiou (2002) und Agamben (2006).

Gesetzeskritik des Paulus und dessen Theorie der Gnade und der Liebe zu verbinden? Die Verbindung misslingt zunächst offenbar, scheint doch kein gangbarer Weg von der Gesetzeskritik des Paulus hin zur kantischen Rechtslehre zu führen. Cohens Vorwurf, Kant bediene sich der Gesetzeskritik des Paulus, vermag nicht recht zu verfangen.

Deshalb nähere ich mich in einem zweiten Versuch dem Vorwurf Cohens über die kantische Seite. So muss zunächst die Parallelisierung Kants mit Paulus ebenfalls stark verwundern, rechnet Kant doch dem Menschen gerade die Fähigkeit zur Gesetzgebung als das Menschliche am Menschen an.<sup>477</sup> Die Kritik des Paulus am Gesetz (an jeglichem Gesetz könnte man sagen) scheint der in der kantischen Philosophie durchgehaltenen Affirmation der Gesetzgebung völlig zu widersprechen. Aber Cohen bestreitet nicht grundsätzlich, dass Kant die Gesetzgebung als besondere Fähigkeit des Menschen hervorzuheben versucht. Die Frage, ob nun das Rechtsgesetz bei Kant aus der gleichen Quelle stammt wie die Tugendlehre bzw. wie man sich zu der Frage der Einheit der praktischen Vernunft und deren Gesetzgebung verhält, ist zunächst einmal nicht relevant, um Folgendes zu sehen: Bei Kant steht sowohl in der Rechtslehre als auch in der Tugendlehre der Begriff des Gesetzes im Vordergrund.<sup>478</sup> Eine Verdammung des Gesetzes, wie Paulus dies unternimmt, kann bei Kant nicht festgestellt werden.<sup>479</sup>

Aber Cohen hat dies natürlich gesehen und bestimmt nun den Bruch Kants mit dem Gesetz gerade nicht als paulinischen Bruch *mit* der Gesetzlichkeit, sondern, so könnte man es reformulieren, als *verdoppelnde Depotenziierung des Gesetzes* und das bedeutet als Bruch *in der* Gesetzlichkeit. Was bedeutet das? Cohen wirft Kant nicht vor, das Gesetz als solches zu diskreditieren oder das Gesetz an sich schon als Hervorbringer einer sündhaften Subjektposition zu rekonstruieren.<sup>480</sup> Er wirft ihm vielmehr vor, das Gesetz zu verdoppeln, nämlich in ein Gesetz der Ethik i. e. S. und in das Rechtsgesetz. Der Punkt der Verdoppelung ist einsichtig, wo liegt aber das Moment der Depotenziierung und wie hilft dies beim Nachvollzug des Cohen'schen Vorwurfes, Kant bediene sich bei der Einführung seiner Legalität dem pejorativen Gesetzesbegriff des Paulus?

---

477 Himmelmann (2023), S. 137.

478 Von der ersten Kritik ohnehin einmal abgesehen.

479 So im Ergebnis auch Himmelmann (2023).

480 So die treffende Rekonstruktion bei Badiou (2002), S. 155–156.

Ein letzter Versuch, die These Cohens zu verstehen, bestimmt die Parallelen zwischen Kant und Paulus wie folgt: Für Paulus bringt das Gesetz immer schon eine falsche Subjektkonstitution mit sich. Unter dem Gesetz kann sich kein zu bejahender Begriff eines Subjekts ausbilden, da das Subjekt unter dem Gesetz beständig leidet und dieses nie zu erfüllen vermag. Hat Kant diesen Schritt des Paulus nicht insgeheim ebenfalls vollzogen? Ist nicht die kantische Legalität nur die abgeschwächte Explikation der paulinischen Rechtskritik? Das Rechtsgesetz Kants beharrt zwar ebenfalls auf seiner Einhaltung, aber es kann nicht bestritten werden, dass in der von Kant geforderten Erfüllung des Rechtsgesetzes eine ungemeine Entlastung des Rechtsunterworfenen liegt. Ist damit nicht schon die Erfüllung des Gesetzes auf den konformen Vollzug der Handlung hin gleichsam halbiert? Traut Kant den Menschen damit nicht ebenfalls *nicht* zu, unter dem einen Gesetz der praktischen Vernunft zu leben und gesteht er damit nicht insgeheim ein, dass den „famosen fleischtheologischen Vorstößen des Apostels Paulus“<sup>481</sup> mehr Wahrheit zukommt, als es der direkte Vergleich vielleicht vermuten lassen würde?

Kant hat die Stellen zur Gesetzeskritik bei Paulus explizit kommentiert,<sup>482</sup> kommt aber zu einem anderen Ergebnis als der Apostel. Nicht eine Negation des Gesetzes und die Flucht in die Nächstenliebe scheinen für Kant einen Ausweg zu bieten, sondern eine Differenzierung des Gesetzesbegriffes mit gegenläufiger Bindungswirkung, wie interner Anforderung an das Subjekt: Dies ist der Gedanke von der unterschiedlichen Triebfeder zur Befolgung von Rechts- und Tugendpflichten. Hierin könnte nun in der Tat eine verdeckte Paulusrezeption Kants liegen, welche gleichzeitig die Radikalität des paulinischen Vorschlages nicht mitzugehen gezwungen ist. „Du mußt dein Leben Ändern“ – diesen Spruch, den Sloterdijk im Anschluss an Rilkes *Torso* zu Recht als Grundlage der (monotheistischen) Religionen herausstellt, ist bei Paulus in radikaler Art formuliert. Der Christ der frühen Gemeinden ist nicht durch ein einmaliges Gnadenereignis Gottes oder die bloße Auferstehung Jesu bereits von der Last des Gesetzes befreit. Die Gnade taucht die Welt vielleicht in ein anderes Licht, aber die dem Einzelnen abverlangte Änderung

481 Lütkehaus (2019), S. 13.

482 Nachweise dazu bei Himmelfmann (2023), S. 146.

hin zu einem Subjekt der Liebe ist fundamental. Die Unterwerfung unter das Liebesgebot ist zwar anderer Natur als die Unterwerfung unter das Gesetz, aber nicht minder einschneidender Natur. Diese existenzielle Radikalität war Kants Sache nicht. Dennoch ist nun einsichtig, dass sein Projekt der Legalität möglicherweise als Antwort auf die christliche Gesetzeskritik zu verstehen ist. Es ist die Antwort Kants, die nicht verwirft, sondern prüfend feststellt, wie auf den Mangel des Fleisches zu reagieren ist, mag dieses Fleisch bei Kant auch „krummes Holz“ genannt sein. Es muss eine Vermittlung zwischen normativem Anspruch und dem diesem Anspruch unterworfenen Subjekt hergestellt werden bzw. überhaupt der Sache nach herzustellen sein. Mag für Kant die Existenz Gottes ein Postulat der praktischen Vernunft sein, so ist dieser Gott sicher keine Quelle normativer Verbindlichkeit, wie vermittelt dieser auch in den Begriffen der Gnade oder der Liebe aufgehoben (oder versteckt) sein mag.

Kehrt man zu Cohen zurück, kann man sehen, dass er den Vorwurf nicht ganz zu Unrecht erhoben hat, Kant habe in der Einführung eines doppelten Gesetzesbegriffes der gesetzeskritischen Lehre des Paulus teilweise nachgegeben. In der Verdoppelung des Gesetzesbegriffes liegt zwar keine pauschale Verneinung des Gesetzes im Sinne des Apostels. Aber es verbirgt sich in diesem doppelten Gesetzesbegriff die Feststellung, dass der alleinige Gesetzesbegriff der praktischen Vernunft einer Limitation bedarf.

Es sei in diesem Zusammenhang an die Ausgangsfrage zu diesem Kapitel erinnert, nämlich an die Frage nach der Wirksamkeit sittlicher Prinzipien in der Welt. Das ist, in anderer Formulierung, genau diejenige Frage, die sich auch Paulus gestellt hat. Paulus fragt nach der Möglichkeit, unter dem Gesetz zu leben und zwar in Anbetracht der Tatsache, dass wir dazu verurteilt sind, immer am Gesetz zu scheitern. Anstatt diesen Gesetzesbegriff der praktischen Vernunft wie Paulus durch die Liebe zu unterlaufen, wählt Kant nach Cohen den Weg über die Verdopplung der Gesetzesbegriffe. Dadurch gelingt es Kant, so verstehe ich Cohen, die Totalität des *einen* Gesetzes zu brechen und eine Möglichkeit der (wenn auch abgeschwächten) Realität des Sittlichen in der Welt hervorzubringen. Man könnte diese Kritik Cohens auf eine paradox anmutende Formel bringen. Sie lautet: *Zwei Gesetze sind weniger als ein Gesetz*. Darin ist bei Kant, so meine Zusammenfassung, implizit eine Kritik des Gesetzes und insbesondere seiner umfassenden Macht

über das Subjekt ausgesprochen. Cohen sieht darin bei Kant aber einen unausgesprochenen Konflikt zwischen staatlichem Recht als Legalität einerseits und religiöser Sittlichkeit andererseits. Diesen Konflikt löst Kant laut Cohen zugunsten einer staatlichen Sittlichkeit auf, welche „die Grundlage aller sittlichen Legalität im Rechtsleben der Völker“ sucht.<sup>483</sup> Damit ist für Cohen alles entschieden. Kant hat den zentralen Begriff Staat im Sinne eines „Leitbegriffes für das Selbstbewusstsein“ noch nicht entwickelt und betrachtet den Staat noch „im Lichte des Mittelalters“.<sup>484</sup> Das Mittelalter ist aber *christliches* Mittelalter. Das weiß auch Hermann Cohen. Man muss hier genau hinhören, was Cohen sagen möchte: Kant untergräbt seinen eigenen emanzipatorischen Zug durch einen Rückgriff auf unmittelbar vorgefundene Partikularität – christliche Partikularität. Eine Partikularität in der es keinen Platz für den Juden Hermann Cohen gibt.

### Abschließende Überlegungen zur Konzeption Cohens

Ein Punkt ist damit aber noch nicht abschließend geklärt. Liegt in dieser Kritik des Gesetzes wirklich „nur“ eine Polemik des Paulus oder hat Paulus nicht vielmehr damit recht, dass er diese Subjektivierungsstruktur des Gesetzes problematisiert? In einem besonderen Punkte sieht Cohen, entgegen der Kritik an dem vermeintlichen Paulinismus Kants, eine Verbindung zwischen der kantischen Philosophie und dem Judentum. Diese Verbindung besteht für Cohen in der Ablehnung der Glückseligkeit als ethischer Kategorie, d. h. im „Gegensatz zum Lustprinzip“,<sup>485</sup> denn der „Lust und der Glückseligkeit tritt die Vernunft entgegen [...]“.<sup>486</sup>

Diese Aussage, insbesondere ihre Freud'sche Sprachfärbung, ist nun wiederum eigentlich nur recht zu deuten in die Richtung, welche *Jacob Taubes* in seiner Lektüre des Römerbriefes vorgegeben hat. Dort greift Taubes auf Freuds Schrift *Der Mann Moses und die monotheistische Religion* zurück. So zitiert Taubes daraus eine

483 Cohen (2001), S. 481.

484 Cohen (2001), S. 478.

485 Cohen (1924), S. 290.

486 Cohen (1924), S. 291.

Stelle, an der Freud das Verhältnis von uneingestandenem Gottesmord der Juden und Ethik als Selbstbestrafung durch Triebverzicht erläutert.<sup>487</sup> Diese „in Lehre und Vorschrift ethischen Höhen“ sind es nach Freud dann auch, in der „viele Juden den zweiten Hauptcharakter und die zweite große Leistung ihrer Religion“<sup>488</sup> erblicken. Diese Feststellung Freuds ist wohl auf niemanden so gut anzuwenden, wie auf Hermann Cohen. So schreibt Cohen: „Das Wesen Gottes ist die Sittlichkeit und nur die Sittlichkeit. Sie ist die Natur Gottes. Es gibt keine andere Natur Gottes.“<sup>489</sup> Apodiktisch hält Freud aber fest: „Diese Ethik kann aber ihren Ursprung aus dem Schuldbewusstsein wegen der unterdrückten Gottesfeindschaft nicht verleugnen.“<sup>490</sup> Gottesfeindschaft wird man Kant nicht einmal vorwerfen müssen. Aber wenn eine Nähe zwischen der kantischen Philosophie und dem Judentum zu suchen wäre, dann bliebe es eine Diskussion eines Epiphänomens, nämlich die Parallelität an dem Festhalten an einem (formalistischen) Gesetzesbegriff auszumachen, wenn dieser übermäßige Gesetzesbegriff selbst auf ein Schuldbewusstsein am Tod Gottes zurückzuführen ist. An dessen (erneuter) Ermordung über 30 Druckseiten der transzendentalen Dialektik hinweg, ist auch Kant nicht ganz unschuldig. Das Eingeständnis dieser Tatsache fällt Kant, der die Frage schon thematisch viel deutlicher erkannte, aber dann auch wieder nicht so schwer wie Hermann Cohen. Da Cohen aber die Natur Gottes in die Ethik gelegt hatte, ist für ihn eines klar: „Gott ist nicht Natur“.<sup>491</sup> Deshalb muss sich Cohen in allen seinen Schriften gegen zwei Ansätze verteidigen: Pantheismus und Mystizismus, Spinoza und Schopenhauer.

Die Kritik Cohens an Spinoza hängt mit dem bereits dargelegten Naturbegriff zusammen, der für Cohen immer die Gefahr beinhaltet, in die Ethik überzugreifen. Dazu *Holzey*, der diesen Gedanken im Zusammenhang mit Cohens Kritik am Materialismus aufgreift:

---

487 Freud (2010), S. 164.

488 Freud (2010), S. 164.

489 Cohen (1924), S. 294.

490 Freud (2010), S. 164.

491 Cohen (1924), S. 294.

„Dabei steht für ihn [Cohen, S. K.] nicht so sehr der erkenntnistheoretische als der ethische Idealismus in Frage; der Materialismus gefährdet vor allem den Durchbruch zu einer rational begründeten Ethik.“<sup>492</sup>

Der Naturbegriff der Materialisten, wie der Pantheisten, neigt stets dazu, in die transzendente Gesetzgebung einzugreifen. Cohen trennt ihn daher radikal ab. Unter einen ähnlichen Verdacht gerät auch (und sogar ernsthafter) Schopenhauer, obwohl dieser Cohen im Hinblick auf die Frage der Legalität äußerst sympathisch sein müsste, fällt bei diesem das Recht unter die Ethik. Aber dies kann Cohen nicht beruhigen. Schopenhauer fällt in die Kategorie Mystik. Nun ist diese Bezeichnung wenig verwunderlich, Schopenhauer selbst macht aus dem Aufgreifen solcher Motive keinen Hehl. Aber Cohen sieht das mystische Moment weniger in der als Befreiung vom Willen angelegten Willensnegation Schopenhauers, denn in der uns nun schon bekannten Kombination aus Schuld, Willensfreiheit und Unbewusstem.<sup>493</sup> Dass das *operari sequitur esse*, kann für Cohen genauso wenig wahr sein, wie die Tatsache, dass das Leben für Schopenhauer an sich schuldhaft ist, was für ihn der Tod beweist, der auf selbiges (schuldhaftes) Leben steht.<sup>494</sup> Dass in dieser Erbsünde des Christentums eine andere Schuld als eine durch ein ewiges Gesetz auferlegte verborgen ist, haben wir bereits mit Freud angedeutet. Cohen muss aber auch hier Paulinische Grundzüge beobachten, die selbst noch Nietzsche an Paulus gelobt hat, nämlich „daß das Ich nicht am Steuer sitzt im Menschen.“<sup>495</sup> Die Erbsünde als ursprüngliche Sündhaftigkeit der Menschen und die Negation der freien Selbstgesetzgebung – in diesen beiden Prämissen liegt für Cohen die Mystik Schopenhauers. So wendet Cohen sich immer wieder gegen die Erbsünde,<sup>496</sup> die er insbesondere bei Schopenhauer (zu Recht) ausgemacht hat, indem dieser die Erbsünde dem „Adam aus transzendentaler Rippe aufbürdet!“<sup>497</sup> In der tiefen Ahnung Schopenhauers von einer Schuld durch das bloße Dasein, die wir später bei Freud in anderer Form wiederfinden, sieht Cohen seinen

492 Holzey (1994), S. 17.

493 Cohen (2001), S. 246–247.

494 Schopenhauer (2016), § 63.

495 Taubes (1993), S. 121.

496 Cohen (1924), S. 299.

497 Cohen (2001), 127.

schärfsten Gegensatz verkörpert. Zentral sind daher die diversen Absetzbewegungen Cohens von Schopenhauer, der das Programm einer Selbstgesetzgebung des Individuums zu bedrohen scheint. Der Hintergrund von Cohens Ablehnung ist klar und so polemisiert er gegen den Begriff Willen bei Schopenhauer, der „das Wollen von jenen anderen, in der seelischen Erregung teilweise ähnlich scheinenden Bewegungen“<sup>498</sup> nicht abtrennt, was Cohen Schopenhauer dann auch als „vergiftende[n] Einfluss“<sup>499</sup> auslegt. Bei solcher Polemik darf man sich immer sicher sein, dass hier ein Problem liegt, und es ist offenbar, worin der vergiftende Einfluss Schopenhauers besteht. Er ruiniert den Begriff des reinen Willens – ein außerordentliches Verbrechen für jemanden, der später eine „Ethik des reinen Willens“ verfasst. Das Wollen wird von Cohen schon in *Kants Begründung der Ethik* konsequent als „vom Begehren unterschieden“.<sup>500</sup> Darin liegt auch, das sollte nach dem bislang Gesagten deutlich geworden sein, die hier vertretene Ablehnung des Idealismus, nämlich die Ablehnung der These, dass Denken und Wollen überhaupt in eins zu setzen wären.<sup>501</sup>

Dabei soll es an dieser Stelle sein Bewenden haben, diesen letzten Punkt wird gegen Ende der Arbeit aufgegriffen. Mir geht es hier darum, den Vorschlag Cohens kurz darzustellen, wie die Aufhebung der kantischen Legalität der Sache nach vonstattengehen soll. Ich komme daher zum Anfang dieses Abschnittes zurück und damit zum Verhältnis von Recht und Zwang bzw. zur Kritik am kantischen Rechtszwang. Ich lenke den Blick deshalb auf diejenige Institution, die für Cohen die *conditio sine qua non* zur Überwindung des Rechtszwanges darstellt, den Staat.

Eingangs hatte ich bereits die wesentlichen Gedanken Cohens zum Staat erwähnt, die darauf zielen, dem reinen Willen (dessen Ethik Cohens Hauptwerk gewidmet ist) „die Qualität des Seins“<sup>502</sup> zu sichern. Die Schritte, welche dem reinen Willen die Qualität des Seins garantieren sollen, werden von *Manfred Baumotte* wie folgt zusammengefasst: Der reine Wille muss sich entäußern, was zu

---

498 Cohen (2001), S. 140.

499 Cohen (2001), S. 141.

500 Cohen (2001), S. 141.

501 Heidegger (1982), S. 73.

502 Baumotte (1975), S. 33.

Cohens Handlungsbegriff führt, in dem sich das Selbst der Selbstgesetzgebung überhaupt erst konstituiert. Die Einheit der Handlungen führt zur Einheit des Rechtssubjekts. Damit dieses aber nicht den anderen Subjekten wieder bloß empirisch, d. h. zufällig begegnet, bedarf es einer weiteren Einheit, welche die Allheit der Subjekte in der juristischen Person des *Staates* zusammenzufassen vermag.<sup>503</sup> Man könnte geneigt sein, diese Verwandlung von der Einheit der Handlung in die Allheit des Staates auch in entgegengesetzter Richtung zu erzählen. Dann wäre die dauerhaft fragile, weil in der Geschichte umkämpfte Endlichkeit staatlicher Verfasstheit der Ausgangspunkt einer abschreitenden *Verunendlichung* der Individuen über die Person, hin zur supponierten Einheitlichkeit von Handlungen. Dazu werde ich mich im Schlusskapitel noch eingehend verhalten. Für Cohen gilt jedenfalls: „Das Sein des Sollens ist das Sein des Wollens, das Sein des Willens.“<sup>504</sup>

Es mag verwundern, in *Carl Schmitt* einen Verbündeten Cohens auszumachen, der die kantische Zwangsbefugnis ebenfalls zurückweist, sofern Sie mit dem Begriff Recht selbst verknüpft wird: „Die Rechtsnorm geht nie eine Verbindung mit der Wirklichkeit ein, ihr kann daher ein Zwang oder eine Erzwingbarkeit als Begriffsmerkmal zugeschrieben werden.“<sup>505</sup> Auch diese Aussage ruht auf dem Fundament eines geltungsfixierten Neukantianismus. Bis hierher stimmen Cohen und Schmitt überein, sodass das folgende Zitat nur anhand des Duktus zuzuordnen ist: „Der Zwang oder die Erzwingbarkeit berühren nicht das Wesen der Norm, [...] sie können darum auch nicht das Unterscheidungsmerkmal der Rechtsnorm gegenüber anderen Normkomplexen sein.“<sup>506</sup> Treibt man die Parallele noch ein Stück weiter, so sind sich Cohen und Schmitt auch in einem nächsten Schritt einig: „Die richtige Stelle, an die der Zwang und die Wirkung gehört, ist der Staat [...]“<sup>507</sup> Auch hier besteht keine Differenz zwischen Schmitt und Cohen, sah Cohen doch im Staat die einzige Grundlage zur Zwangsanwendung. Für Cohen ist der Zwang nur

503 Baumotte (1975), S. 33–34.

504 Cohen (2002), S. 177.

505 Schmitt (1914), S. 70–71.

506 Schmitt (1914), S. 59.

507 Schmitt (1914), S. 71.

als solcher zulässig, um aus dem Naturzustand herauszutreten,<sup>508</sup> „Recht und Staat werden so aus der Sphäre der Natur herausgehoben [...]“<sup>509</sup> Bei Schmitt handelt es sich jedoch um eine Verbindung, welche der Staat zwischen dem Recht und der empirischen Welt herstellt,<sup>510</sup> d. h. permanent herzustellen gezwungen ist. Das sieht Cohen anders. Er schließt sich Kants Beschreibung des Staates als „heilig“ an. Das hat zweierlei Implikationen. Einerseits ist der bestehende Staat damit immer schon Teilhaber an der Idee des Staates.<sup>511</sup> Hierin liegt der Grund für ein Primat der Reform vor der Revolution.<sup>512</sup> Die zweite Folge besteht in einem Fortschrittsglauben, der „das Problem der Geschichte genau am Schwerpunkt der Ethik, am *homo noumenon*“ aufhängt.<sup>513</sup> Dass die Selbstnötigung zum Verlassen des Naturzustandes nicht nur für die Individuen, sondern auch für die verschiedenen Staaten gelten soll, auch um den Preis des Krieges,<sup>514</sup> ist wenig überraschend. Den eminent politischen Kern dieser Botschaft hat Carl Schmitt früh gesehen. Wie immer ist Carl Schmitt jedenfalls in der Analyse auf Seiten der Revolutionäre zu finden, indem er den von Cohen angestrebten Völkerbund gegen seine eigene universalistische Grundlage wendet:

„Universalität müßte aber völlige Entpolitisierung und damit vor allem zunächst einmal mindestens konsequente *Staatenlosigkeit* bedeuten.“<sup>515</sup>

Der Cohen'sche Staatsbegriff ist damit als das begriffen was er ist, nämlich eine völlig apolitische Ableitung aus einem ethischen Handlungsbegriff. Das ist nicht als messianische Spekulation zu verharmlösen, die es irgendwann einmal zu verwirklichen gelte. Cohen sieht im Staat (und darin ist gleichzeitig der Wesenskern jeder Sozialdemokratie ausgesprochen) den Inbegriff der Vermittlung der Interessen nach innen wie nach außen. Die Katastrophe des ersten Weltkrieges und die Versuche, deren Bewältigung im Völkerbund noch in den Beginn des ewigen Friedens umzudeuten, ist bloß das

---

508 Cohen (2001), S. 454.

509 Cohen (2002), S. 283–284.

510 Schmitt (1914), S. 75.

511 Cohen (2001), S. 429.

512 Darauf beruht Cohens Position im Revisionismusstreit, die er zugunsten Bernsteins einnahm.

513 Cohen (2001), S. 556.

514 Cohen (2001), S. 454.

515 Schmitt (2015a), S. 52 [Hervorhebung im Original].

Resultat dieser Einstellung und deshalb hier nicht vordringlich von Interesse. Die theoretischen Schwierigkeiten *enden* dort, sie nehmen ihren Ausgang aber in der Konzeption und stellen keine Aberration dar. Der Grund liegt darin, dass es Cohen nicht gelingt, die kantische Trennung der sittlichen Welt anders aufzuheben als im Staat. Wirft Cohen der materialistischen Kritik vor, den Menschen nur ökonomisch zu betrachten, wodurch dieser als ethisches Individuum aus dem Blick gerate, so wird Cohens Gedankengang gerade durch seinen Rationalismus selbst unterlaufen. Es ist bezeichnend, dass die Kritik der Linkshegelianer an der Vermittlungsunfähigkeit der Antagonismen moderner Gesellschaften bei Cohen keine Rolle spielt. Auch hier greift Cohen politisch hergestellte Zustände relativer Befriedung auf und macht diese zur nicht mehr hintergehbaren Grundlage seines Denkens. Wer aber vom Politischen nicht reden möchte, der sollte vom Staat schweigen.

### „rechtsinterpretierende“ Gewalt

#### Einführung

Nach dieser Diskussion einer grundsätzlichen (Un-)Zulässigkeit des Zwangs als Mittel des Rechts werde ich kurz eine Ausgestaltung der rechtlichen Gewalt in den Blick nehmen, die Loick im Anschluss an Benjamin entwickelt. Benjamin scheidet, wie bereits erwähnt, die Gewalt in eine „rechtssetzende“ und eine „rechtserhaltende“. Loick fügt diesen beiden Gewalten unter anderen die „rechtsinterpretierende“ Gewalt hinzu. Diese wird von Loick unter Rückgriff auf *Cover* und *Derrida* insofern als eine gesonderte Gewalt bestimmt, als im Recht nicht nur der soeben herausgearbeitete Zusammenhang zwischen Recht und Gewalt an sich besteht, sondern neben diesem grundsätzlichen Rechtszwang auch die Interpretation des Gesetzes selbst eine Gewalt darstellt. Der Gewalt der Anwendung geht eine Gewalt in der *Entscheidung* voraus.<sup>516</sup> Gleichzeitig bilden die nun folgenden Ausführungen den Übergang zur Darstellung der „rechtsinterpretierenden Gewalt“ bei Sonja Buckel, welche bei dieser unter dem Begriff Rechtsform II firmiert und die ich im Anschluss besprechen werde.

516 Loick (2012), S. 232–245.

Loick beruft sich also zentral auf Benjamins Distinktion der Gewalt. Die Gewalt geht bei Benjamin grundsätzlich nicht in der rechtssetzenden oder der rechtserhaltenden Gewalt auf. Die Gewalt interessiert Benjamin, insofern sie in sittliche Verhältnisse eingreift, die wiederum vage durch die Begriffe Rechts und Gerechtigkeit bestimmt sind.<sup>517</sup> Gewalt, welche in sittliche Verhältnisse eingreift, ist daher Gewalt „im prägnanten Sinne des Wortes“.<sup>518</sup> Diese Gewalt im prägnanten Sinne erfährt eine weitere Distinktion, und diese lautet: „Alle Gewalt ist als Mittel entweder rechtssetzend oder rechtserhaltend.“<sup>519</sup> Gewalt also, die in sittliche Verhältnisse eingreift und zudem als Mittel verwendet wird – es handelt sich hierbei um eine zentrale Einschränkung Benjamins –, ist der Gegenstand seiner Studie. Es gibt jenseits dieser beiden Ausprägungen der Gewalt zahlreiche andere Formen der Gewalt, die Benjamin zunächst gar nicht einzuführen genötigt ist. Diese fehlende Notwendigkeit, mögliche weitere Gewalten einzuführen, beruht darauf, dass jede Gewalt, die weder „rechtssetzend“ noch „rechtserhaltend“ sein möchte, auf jede Geltung offenbar verzichtet und damit nicht in das Problem des Rechts „verstrickt“ ist.<sup>520</sup> Gewalten, die den Anspruch auf Geltung gar nicht erst erheben, interessieren Benjamin nicht. Wie kann dieser abschließenden Alternative Benjamins, Gewalt sei entweder rechtsetzend, rechtserhaltend oder aber ohne Geltung und damit zunächst irrelevant, nun noch eine weitere Distinktion hinzugefügt werden? Loick entfaltet seine Erweiterung der Benjamin'schen Begrifflichkeiten in zwei Schritten. Erstens sei die Interpretation selbst gewaltvoll und zwar im einschlägigen, d. h. Benjamin'schen, Sinne. Zweitens gehe sie in der Dichotomie Benjamins nicht auf.

## Interpretation als Gewalt

Nach dem bereits Gesagten mag es vielleicht verwundern, dass Loick die interpretatorische Tätigkeit in einen Zusammenhang mit der Gewalt setzt, beruft er sich doch ansonsten häufig auf die Inter-

---

517 Benjamin (1965b), S. 29.

518 Benjamin (1965b), S. 29.

519 Benjamin (1965b), S. 45.

520 Benjamin (1965b), S. 45.

pretation als mögliche Lösung von Konflikten. Dies geschieht beispielsweise, wenn die nun eingeführte „rechtsinterpretierende“ Gewalt dadurch überwunden werden soll, dass eine Interpretation der Gesetze durch die Streitbeteiligten stattfinden soll<sup>521</sup> oder, wie Loick dies im Rahmen seiner Emphase der jüdischen Auslegungspraxis hervorhebt, ein interpretativer Pluralismus<sup>522</sup> die Gewaltförmigkeit des Rechts brechen soll. Kann auf dieser Grundlage die Gewalt in der Interpretation selbst zu suchen sein, wenn diese gleichsam zur Lösung des Zwangsproblems in Anschlag gebracht wird?

Die Interpretation eines Gesetzes, einer Norm oder eines Vertrages ist zunächst einmal keine Gewalt, sondern eine argumentative und damit geistige Auseinandersetzung und kein unmittelbarer Eingriff in die sittliche Sphäre. Soweit dürfte über diesen Punkt Einigkeit bestehen.<sup>523</sup> Aber warum soll dieses Urteilen selbst schon Gewalt darstellen? Dass die Gewalt (oder der rechtlich verfasste Zwang, je nach Belieben) auf das Urteil folgt, ist nach dem Gesagten natürlich zugestanden. Das Recht setzt sich gegen sein Anderes gewalttätig durch. Loick geht es aber darum zu zeigen, dass die (richterliche) Interpretation schon Gewalt darstellt. Zunächst muss er zwar einräumen: „Eine Interpretation ist nicht an sich Gewalt“,<sup>524</sup> jedoch nur um dann in Fortführung des Gedankens die Begründung für die Gewalttätigkeit der Interpretation nachzuliefern: „aber sobald sie Gewalt initiiert, wird sie selbst zu einer eigenen Gewalt, zu einer Zusatzgewalt gewissermaßen“.<sup>525</sup>

In diesem „gewissermaßen“ liegt nun der für Loick entscheidende Punkt. Die intellektuelle Begründung und damit Legitimierung einer nach dem Urteil erst folgenden Gewalt ist von dieser verschieden. Das gibt Loick zu. Die Initiierung ist von der Ausführung verschieden. Deshalb ist die Interpretation nur „gewissermaßen“ Gewalt, im Sinne einer „Zusatzgewalt“. Loick definiert diese Zusatzgewalt weiter, „deren Gewaltförmigkeit darin besteht, dass die Rechtfertigung der von ihr initiierten Gewalt eine irreduzible Willkürdi-

521 Loick (2012), S. 321.

522 Loick (2017), S. 320.

523 Damit ist das Problem einer epistemischen Ungerechtigkeit nur ausgeklammert.

524 Loick (2012), S. 236.

525 Loick (2012), S. 236–237.

mension beinhaltet.<sup>526</sup> Das ist nun genau der Punkt, auf dem die Begründung der Setzung als Gewalt fußt. Jede Interpretation trägt für Loick eine Willkür in sich und diese Überwindung der Willkür ist selbst Gewalt, weil sie sich der „Rechtfertigungsansprüche ihrer Opfer asymmetrisch verweigert.“<sup>527</sup> Wie kann nun also die Gewalt in die Interpretation geraten? Bei Loick ist dies weniger eine Frage der Interpretation als Tätigkeit, sondern eine Frage der Position oder aber der Frage, *wer* hier eigentlich interpretiert und damit im Ergebnis entscheidet. Denn der Begriff Willkür ist offensichtlich nur in Anwendung auf eine beschränkte Subjektposition zu denken, welche berechnete Ansprüche, Argumentationen oder Sichtweisen nicht in die Entscheidungsfindung einbezieht. Paradigmatisch sieht Loick diese Willkür dann auch in der Figur des Richters verkörpert.

Diese Frage bezüglich der rechtsinterpretierenden Gewalt führt Loick nun unter Rückgriff auf *Robert Cover* ein und importiert damit einen Konflikt in seine Argumentation, der dort nicht angelegt sein müsste. Robert Cover ist als Amerikaner in einer Rechtstradition sozialisiert, welche tief im Rechtsrealismus verankert ist. Wenn Loick also, Cover aufgreifend, die Richterin ins Zentrum seiner Überlegungen stellt, dann ist dies nur vor dem Hintergrund zu sehen, dass das Recht dort wesentlich als das verstanden wird, was richterlich festgestellt wurde. Recht ist, was als Recht gesprochen wurde. Die Macht der Richter im *common law* ist in der Tat beachtlich (wird dort aber teilweise durch die Wahl der Richter selbst wieder demokratisiert).

Die Ansicht, Recht sei, was als Recht gesprochen werde, ergibt sich selbstredend aus der Fixierung des *common law* auf die richterliche Urteilspraxis. Noch jenseits dieser scheinbaren Erklärung stellt es eine Verkürzung dar, welche sich in der Argumentation Loicks bemerkbar macht.<sup>528</sup> Wenigstens für das kontinentaleuropäische Recht müsste daher die Frage beantwortet werden, ob beispielsweise schon die übliche Kommentierung eines Gesetzes durch die (überwiegend nicht richterlich eingebundene) Wissenschaft ebenfalls schon Gewalt darstellt. Kann dieser Nachweis nicht geführt werden, dann

---

526 Loick (2012), S. 237.

527 Loick (2012), S. 237.

528 Loick bleibt diese Trivialität des Rechtsrealismus dann auch nicht verborgen, vgl. Loick (2012), S. 234.

müsste Loick die Prozesse des richterlichen Urteilens unter der „richterlichen Gewalt“ besprechen. Dass dem Richter oder der Richterin ein hohes Maß an Entscheidungskompetenz zukommt, ist an dieser Stelle unbestritten. Aber selbst bei Zugrundelegung einer starken Position des Richters bleiben die Schlüsse, welche Loick zieht, schwer nachvollziehbar, wie auch seine Darstellung der Rechtsfindung. Für Loick warten die Parteien eines Prozesses auf das Urteil „wie auf einen Orakelspruch.“<sup>529</sup> Dass die Ungewissheit im Hinblick auf den Ausgang des Verfahrens nicht in der bloßen Willkür der Richterin zu suchen ist, sondern in der Tatsache, dass das Urteil gerade die Bewertung eines Einzelfalles darstellt und damit das Ergebnis der Anwendung des Gesetzes nicht schon *per se* feststeht, kommt Loick nicht in den Sinn.<sup>530</sup> Man könnte also andersherum sagen: Soll es sich um ein Urteil handeln, dann muss dies notwendigerweise das Moment der Unbestimmtheit in sich tragen. Oder anders gesprochen: Der Begriff Urteil macht ohne den Begriff Freiheit wenig Sinn. Dass diese Ungewissheit im Nachhinein durch die Darlegung der Gründe aufgewogen wird, führt damit nur in zeitlicher Hinsicht zu einem Auseinanderfallen von Urteil und Offenheit. Zu einem Orakelspruch wird eine Aussage erst dann, wenn die Gründe für den Ausspruch überhaupt nicht angegeben werden.<sup>531</sup> Der Vorstellung, es gebe gar keine Möglichkeit, zu einer Entscheidung in rechtlichen Fragen zu kommen, rührt bei Loick aus der Aufnahme eines Gedankens her, den er folgendermaßen reformuliert:

„Für jede fundierte juristische Meinung gibt es ein ebenso legitimes Gegenargument, eines der beiden gleichermaßen begründeten Argumente wird folglich durch die Dezision abgeschnitten und ausgeschlossen.“<sup>532</sup>

Diese Vorstellung hat mit der juristischen Entscheidungsfindung wenig zu tun. Das Feld des Juristischen zeichnet sich sicherlich

529 Loick (2012), S. 237.

530 So leitet schon Kant diese Unsicherheit aus dem Recht selbst ab, vgl. Wieland (1998), S. 15.

531 Eine Kritik an dem Auseinanderfallen von Urteilen und Urteil, als das „Dunkle des Urteilens“ übt, in einer kürzlich erschienenen Studie: Müller-Mall (2023), 92–96, hier 96. Auch Müller-Mall glaubt, sich dem Recht ab ehesten über das richterliche Urteilen nähern zu können. Ich werde im Verlauf dieser Arbeit darlegen, weshalb dadurch der Rechtsbegriff verfehlt wird.

532 Loick (2012), S. 236.

besonders durch die Argumentation aus. Dass jedem Argument stets ein gleich valides Argument gegenüberstünde und diese aporetische Situation durch die blanke Willkür der Richterin überwunden würde, ist eine vereinseitigende Zuspitzung dezisionistischen Zungenschlags. Wäre dem so, dann könnte man die Rechtsfindung wirklich einem Orakel überlassen. Hier macht sich der Rechtsnihilismus Benjamins bemerkbar, der immer von einer „letzlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“<sup>533</sup> überzeugt war.

Dabei ist unbestritten, dass viele juristische Argumente auf Grundannahmen meist dogmatischer (im juristischen Sinne), aber auch teils philosophischer oder anthropologischer Natur beruhen, die nicht selten ihrerseits unhinterfragt bleiben. Dabei handelt es sich jedoch um einen Mangel in der Explikation von Grundannahmen, welcher der juristischen Argumentation zunächst äußerlich bleibt. Er kann durch kritische Fragen jedenfalls evoziert werden. Selten gibt Rechtswissenschaft und -Praxis diese Zufälligkeit in der Entscheidung zu und bietet von sich aus das Los an.<sup>534</sup> Das darf aber nicht darüber hinwegtäuschen, dass eine durchgehende Gleichwertigkeit der Argumente, wie Loick sie hier behauptet, nicht besteht. Am ehesten träfe dieses Problem auf die Frage der Strafzumessung zu. Der Grund für diese Aporie der Zumessung ist aber die bewusste Abkehr vom Talionsprinzip, das mit diesen Fragen der Übersetzung einer qualitativ und quantitativ bestimmbar Verletzung in eine ebenso bestimmbar Geld- oder Freiheitsstrafe nicht belastet war. Diese Übersetzung firmiert bei Hegel zu Recht unter dem Begriff Wert, der als das „innere Gleiche von Sachen, die in ihrer Existenz spezifisch ganz verschieden sind“, diese Gleichheit im „Felde der Endlichkeit“ gewährleisten soll. Bleibt man aber nach Hegel bei der Forderung der spezifischen Gleichheit stehen, muss die „Strafe eine nur willkürliche Verbindung eines Übels mit einer unerlaubten Handlung“ sein.<sup>535</sup> Ob dieses Sich-Einlassen auf die Endlichkeit immer schon einen Gewaltakt beinhaltet, kann ich nur unter der Prämisse nachvollziehen, dass jede Berührung einer abstrakten Idee mit einem konkreten Phänomen zur beklagenswerten Eintrübung der Idee führt. Dieser Dichotomie kann ich nicht folgen und werde

---

533 Benjamin (1965b), S. 54.

534 Helbig/Hoff (2024).

535 Hegel (1986b), § 101.

mich dazu im Hinblick auf den subjektiven Willen als schlechte Unendlichkeit bei Hegel im Schlusskapitel noch einmal verhalten.

Loick benötigt diese Zuspitzung auf die Gleichheit der Argumente und die Willkürlichkeit des Urteils jedoch, um das Recht und seine Entscheidungspraxis als Dezision zu formulieren. Wenn für Loick die juristische Entscheidung immer durch den Schatten der Dezision verdunkelt ist, dann bleibt doch zu fragen, wie diesem Mangel abgeholfen werden kann. Oder anders formuliert: Wenn der Mangel in der Entscheidungssituation selbst liegt, dann macht es schlechterdings keinen Unterschied mehr, ob eine Richterin über die Sache befindet oder ob die beiden Streitparteien sich an einer „direkten Einigung“ versuchen.<sup>536</sup> Auch in diesem Falle müssten sich doch zwei gleich gut begründete Argumente entgegenstehen, welche wiederum die Entscheidung über die Streitfrage, in der sie angeführt wurden, blockieren. Ob die Richterin die Dezision vornimmt oder ob eine der beiden Parteien (gleichwertige Argumente unterstellt) aus externen Gründen „nachgibt“, kann nicht ausschlaggebend für das Problem der Rechtsinterpretation sein. Entweder sind rechtliche Entscheidungen *per se* unmöglich. Dann ist es völlig gleichgültig für den Ausgang des Verfahrens, wer diese trifft. Oder aber die juristische Entscheidung ist nicht schon an sich unentscheidbar. Dann kommt es darauf an, wie diese Entscheidung herbeigeführt wird. Ich komme auf diesen Punkt sogleich in der Auseinandersetzung mit Sonja Buckels Kritik an der *Rechtsform* zu sprechen.

### Jenseits der Dichotomie

Loick beharrt aber darauf, es handele sich bei dieser Entscheidungssituation um eine Form der Gewalt. Nun steht er vor der Aufgabe, diese Gewalt im Rahmen der von Benjamin aufgemachten Dichotomie unterzubringen. Das naheliegende Argument, es handele sich bei einem Urteil um Rechtserhaltung, wie es beispielsweise die Hegel'sche Straftheorie nahelegt, da dort das Recht, kurz gesprochen, negierend wiederhergestellt wird, greift Loick nicht auf. Vielmehr handele es sich weder um eine Rechtsetzung, noch um eine Rechtserhaltung. Recht werde in der Rechtsinterpretation nicht gesetzt,

<sup>536</sup> Loick (2012), S. 321.

da die Legitimität des Urteils nicht aus dem Recht stamme. Aber es wird auch nicht bloß erhalten, da die Interpretation rechtserweiternd sei.

Hier melden sich wieder die Mängel der vom *common law* beeinflussten Analyse. Es kann dahinstehen, ob Loick der Nachweis gelingt, es handele sich um eine spezielle Form der Gewalt oder nicht. Es mutet jedenfalls fragwürdig an, so sehr auf die Willkür abzuheben und dann nicht den Zug zu machen, dass es sich um originäre Rechtssetzung handelt, zumal das Richterrecht im anglo-amerikanischen Rechtsraum ohnehin als Rechtsquelle anerkannt ist. In der Tat liegt in solchen Fällen mehr vor, denn eine bloße Interpretation. Darin liegt aber kein Jenseits des Rechts, sondern das Recht ist darauf angelegt, sich so selbst zu erweitern.<sup>537</sup> Loicks Punkt bleibt trotz dieser Umstände deutlich. Das Recht in seiner vorliegenden Form ist gewalttätig, weil das Momentum der Entscheidung durch den unklaren Prozess der Rechtsfindung verschleiert ist und sich als bloße Interpretation des Gesetzes tarnt. Dieser Punkt ist es, von dem nun unsere Betrachtung der *Rechtsform* Sonja Buckels ihren Ausgang nimmt.

#### 4. Kohäsion und Rechtsform (Buckel)

##### *Divide et impera: Kohäsion als Gewalt*

Ich schließe das Kapitel zum Problem rechtlicher Gewalt mit Überlegungen zu Sonja Buckel. Schon der Titel ihrer Schrift *Subjektivierung und Kohäsion* erläutert die, aus ihrer Sicht, beiden Funktionen des Rechts. Unter *Subjektivierung* versteht Buckel die „Herstellung gegeneinander vereinzelter Subjekte“, unter *Kohäsion* die Verknüpfung dieser Subjekte „zu einem prekären gesellschaftlichen Ganzen“.<sup>538</sup> In diesem *divide* (Subjektivierung) *et impera* (Kohäsion) der Rechtsform liegt für Buckel der zentrale Punkt ihrer Kritik. Bevor ich im nächsten Kapitel die Subjektivierung in den Blick nehme, ist zunächst der Begriff Kohäsion relevant für die Frage nach der Gewalt. Dass die Herstellung eines *prekären* Ganzen aus Buckels Sicht,

---

537 Müller-Mall hat dieser Expansionstendenz des Rechts ein eigenes Buch gewidmet: Müller-Mall (2023).

538 Buckel (2015), S. 215.

um es vorsichtig zu formulieren, nicht ganz friedlich vorstattengehen kann, ist schon in der Formulierung der Problemlage ersichtlich und deshalb für dieses Kapitel zum Verhältnis von Recht und Gewalt von einiger Bedeutung. Wenn nämlich das Ganze per se ein zum Scheitern verurteiltes Projekt ist, dann kann seine gleichzeitig immer zu besorgende Herstellung und Erhaltung nicht minder heikel ausfallen. Die erforderliche Kohärenz des nun insgesamt als prekär bezeichneten Ganzen der gegenwärtigen Gesellschaft wird nämlich laut Buckel im Wege der Hegemonie hergestellt. Was erlaubt es aber, den Begriff Kohärenz im Rahmen eines Kapitels zur rechtlichen Gewalt zu besprechen?

Dass das Recht grundsätzlich über die staatlichen Gewalten immer auch „gepanzert mit Zwang“<sup>539</sup> agiert, wird von Buckel nicht bestritten und an verschiedensten Stellen vorausgesetzt.<sup>540</sup> Gleichzeitig ist für Buckel klar, dass diese Gewalt bar jeder Legitimation ist:

„Die Asymmetrien, also die Entgegensetzung von einem ‚Volk‘ von Nicht-Funktionären zum staatlichen Gewaltmonopol, müssen aber die Ausgangsbasis radikaldemokratischer Überlegungen bilden [...]“<sup>541</sup>

Ich habe im Rahmen der Auseinandersetzung mit Daniel Loicks Kritik am (kantischen) Rechtszwang und der Erweiterung der Rechtsgewalten Benjamins in nicht zuletzt die „rechtsinterpretierende“ Gewalt festgestellt, dass die Form der Gewalt auf verschiedenen Ebenen der kritischen Reflexion verortet werden kann: als Frage der grundsätzlichen Zwangsanwendung (Cohen) oder als *Gewalt jenseits des unmittelbaren Zwangs*. Buckel verfolgt mit ihrem hegemonietheoretischen Modell grundsätzlich einen Ansatz, der sich jenseits der Modelle „juridischer“ Herrschaft verortet und sich als Nachvollzug der Foucault'schen Abkehr von der rein appellativen Herrschaft des Staates gegen den Einzelnen, beschreiben lässt: Die

„Regierung betont dabei die moderne Verhaltensführung der Subjekte in ihrem alltäglichen Leben, während Hegemonie die Kämpfe um Zustimmung zu dieser Führung in den Blick nimmt“<sup>542</sup>

539 Buckel (2015), S. 256.

540 Buckel (2015), S. 57, 70, 80, 83 u. 113–114.

541 Buckel (2015), S. 70.

542 Buckel (2015), S. 222.

Auf diesem Wege erspart sich Buckel daher auch die Diskussion, ob Gewalt – oder Zwang – in irgendeiner Form zulässig sind. Schon die staatlich organisierte Gewalt ist es für Buckel offenbar nicht ohne Weiteres. Ist diese Hürde genommen (bei Buckel stellt dies keine Hürde dar), dann kann sich der Gewalt gewidmet werden, welche sich in der hegemonialen Technik des Rechts durchsetzt.

Denn mit der Absage an die Zentralstellung „juridischer Macht“ im Sinne reiner Staatsgewalt ist nicht das Ende der Herrschaft erreicht, sondern es werden andere Formen der Verhaltenslenkung relevant, die jenseits der klassisch-horizontal organisierten Staatsgewalt operieren. Dies lenkt den Blick auf das Recht. Ich erwähne vorab den zentralen Einwand Buckels gegen die *Rechtsform*. Beim Recht handelt es sich um eine Technologie zur Herstellung einer immer schon in sich brüchigen, unzulänglichen und damit insgesamt falschen Totalität menschlicher Sozialität, welche in der Art ihres Vollzuges dem Alltagserleben der einzelnen Menschen entzogen ist. Diesen Entzug diskutiert Buckel entlang dem Begriff Verdinglichung. Damit nimmt Buckel weniger die Zwangsbewährung des Rechts in den Blick, als vielmehr das Recht als Sozialtechnik zur Herstellung von Kohärenz oder, um es mit Adorno zu sagen, zur Herstellung des Ganzen, welches immer schon das Falsche ist.<sup>543</sup> Die Rekonstruktion des Rechts als soziale Technik ist Gegenstand dieses abschließenden Abschnitts zum Verhältnis von Recht und Gewalt in der zeitgenössischen Rechtskritik.

Wie wird das Recht als Kohäsionstechnik ins Werk gesetzt? In einer Welt voller absichtsvoll voneinander geschiedener Monaden bedarf es einer Verbindung der Einzelnen zu einem Ganzen. Soweit so grundlegend die Überlegung Sonja Buckels. Es wurde in dem Kapitel zur rechtlichen Form schon herausgearbeitet, dass Buckel mehrere Möglichkeiten nennt, diese Verbindung zwischen den einzelnen Individuen herzustellen. Dabei geht sie davon aus, Marx habe in seiner Analyse des Kapitals *lediglich* die ökonomische Seite dieser Verbindung der Einzelnen untersucht. Buckel akzeptiert die Marx'sche Analyse einer wertvermittelten Verbindung der Einzelnen zu einem Ganzen und nennt dies explizit mit Marx „Wert“.<sup>544</sup> Ihr ging es in ihrer Analyse der Marx'schen Kategorien allerdings darum nachzu-

---

543 Adorno (1951), S. 80.

544 Buckel (2015), S. 229.

weisen, dass es neben dem „Wert“ noch weitere Möglichkeiten geben soll, Kohärenz zu stiften. Mit dem Recht soll nun eine solche Verbindungsmöglichkeit gegeben sein. Zwei Kategorien leiht sich Buckel bei Marx, um die Wirkungsweise dieser Verbindung zu beschreiben: Verdinglichung und Verselbstständigung. Im Folgenden greife ich diese Begrifflichkeiten auf, um sie dann aber zugunsten der Begriffe von Poiesis und Praxis zu verabschieden. Diese Termini beschreiben das von Buckel intendierte Problem deutlich treffender und sind gleichzeitig nicht mit den Hintergrundannahmen Marx' beschwert, die Buckel im Rahmen ihrer Theorie nicht einlösen kann (und auch nicht einlösen muss).

### *Verdinglichung*

Die Verdinglichung ist im Kontext marxistischer Theoriebildung wörtlicher zu nehmen, als man gemeinhin vielleicht anzunehmen geneigt ist. Bei Marx findet sich die entsprechende Überlegung im Fetischkapitel. In den hergestellten Waren findet sich keine Spur mehr davon, dass diese nur aufgrund der gesellschaftlichen Teilung der Arbeit hergestellt wurden.<sup>545</sup> Teilung ist hier aber dann gerade nicht – und das allein ist Marx' Punkt – im Sinne eines „freien, gleichen, brüderlichen“ Teilens zu verstehen, d. h. einer sinnvollen Aufteilung zwecks gemeinsamer Aneignung im Anschluss an die gemeinsame Herstellung. Das Verschwinden gerade dieses Moments hinter den Sachen, ist es, was Marx im Fetischkapitel beschreibt. Georg Lukacs, dem Verdinglichungstheoretiker *avant la lettre*, wäre die Vorstellung äußerst fremd gewesen, es gäbe mehrere gleichberechtigte „Kohärenztechniken“. So beklagt er „[d]iese Ablösung der Phänomene der Verdinglichung vom ökonomischen Grund ihrer Existenz“.<sup>546</sup> Wie dem auch sei, bei Buckel wird die Marx'sche Theorie um eine juristisch-politische Komponente ergänzt, d. h. die Verdinglichung im Ökonomischen wird ergänzt um eine Verdinglichung im Juristischen. Diese Verdinglichung, die Buckel im Juristischen einführt, ergibt sich nur auf dem Wege über den Vergleich zum Fetisch im Sinne von Marx'. Verdinglichung bedeutet bei Buckel, dass ein soziales Verhältnis als solches nicht erkannt wird:

545 Marx (2018), S. 87.

546 Lukacs (1975), S. 187.

„Soziale Formen erfordern daher eine Fetischtheorie: Sie sind nichts anderes als geronnene menschliche Verhältnisse, verdecken dies jedoch zugleich.“<sup>547</sup>

Dass man einer Ware ihre gesellschaftliche Vermittlung nicht unmittelbar ansieht, ist einleuchtend. Eine kunstfertig hergestellte Tischleuchte lässt den Betrachter zunächst nicht darüber nachdenken, dass dieser Gegenstand nur deshalb hergestellt werden konnte, weil wir in einer Gesellschaft voneinander separierter Privatarbeiten leben und dass die verschiedenen Komponenten einer Ware vor dem Hintergrund globaler Produktionsketten mehrere Tausende Kilometer auf Frachtschiffen zurückgelegt haben mögen. Die Betrachterin der Lampe wird deshalb die darin ausgesprochene gesellschaftliche Komponente nicht zwangsläufig reflektieren. Jeder Gegenstand der Warenwelt verheimlicht also etwas, nämlich das gesellschaftliche Verhältnis der Individuen zueinander. Die Lampe ist als Resultat in Form der Ware stets verschieden vom Prozess ihrer Hervorbringung. Diese Bemerkungen zum Fetisch habe ich kurz eingefügt, um gleich aufzuzeigen, an welchen fortgesetzten Schwierigkeiten die analogisierende Übertragung der Kategorien des *Kapitals* auf den Bereich des Rechts leidet. Die Marx'sche Form der Verdinglichung findet also laut Buckel mutatis mutandis auch im Recht stattfinden.

Wie nun aber ein rechtliches Verhältnis verheimlichen soll, dass es sich bei diesem um ein geronnenes menschliches Verhältnis handelt, bleibt auf den ersten Blick unverständlich. Man kann das menschliche Verhältnis, welches sich im Recht ausspricht, für verfehlt oder ungerecht halten, es sogar ablehnen. Aber die Erkenntnis, dass es sich bei einem Richterspruch um ein zwischenmenschliches Verhältnis handelt, dürfte nur den Wenigsten entgehen. Wir müssen die Frage daher erneut stellen, um den Bedeutungsgehalt einer Verdinglichung rechtlicher Verhältnisse entschlüsseln zu können.

Was ist für Buckel genau unter der Verdinglichung im Bereich des Rechts zu verstehen? Es ist eine durchaus überraschende Pointe in Buckels Studie, dass sie nicht wenig Zeit und Mühe darauf verwendet, die gesamte marxistische Rechtstheorie seit Paschukanis aufzuarbeiten, nur, um dann bei der Frage der Verdinglichung (dem marxistischen Begriff schlechthin) auf die Systemtheorie zurückzu-

---

547 Buckel (2015), S. 234.

greifen, welche eine „zwar affirmative, aber durchaus angemessene Beschreibung der Verdinglichung sozialer Verhältnisse ist“, welche „hier als immanente Beschreibung hilfreich sein“ kann „für die Darstellung der *konkreten Mechanismen* der eigenen Dichte des Rechts.“<sup>548</sup> Wirklich konkreter wird es nur an wenigen Stellen, Buckel deutet jedoch an, wie ihre Verdinglichung zu verstehen ist:

„Über formalisierte Prozeduren und abstrahierende Normen wird Gesellschaft nachträglich in die sozialen Beziehungen hereingeholt, werden die divergenten Einzelnen zu einem sozialen Gewebe verknüpft.“<sup>549</sup>

Besondere Verdinglichung erfährt der Einzelne aber erst im juristischen Verfahren, welches wir schon im Kapitel zur Rechtsform als das Zentrum des Buckel'schen Denkens herausgearbeitet haben:

„Recht erlangt eine materielle Existenzweise (Maihofer) in der Rechtsform II, in den juristischen Verfahren. Dort können nur bestimmte juristische Argumente von einem Korpus spezialisierter Juristen vorgebracht werden. [...] Die Gerichtsprozesse, die Gesetzgebungs- oder Verwaltungsverfahren überlassen das Recht nicht den Alltagshandlungen der Subjekte, codieren diese Praxen juristisch. Sie interpretieren nach bestimmten Regeln die soziale Wirklichkeit als rechtliche, als Rechtskommunikation im Sinne Luhmanns. Die einzelnen AkteurInnen sind nicht mehr in der Lage, auf ihre eigenen Verhältnisse zuzugreifen, wenn sie erst einmal in diese Verfahren Eingang gefunden haben.“<sup>550</sup>

Um die nicht leicht durchzuhaltende Analogie zur Marx'schen Verdinglichung aufrechtzuerhalten, muss diesem Aufgreifen der Lebenssachverhalte durch die juristische Fachwelt gleichzeitig ein Moment innewohnen, welches diese *juristische Übernahme* selbst wieder unsichtbar macht. Es muss daher, bleiben wir im Bild, den Einzelnen entgehen, dass es sich bei der „juristischen Codierung“ um einen sozialen Vorgang handelt, der, so lesen wir Buckel emphatisch, *nicht notwendig* in dem Sinne ist, dass das soziale Zusammenleben der Menschen nicht (in dieser Form) juristisch geregelt werden müsste. Der Anschein, das Leben und ‚das Recht‘ seien gleichsam eins, mag bestehen. Verdinglicht wäre das Recht nach Buckel,<sup>551</sup> nähme man

548 Buckel (2015), S. 245 [im Original gesperrt].

549 Buckel (2015), S. 238.

550 Buckel (2015), S. 240.

551 Bei Lukacs liegt die Verdinglichung des Rechts darin, dieses als „formales Kalkulationssystem“ zu sehen, vgl. Lukacs (1975), S. 206.

das Recht als nicht hintergehbaren Gegenstand an. Man könnte dann in Analogie zum Marx'schen Warenfetisch von einem Fetisch im Recht, einem Rechtsfetisch sprechen. Wer aber in dem Sinne über Buckels Verdinglichung nachdenkt, denkt zunächst das Geronnene, das Feste, die Nicht-Bewegung, das „sich zeitlos Darbietende“, kurz: das System. Der Fetisch ist gerade deshalb ein Fetisch, weil er sich als zeitloses Produkt eines nicht zu hintergehenden Zusammenhangs präsentiert und darin jede Frage über seine Herkunft, seinen Ursprung oder seine Genealogie abzuweisen scheint. So stellt die Verdinglichung als Vergegenständlichung einen Prozess des Verschwindens von Zeitlichkeit dar. Das Recht und seine Verfahren gelten scheinbar ewig und sind damit scheinbar der Zeit enthoben; die Unendlichkeit ist gerade keine unendlich lange Zeit, sondern ein vermeintliches Jenseits der Zeit.<sup>552</sup> Wir sprechen also von einem Rechtsfetisch, soweit das Recht vor den Rechtsunterworfenen etwas verbirgt. Die Frage bleibt, was das Recht in diesem Marx'schen Sinne verbirgt?

Bei dieser Beschreibung der rechtlichen Form möchte Buckel allerdings nicht stehenbleiben. Die Verdinglichung ist zwar ein Moment in der Analyse Buckels, sie hat aber in der „generalisierenden“ Betrachtung der Marx'schen Wertformanalyse einen zweiten Punkt ausgemacht, der für eine ihrer Meinung nach adäquate Beschreibung sozialer Formen notwendig ist, nämlich die *Verselbstständigung*.

### *Verselbstständigung und „rechtsinterpretierende Gewalt“*

Schon bei einfacher Betrachtung des Begriffes wird deutlich, dass mit der Verselbstständigung ein Moment der Bewegung zu beschreiben versucht wird, die sich von ihrem ursprünglichen Grund abgelöst hat. Was sich nicht bewegt, verselbstständigt sich auch nicht. Eine Verselbstständigung muss daher so verstanden werden, dass sich ein Moment eines Zusammenhanges absondert, sich seiner Umgebung auf irgendeine Art bemächtigt und eine Bewegung ins Werk setzt, welche sich ohne die erfolgte Selbstermächtigung nicht ergeben hätte. Die rechtliche Form ist bei Buckel nicht nur ver-

---

552 Diesen Anspruch formuliert das Recht gelegentlich tatsächlich, vgl. Art. 79 III GG.

dinglicht, sondern auch noch verselbstständigt. Verselbstständigung bedeutet Bewegung. Bewegung kann nur in der Zeit stattfinden. Wie kommt daher die Bewegung und somit die Zeit ins Spiel, wo wir doch gerade die Zeitlosigkeit der Verdinglichung so eindringlich hervorgehoben hatten? Bei Marx ist es das Kapital, welches diese Bewegung beschreibt. Man darf sich das Marx'sche Kapital als ein sich stets aktualisierendes Verhältnis vorstellen, welches die Menschen dazu bringt, die aberwitzigsten Unternehmungen anzustrengen, solange das Resultat am Ende steht: G-G'. Diese immer auf die Bewegung hin entworfene Unternehmung ist anschaulich im Begriff *investment*. Hier ist jedoch die rechtliche Form von Interesse, welche Buckel mit dem Begriff Verselbstständigung assoziiert. Was ruft diese Bewegung in der „Rechtsform“ hervor?

Wie zuvor bemerkt, ist die Bewegung immer auch eine Frage der Zeit. Auch im Recht spielt die Zeit eine nicht unwesentliche Rolle. Aus der rechtlichen Norm hingegen ergibt sich selten allein das Problem der Zeit, mögen auch einzelne Normen auf besondere Zeitpunkte Bezug nehmen, so findet sich häufig die Zeit im Recht als *Frist*. Fristen laufen ab, setzen Zeiträume für die Vor- oder Nichtvornahme von Handlungen und knüpfen an den Ablauf der Zeit bestimmte Rechtsfolgen. Zeit bedeutet im Recht vor allem: Konsequenzen. Aber auch ohne Frist ist das Recht der Zeit nicht enthoben. Dies hat einen einfachen Grund. Das geltende Recht drängt im Verlauf der Zeit den Rechtsanwender zu einer Entscheidung über die Einhaltung oder Einforderung einer Rechtsnorm. Aufenthaltsgenehmigungen laufen ab, Strafprozesse schreiten voran, Klagen werden erhoben und fordern, dass über sie befunden werde, Demonstrationen werden für einen bestimmten Tag angemeldet und Eilanträge eingereicht. Diese Frage der Zeit im Recht ist keineswegs trivial. Man muss kein Anhänger der These Benjamins von der „letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“<sup>553</sup> sein, um zu sehen, dass die Entscheidung ein Problem des Rechts ist, welches am Ende des juristischen Prozesses (i. w. S.) steht und sich prinzipiell nicht aus dem Recht selbst ergibt. Wie auch immer man sich zu dieser Frage der Entscheidung verhält, ob man diese eher „widerwillig“<sup>554</sup> herbei-

---

553 Benjamin (1965b), S. 54.

554 Menke (2018e), S. 104–105.

führt oder mit einer gewissen Begeisterung auf selbige schaut,<sup>555</sup> das Moment der Entscheidung gehört zum Recht dazu. Die Entscheidung ist gleichzeitig Lösung und Problem des Rechts. Dezionisten haben Recht wie Unrecht, indem sie die Situation der Entscheidung hypostasieren. Die reine Ratio muss zeitlich werden, sich aus der Transzendentalität, dem a priori oder, wie man heute sagt: dem Diskurs, in die Empirie entäußern.

Genau hier setzt Sonja Buckels Kritik am Recht ein. Sie greift nämlich ebenfalls die von Loick als „eigenständige“ Gewalt herausgearbeitete „rechtsinterpretierende“ Gewalt auf, welche sich als *Rechtsform* im gerichtlichen Prozess „verselbstständigt“ und sich damit dem Alltagshandeln der Menschen entzieht. Worin liegt konkret diese Verselbstständigung? Buckel nennt verschiedene Punkte, welche allein und in Kombination miteinander die „Verselbstständigung“ der Rechtsform ins Werk setzen. Darunter fällt die juristische Dogmatik, die Wirkung der Rechtskraft, das Justizverweigerungsverbot oder auch eine als „hegemoniale Entparadoxierung“ beschriebene politische Beeinflussung rechtlicher Entscheidung durch die Einflussnahme bestimmter Gruppen auf die rechtliche Argumentation.<sup>556</sup> Buckel wiederholt hier, was die Systemtheorie über das Recht immer schon gewusst hat. Nämlich dass es als gesellschaftliches Subsystem eine Eigengesetzlichkeit herausbildet, anhand des eigenen Codes Entscheidungen trifft, sich in selbstbezoglicher Art reproduziert und gegen andere Subsysteme erhält. Verselbstständigung ist so gefasst aber kein Marx'scher Begriff, sondern nichts anderes als die systemtheoretische *Autopoiesis*. Kann Buckel hier der Begriff der (*auto-*)*poiesis* weiterhelfen?

### *Krisenbegriffe: Poiesis und Praxis*

Ich hatte das Problem der Entscheidung aufgegriffen, welches wesentlich ein Problem der Zeit darstellt. Im Verhältnis zur Zeit steht die Entscheidung im Gegensatz zum *Spiel*. Denn von der „Zweckfreiheit oder Ziellosigkeit des Spiels hängt dessen *potentielle Unend-*

---

555 Mit einer solchen (kaum verholenen) Begeisterung im Blick auf Carl Schmitt und dessen Dezionismus: Taubes (1993), S. 91–94.

556 Buckel (2015), S. 245–250.

lichkeit ab.“<sup>557</sup> Wenn das Spiel aber grundsätzlich unendlich ist und es nur die externen Faktoren sind, welche dieses abkürzen, dann löst der Begriff Entscheidung als zeitliches Moment den Begriff Recht aus der Umklammerung durch das Spiel und stellt das Recht in einen anderen Zusammenhang, dem ebenfalls das Problem der Zeit anhaftet, nämlich die Handlung: „Das Handeln erreicht seinen gesetzten Zweck auch nur in der Konsequenz des aktiven Vollzugs, der seiner Natur nach zeitlich erstreckt ist.“<sup>558</sup> Ich greife hier deshalb den Begriff Handlung auf, um die Kategorien Buckels in einen Bereich zu überführen, in welchem ihre Überlegungen jenseits der Marx'schen Distinktionen besser entfaltet werden können. Nach dem Durchgang durch die hier vorgeschlagenen Kategorien, scheint eine Rückkehr zu Marx wenigstens *negotiable*, wenn auch nicht zwingend.

Die Unterscheidung menschlichen Verhaltens nicht nur in Theorie und Tätigkeit, sondern die Unterteilung der Tätigkeit in eine solche der *praxis* und *poiesis* wurde schon von Aristoteles getroffen. Das primäre Unterscheidungsmerkmal zwischen beiden Bereichen des menschlichen Tuns ist bekannt und firmiert unter dem Begriff Zweck. So soll die *praxis* sich gerade dadurch auszeichnen, dass ihr Zweck, wenn ein solcher überhaupt angenommen wird, sich in der Handlung, d. h. ihrem Vollzug, erschöpft. Nach Abschluss der Handlung steht, hierin liegt die Differenz zur *poiesis* als herstellendem Tun, kein geschaffenes Werk, welches von Beginn an als der Zweck der Tätigkeit im Nachhinein erkannt werden kann. „Die *Poiesis* hat daher die Vollendung nicht in sich, sondern in etwas anderem, und wenn dies erreicht ist, erweist die Handlung ihre Hinfalligkeit.“<sup>559</sup> Demgegenüber steht, jedenfalls im Rahmen der Rezeptionsgeschichte, die Handlung als „*Modalität* menschlichen Tuns [...]. Sie ist die Tätigkeit, die den anderen als autonomiefähig betrachtet und ihm zu seiner Autonomie zu verhelfen sucht.“<sup>560</sup> Nun fällt bei Aristoteles selbst das Recht ebenso unter den Begriff der Praxis wie das Sich-Ernähren.<sup>561</sup> Vor allem letzterer Begriff wird später, in der möglichen Rückkehr zu Marx, noch einmal interessant. Ich erinnere dennoch

557 Bubner (1976), S. 86 [im Original gesperrt].

558 Bubner (1976), S. 48.

559 Grassie (1994), S. 47.

560 Castoriadis (2011), S. 232.

561 Hubig (1981), S. 174.

daran, dass die Schwierigkeiten im Umgang mit dem modernen Handlungsbegriff sich vor allem daraus ergeben, dass die Handlung, d. h. die Praxis, aus dem Bereich des Guten herausgelöst wurde, wie dies die griechische Philosophie noch voraussetzte. Damit ist seit der Einführung der Legalität Schluss, auch diesen Zusammenhang werde ich gegen Ende dieser Arbeit noch einmal aufgreifen. Gänzlich unmotiviert, wie gezeigt werden soll, ist die Unterscheidung zwischen Praxis und Poiesis aber auch bei Aristoteles nicht, auch wenn dieser Umstand nicht ansatzweise im Begriff Legalität reformuliert werden kann.

Nach *Rüdiger Bubner* handelt es sich bei der Unterscheidung zwischen Praxis und Poiesis um Begriffe einer Krise und zwar einer handfesten Krise im sozialen Gefüge der griechischen Polis. So sind es die Sophisten als Sozialtechniker, welche bekanntlich schon in Platons *Gorgias* dafür angegriffen werden, dass sie Rhetorik ohne Praxisbegriff, d. h. einer Vorstellung davon, was das Gute sei, betreiben. Für Platon und Sokrates handelt es sich bei dieser Loslösung der Rhetorik aus der Umklammerung des Guten um eine Verirrung, sogar um ein zu bekämpfendes Unterfangen.<sup>562</sup> Wer lediglich Rhetorik lehrt, kann die Frage, ob es besser ist, Unrecht zu begehen oder Unrecht zu erleiden, nicht beantworten. Aus dieser Perspektive ergibt sich die Einsicht, dass bei Platon die Praxis in der sokratischen Lebensform verwirklicht ist.<sup>563</sup> Dass Sokrates tatsächlich dann das Unrecht-Erleiden gewählt hat, ist die Pointe Platons im *Gorgias* und tatsächlich als eine Anleitung zur Praxis als der Hervorbringung des Guten zu verstehen. Dass gleichzeitig bei Platon Praxis und Poiesis nicht strikt getrennt sind, legt *Kauffmann* dar.<sup>564</sup> Praxis und Poiesis sind nach ihm dadurch verbunden, dass die Praxis die Poiesis des Guten sei. „Praxis ist die Ursache für das Gute, aus dem Nichtsein in das Sein zu treten“<sup>565</sup> der Grund, weshalb bei Platon auch ungerechte Menschen keine Praxis haben.<sup>566</sup>

Dieses Moment der Ungerechtigkeit ist hier jedoch weniger von Belang als die Frage, welche Einsichten uns der Praxisbegriff im Zusammenhang mit Buckels Kritik der Rechtsform gewährt. Ich

---

562 Bubner (1976), S. 66–73.

563 Kauffmann (1993), S. 92–103.

564 Kauffmann (1993), S. 104.

565 Kauffmann (1993), S. 107.

566 Kauffmann (1993), S. 110.

erinnere daher noch einmal an Buckels Kritik am Entzug menschlicher Lebenszusammenhänge durch die rechtliche Form und die in dieser Form agierenden „Eliten“, welche selbstherrlich (ich darf Buckels Kritik sicherlich in dieser Weise paraphrasieren) über Recht verfügen, es verformen oder gleich selbst schaffen. All dies ohne demokratische Rückkoppelung an die „Basis“, d. h. das Volk. Daraus erhellt, dass es hier um keine historische Frage zu tun ist. Platons Kritik an den Sophisten im *Gorgias* nachträglich einen demokratischen Charakter geben zu wollen, wäre genauso verfehlt, wie die Vereinnahmung des *Perikles* durch US-amerikanische Historiker der 1960er Jahre, welche sich als geistige Athener im Kampf gegen die spartanischen Kommunisten wähten.

Bubner erkennt in der Wendung gegen Spezialisierungsprozesse auch keine neuzeitliche Entwicklung, die erst mit dem Aufkommen der Moderne einsetzt, sondern entwickelt unter dem soeben erläuterten Rückgriff auf Platon eine Analogie zu dessen Kritik an den Sophisten. Dabei versteht er unter der Sophistik „das Problem der Ungeklärtheit der Struktur von Praxis gerade unter Bedingungen ihrer Rationalisierung“.<sup>567</sup> Diese Ungeklärtheit praktischer Strukturen unter der Rationalisierung derselben ist ein Moment, welches jenseits des historischen Kontextes ein Problem darstellt, in welches Gesellschaften mit einem gewissen Spezialisierungsgrad hineingeraten (können). Mir scheint, Buckel sieht gerade in der Rechtsform eine Entfernung von der Praxis zugunsten einer poetischen Kohäsionstechnik. Oder noch prägnanter: Das Recht leidet an seiner Überrationalisierung.

### *Arbeit und Poiesis bei Marx*

Vollständig wird das Bild hingegen erst, wenn man die Kritik Marx', auf die sich auch Buckel bezieht, ebenfalls in den Blick nimmt. So korrigiere ich vorliegend Buckels Kategorien der Verdinglichung und Entfremdung und bespreche diese unter den soeben entfalteten Begriffen von Poiesis und Praxis im Rückgriff auf die Marx'sche Kritik. Nun spricht Marx nicht ausdrücklich über die Unterscheidung zwischen Praxis und Poiesis. Doch die Marx'sche Kritik opioniert

567 Bubner (1976), S. 117.

ebenfalls gegen die Okkupation freier Handlungsbezüge durch die zwecklos und damit sich selbst *ad absurdum* führende Bestimmung durch den Wert.<sup>568</sup> Ich werde diesen Zusammenhang zwischen der Marx'schen Kritik und Buckels Analyse daher im Folgenden kurz entfalten und prüfen, ob mit dieser Distinktion für die Analyse des Buckel'schen Ansatzes etwas gewonnen ist. Buckel denkt die rechtliche Form im Sinne Marx' als eine Verdinglichung und Verselbstständigung sozialer Systeme. Diese sozialen Systeme, zum Beispiel das Recht, sind damit dem „Alltagsverstand“<sup>569</sup> entzogen. Buckel glaubte, in der Marx'schen Kritik eine allgemeine Formulierung für dieses Phänomen gefunden zu haben, welches sich durch eine Generalisierung auch auf weitere Bereiche des Sozialen ausdehnen lässt. Ich habe die inneren Widersprüche und im Ergebnis auch das Scheitern dieses Ansatzes bereits im Formkapitel ausführlich dargestellt. Tatsächlich verhält es sich nun nicht so, dass aus Marx eine allgemeine Kritik der Verdinglichung oder „Versteinerung“ des Sozialen zu destillieren wäre, die dann als allgemeines Prinzip anzuwenden wäre. Vielmehr verhält es sich umgekehrt. Die allgemeine und kritische Distinktion, zu der die Kritik Marx' gleichsam *den besonderen Fall* darstellt, kann als Gegensatz von *Poiesis* und *Praxis* beschrieben werden. Eine nicht explizit gemachte Rezeption der Frage nach Praxis und Poiesis bei Marx ist bei *Reinhart Maurer* zu finden. Dieser schreibt:

„Marx übernimmt die bürgerliche Anthropologie samt dem zugehörigen Arbeitsethos, wenn er diese Entfaltung vornehmlich nicht als Handeln, sondern als Machen, gesellschaftliche Arbeit, und damit die menschlichen Wesenskräfte als Produktivkräfte deutet.“<sup>570</sup>

Hier liegt ebenfalls die Dichotomie zwischen Handeln als Praxis und Machen als Arbeit, d. h. Poiesis vor. Dass diese Rekonstruktion Maurers den Kern der Marx'schen Überlegungen nicht recht zu treffen mag, ist schon an einem recht abgegriffenen, aber instruktiven Zitat bei Marx zu sehen, demzufolge dieser in der *Deutschen Ideologie* die Teilung der Arbeit insofern kritisiert, dass unter kapitalistischer Produktion dem Menschen ein besonderer „Kreis der Tätigkeit [...]

---

568 Menke formuliert diesen Zug als Aufstand des Geistes ganz im hegelschen Sinne des Begriffes, vgl. Menke (2018b), S. 34, Fn. 22.

569 Buckel (2015), 33, 214.

570 Maurer (1973), S. 354. Affirmativ gewendet bei Castoriadis (2011), S. 232.

aufgedrängt wird“.<sup>571</sup> In der kommunistischen Gesellschaft hingegen stehe es dem Menschen gerade frei, nach Belieben „Jäger, Fischer, Hirt oder Kritiker“<sup>572</sup> zu sein. Nun könnte man meinen, die ersten drei Tätigkeiten seien hier allein als tätige Arbeit von Bedeutung, während der Hinweis auf die Kritiker nur eine ironische Spitze gegen die *kritischen Kritiker* Bauer, Stirner und Feuerbach darstellt, gegen welche die *Deutsche Ideologie* gerichtet ist. Tatsächlich deutet dieser Hinweis das Gegenteil an. Arbeit im Marx'schen Sinne ist neben der Hervorbringung der Subsistenz natürlich auch die Selbstentfaltung in Künsten und Wissenschaft. Etwas differenzierter sieht den Zusammenhang dann auch *Hugo Schmale*, wenn er schreibt:

„Der Vorzug des Marxschen Arbeitsbegriffes liegt u.a. in der Tatsache, daß er die ökonomischen (Produktion des materiellen Lebens) und die ontologischen Aspekte (Bewußtwerdung des Menschen) wechselseitig durchdringt. Dadurch wird der Gefahr begegnet, beide Aspekte als Gegensätze zu behandeln und Arbeit auf einen einzelnen Aspekt – etwa auf den ökonomischen – zu reduzieren.“<sup>573</sup>

### *Rechtsform als Poiesis*

Nach diesem Durchgang durch die Kategorien von Praxis und Poiesis scheint der Weg frei, Buckels Überlegungen jenseits der überspannten Parallelisierung mit den marxistischen Begriffen der Verdinglichung und der „Verselbstständigung“ fruchtbar zu machen. Soziale Systeme „prozessieren“ nach Buckel einen für das jeweilige System relevanten Umstand. Im Wert wird nach Buckel zum Beispiel die Bedürfnisbefriedigung prozessiert.<sup>574</sup> Diese Bedürfnisbefriedigung haben wir bei Marx als doppeldeutigen Arbeitsbegriff rekonstruiert, der sowohl die Arbeit im Sinne einer selbsterhaltenden Tätigkeit als auch als Prozess des emphatisch verstandenen Selbstbewusstseins umfasst. Diesem bei Marx durchweg positiven Arbeitsbegriff müsste nun auch ein Moment im Recht korrespondieren. Mit anderen Worten: Buckel muss angeben, was genau im Recht „prozessiert“ wird.

571 Marx/Engels (1990), S. 33.

572 Marx/Engels (1990), S. 33.

573 Schmale (1994), S. 121.

574 Buckel (2015), S. 237.

Man versteht Buckel sicherlich nicht falsch, wenn man annimmt, dass ihrer Kritik an der Rechtsform der Begriff Recht zugrunde liegt, der in seiner ursprünglichen Anlage von ihr durchaus affirmiert werden kann. Bei Aristoteles fällt das Recht unter den Begriff Praxis, ebenso das erwähnte Sich-Ernähren.<sup>575</sup> Soweit nun Praxis in einer ermöglichenden Absicht immer auf die Hervorbringung anderer Handlungen zielt,<sup>576</sup> kann Buckel dies grundsätzlich auch für das Recht festhalten. Denn das Recht garantiert zumindest folgende Momente: *formale Anerkennung*, *Wissenstechnik* und *Aufschub von Macht*.<sup>577</sup> Die Konsequenzen, die Buckel daraus zieht, werden an anderer Stelle dieser Studie besprochen. Zentral ist vorliegend der Grundgedanke Buckels, nämlich dass das Recht in seiner derzeitigen Form eine „Technologie der Macht“<sup>578</sup> bzw. eine „Geheimwissenschaft“ darstellt, welche im schlimmsten Falle sogar versucht, sich als eine „Output-Legitimation“<sup>579</sup> anzudienen. In seiner *poietischen* Verformung unterläuft das Recht jedoch seinen eigentlichen Grundbegriff, die *Praxis*.

Ich fasse die Ergebnisse der hier vorgestellten Überlegungen zusammen. Buckel steht vor dem Problem der Sophistik, soweit man diese als „das Problem der Ungeklärtheit der Struktur von Praxis gerade unter Bedingungen ihrer Rationalisierung“ versteht.<sup>580</sup> Die von Buckel bemängelte Rationalisierung liegt in der Formalisierung juristischer Prozesse und der Spezialisierung der juristischen Methode und ihrer Expertinnen und Experten. Die darin zum Ausdruck kommende Entzogenheit rechtlicher Techniken durch das Konglomerat der sich in der Rechtsform vereinigenden Momente, stellt die Gewalt dar, welche bei Daniel Loick unter Rückgriff auf Walter Benjamin als die „rechtsinterpretierende Gewalt“ eingeführt worden war. Anders als Loick nähert sich Buckel diesem Themenkomplex jedoch nicht über die abstrakte Frage nach dem Verhältnis von Recht und Zwang. Sie nähert sich der Thematik, nachdem ich die an Marx angelegten Überlegungen in die Begriffe von Praxis und Poiesis überführt habe, über die Frage nach der Möglichkeit von Recht als

---

575 Hubig (1981), S. 174.

576 Hubig (1981), S. 174.

577 Buckel (2015), S. 316f.

578 Buckel (2015), S. 316.

579 Buckel (2015), S. 301f.

580 Bubner (1976), S. 117.

Praxis. Dieser Frage nach der Möglichkeit von Recht als Praxis, liegt das kritische Urteil zugrunde, dass diese Rechtspraxis im Wortsinne eine poetische Gestalt angenommen hat. Die von Buckel geforderte Rückeroberung der Rechtsform, d. h. das ins-Werk-Setzen der Praxis, wird in den folgenden Abschnitten eingehend erörtert.

### III. Subjektivierung

#### 1. Einführung

Ich setze die Betrachtung der zeitgenössischen Rechtskritik nun mit Überlegungen zur Subjektivierung fort. Bei dem Begriff Subjektivierung handelt es sich, so viel ist bekannt, um einen kritischen Grundbegriff der Sozialphilosophie. Die Subjektivierung als Gegenstand des Nachdenkens hat gleichzeitig Teil an einem Diskurs über das Subjekt, welcher als der zentrale Diskurs der Moderne bezeichnet werden kann. Es lässt sich zunächst festhalten, dass schon der Begriff selbst auf einen kritischen Zugriff desjenigen schließen lässt, der ihn verwendet. Das erhellt schon daraus, dass nun an dieser Stelle ganz einfach auch vom Subjekt die Rede sein könnte. Das *Subjekt* als zentraler Begriff modernen Nachdenkens über das Individuum trägt jedoch noch die Zeitlosigkeit in sich, die der Metaphysik immer eigen war.<sup>581</sup> Gegen diese metaphysische Zeitlosigkeit, die nicht zuletzt noch in der kantischen Vorstellung der Zeit als Form der Anschauung des transzendentalen Subjekts, aufgehoben war, wurde die Zeit selbst, in ihrer Form als Geschichte, erfolgreich mobilisiert. Diese Mobilisierung selbst war nun wiederum ein vielschichtiger Prozess, der aus verschiedensten (sozial-)philosophischen Perspektiven erfolgte. Erinnerung sei hier an den marxistisch inspirierten Ansatz Sohn-Rethels, das Transzendentalsubjekt Kants als eine von Kant selbst unerkannte Reflexion auf die erst von Marx ausgeführte Analyse der Wertform auszudeuten, das Geld als die bare Münze des Apriori.<sup>582</sup> Oder anders gesagt: Wertformanalyse als Erkenntniskritik. Die Zeitlosigkeit des Transzendentalsubjekts wird hier

581 Zu diesem gesamten Komplex sei auf folgende hervorragende Studie verwiesen: Fink (1957).

582 Vgl. dazu Sohn-Rethel (2018a) und Sohn-Rethel (2018b).

als komplementäre Subjektform des Kapitalverhältnisses bestimmt. Zeitlosigkeit existiert hier nur als ein vom Kapital selbst imaginerter Fluchtpunkt seiner ewigen Reproduktion. Im Zustand der Zeitlosigkeit wäre das Kapital mit sich identisch – die Menschen hätten dann nur ihre Geschichte verloren und damit auch jede Negativität.

Nietzsches Genealogie des moralischen sowie rechtlichen Subjekts, teilt die Perspektive mit derjenigen Sohn-Rethels zumindest in einigen Punkten. Auch hier wird das Subjekt als Resultat eines langen (und schmerzhaften) Prozesses gedacht, der sich erst an seinem Ende als immer schon geworden – und damit vermeintlich zeitlos – ausweisen kann. Dass Nietzsche diesen Prozess des Subjekts und die in diesem Subjekt angelegten Potentiale völlig anders einschätzt als Sohn-Rethel, ist hinlänglich bekannt und muss an dieser Stelle daher nicht thematisiert werden. Adorno und Horkheimer haben versucht, diese Momente zusammenzulesen.<sup>583</sup>

Insofern ist es nicht verwunderlich, dass die zeitliche Perspektive auf das Subjekt im Begriff Subjektivierung selbst hervorsticht. Das Suffix verweist auf die Herstellung, welche zuerst nötig ist, um ein Subjekt hervorzubringen. Diese Herstellung als Tätigkeit erfolgt in der Zeit selbst und ist damit der historischen bzw. genealogischen Entschlüsselung zugänglich. Erst von dieser Stelle aus ergeben sich die weiteren Fragen des Verhältnisses einer (auch) historischen Kritik zur genealogischen Kritik. Die dort sich ergebenden Fragen nach dem normativen Grund der kritischen Konstruktion werden zu gegebener Stelle (auf nicht abstrakte Art) besprochen. Ich deute zunächst lediglich eine Einigkeit Buckels, Menkes und Loicks in der theoretischen Ausgangsposition an. Das Subjekt ist immer schon Hergestelltes, Resultat durch die Prozesse der Subjektivierung.

Trotz dieser philosophischen Kritik am Subjekt ist es durchaus verwunderlich, dass das Subjekt allen theoretischen Angriffen gegen seine Konzeption im Praktischen weitestgehend getrotzt hat. Nietzsche schreibt das Subjekt in der *Götzendämmerung* zu Recht noch

---

583 Zuletzt sei auch auf Heidegger verwiesen, dessen Kritik der Metaphysik schon im Titel seines frühen Hauptwerkes ins Auge sticht: *Sein und Zeit*. Hier liegt die Negation der Tradition bereits in der Konjunktion verborgen. Auch nach Heidegger unterliegt die Zeitlosigkeit menschlicher Subjektivität resoluter Kritik, vgl. dazu Gadamer (1958), S. 1307.

dem „Irrthum einer falschen Ursächlichkeit“<sup>584</sup> zu und erklärt es damit für erledigt: „Inzwischen haben wir uns besser besonnen. Wir glauben heute kein Wort mehr von Allen.“<sup>585</sup> Dennoch kann man das offenbar fortbestehende Interesse und sogar die Notwendigkeit des Subjekts nicht leugnen. Erinnerung sei an die „staatsnotwendige Fiktion“ Kohlrauschs. In diesem Ausdruck steckt eine durchaus sublimale Wahrheit. Die moderne Sozialität legitimiert sich in verschiedensten Schattierungen über das Subjekt, mag Hegel die vertragstheoretische Variante auch als Begriffslosigkeit bestimmen, eine Begriffslosigkeit welche das Problem der „Staatswissenschaft, die von dem einzelnen Willen der Individuen ausgeht“ ausmacht.<sup>586</sup> Aber unabhängig von der Vertragstheorie ist es nach wie vor das (rechtliche) Subjekt, aus dem die moderne normative Ordnung ihre wie auch immer vermittelte Legitimation schöpft. Dass die Moderne aus der Subjektivität ihre Legitimation schöpft und gleichzeitig ihre eigenen Schöpfer hervorbringt (Subjektivierung), die als Subjekte immer auch ihre Schöpfung sind, bleibt ein nicht aufzulösendes Paradox am Grunde der Moderne. So einig sich die Kritiker des Rechts in der Ausgangslage sind, d. h. soweit sie die Hervorbringung des Subjekts akzentuieren und damit seine Gewordenheit, so sehr scheiden sie sich in der inhaltlichen Bestimmung dessen, was das Subjekt des Rechts im Innersten ausmacht. Diesen Differenzen gehe ich im Folgenden nach.

## 2. Juridismus (Loick)

„Es gibt einen anti-römischen Affekt.“<sup>587</sup>

### *Problemlage*

Die Studie Loicks ist wesentlich eine Kritik des juristischen Subjekts, d. h. des Subjekts, welches unter dem *europäischen Recht* zu

584 Nietzsche (1988b), S. 90.

585 Nietzsche (1988b), S. 90.

586 Hegel (2008), S. 171.

587 Schmitt (2002), S. 5. Informativ ist auch der folgende rechtshistorische Beitrag: Meyer-Pritzl (2008).

leben genötigt ist. Das europäische Recht bringt eine Subjektstruktur hervor, die Loick als „Juridismus“ bezeichnet, d. h. eine verfehlte Form rechtlicher Subjektivität. Diese Verfehlung ist der Gegenstand von Loicks Untersuchung, die er mit Kleists *Kohlhaas* beginnen lässt, eine Figur die schon Honneth aufgriff.<sup>588</sup> Diese Kleist'sche Einführung in die Aberrationen rechtlicher Subjektivität wird gegen Ende dieses Abschnittes wieder aufzugreifen sein. An der Figur Michael Kohlhaas zeigen sich zwei Momente. Erstens eine Auseinandersetzung mit Honneth, in der Loick versucht, die Figur für seine Rechtskritik zu vindizieren. Zweitens liegt hier die Limitation des Loick'schen Ansatzes verborgen. Bevor dieser Limitation nachgegangen wird, sei zunächst ein Blick auf die grundsätzlichen Überlegungen Loicks geworfen.

Bereits in der Darstellung zur rechtlichen Form hatte ich kurz darauf hingewiesen, dass Loick in seiner Studie zum Juridismus die darin enthaltene fehlerhafte Konstitution des Subjekts als Prozess und Ergebnis der europäisch-römischen, Rechtsentwicklung gefasst hat.<sup>589</sup> Dies erlaubt es Loick sodann, von dem *europäischen Recht* zu sprechen, welches eigene Verwerfungen ausbildet, die nicht dem Recht in der Form des *menschlichen Rechts* inhärent sein müssen. Hier liegt, ähnlich wie bei Menkes Begriff *modernes Recht*, ein spekulatives Moment vor, welches allerdings von Loick nicht wie bei Menke gefasst wird (der dieses spekulative Moment als die nicht mehr blockierte Selbstreflexion des Rechts beschrieb).

Loick will eher über die alternative Berücksichtigung anderer Rechtstraditionen einen Blick auf die Offenheit gewähren, die jenseits einer Assoziation unter dem europäischen Recht möglich sein *könnte*. Vergewenwärtigen wir uns noch einmal kurz die wesentlichen Mängel des europäischen Rechts, die von Loick prominent adressiert werden.

---

588 Honneth (2011a), S. 161.

589 Besonders prägnant in: Loick (2014).

*Pathologie vs. Entsetzlichkeit: der Streit um die Deutung von Kleists Kohlhaas als Streit um die Legalität*

Um die Diskussion des Juridismus bei Loick einzuleiten, beginne ich mit zwei Eingangsbestimmungen und entfalte diese anschließend. Zunächst handelt es sich bei der Frage nach den Missständen bzw., wie Loick es gegen Honneths Rede von der grundsätzlich heilbaren Pathologie formuliert, „Entsetzungen“<sup>590</sup> des europäischen Rechts um ein Problem der Legalität. Hatte ich im Kapitel zur rechtlichen Gewalt und deren Kritik durch Loick die Legalität schon in ihrer Verbindung zum Zwang festgehalten, so handelt es sich bei der Frage nach dem Juridismus um die Verlängerung dieser Problematik in das rechtliche Individuum hinein. Die zweite Eingangsbestimmung stellt der Umstand dar, dass die vorliegende Problematik des Juridismus als ein Problem des Willensbegriffes rekonstruiert werden kann. Wille und Legalität sind zwei Begriffe, deren innere Verbindung ich nun im Folgenden kurz erläutere.

Die Moderne ist in der Hervorbringung ihrer eigenen Legitimität strukturell auf den Willen des Einzelnen verwiesen. Diese Angewiesenheit kann sich in vertragstheoretischen Überlegungen äußern, welche die Legitimität des gesamten Gemeinwesens abzusichern suchen, in der öffentlichen Auseinandersetzung um die richtigen politischen Inhalte, wie letztendlich auch in der Teilnahme an den prozeduralen Formen regelmäßiger Feststellung des Gemeinwillens. Soweit die Moderne auf den Einzelnen als Quelle ihrer Selbstbegründung schaut, tut sie dies scheinbar vor allem im Hinblick auf die Hervorbringung einer politischen Ordnung. Aus dieser Perspektive ergibt sich zwanglos das bekannte Problem der Erziehung (nicht zuletzt ganzer Völker), insofern die dem Einzelnen unterstellte Fähigkeit der Willensäußerung in der faktischen Umsetzung als (partiell) defizitär, mindestens aber förderungsbedürftig angesehen wird. Auf dieses Problem, wer diese Entscheidung der grundsätzlichen Notwendigkeit und die Entscheidung über Grad und Inhalt der Erziehung trifft, sei hier nicht weiter eingegangen. Es ist nur zu offenbar, dass das moderne Gemeinwesen von Voraussetzungen ausgeht, die zunächst einmal herzustellen sind.

---

590 Loick (2017), S. 13.

Nun haben sich die Staaten der Moderne zumeist als Rechtsstaaten verstanden, dieses Verständnis habe ich im Hinblick auf die staatspolitische Dimension gerade angeschnitten. Aber auch die innere Struktur der Gesellschaft ist rechtlich konstituiert, sodass sich dort gleichfalls die Frage nach der Hervorbringung von Normativität stellt. Auch hier steht keine andere Quelle zur Verfügung, als die Willensäußerung des Einzelnen: Arbeitsverträge werden geschlossen, Grundrechte ausgeübt, Häuser gekauft, Fabriken gebaut, Gesellschaften und Vereine gegründet, AGB angenommen, Meinungen geäußert, Nachbarn verklagt u. v. a. m. Stets wird, vermittelt durch das subjektive Recht, der Einzelne als Quelle der Rechtshervorbringung benötigt und damit auch seine Willensäußerung.

Wo liegt nun das Problem? Dieses Problem kann ab hier auf mindestens zwei verschiedenen Wegen erläutert werden. Einerseits als Frage nach der Herkunft oder Begründung des Willens, andererseits über die Resultate (Kohlhaas) der Willensäußerung. Da die Diskussion in ihren Grundzügen bekannt sein dürfte, soll hier nicht einfach eine weitere Darstellung von Willens- und Interesstheorie geliefert werden. Interessanter dürfte vielmehr die *zweite Erläuterungsmöglichkeit* im Hinblick auf die Frage sein, woran der ausgeübte Einzelwille krankem könnte. Ich beschäftige mich daher – und hier nehme ich wieder den Bezug zu Loicks *Juridismus* auf – mit den negativen Effekten juristischer Subjektivierung, der „Entsetzlichkeit des Rechts“.<sup>591</sup> Was macht das bürgerliche Recht (Loick nennt es europäisch) so entsetzlich? Oder mit Loick gefragt: Wer trägt die ‚Schuld‘ an *Michael Kohlhaas*? Für Loick sind es die Entsetzlichkeit des europäischen Rechts. Insgesamt sind es vier Komponenten, welche von Loick als Entsetzlichkeiten des Rechts bezeichnet werden:

„ideologische Täuschung, psychologische Deformation, Verlust kommunikativer Qualität und [...] politische Paralyse.“<sup>592</sup>

Bei zwei der Entsetzlichkeiten kann sich Daniel Loick auf Honneths Überlegungen stützen, der zwei zeitgenössische Formen des Misslingens rechtlicher Verfasstheit benennt. Zunächst geht es um die „Verabsolutierung des Rechtsgedankens“<sup>593</sup>, der Gefahr laufe, dass der

---

591 Loick (2017), S. 13.

592 Loick (2017), S. 13 [Hervorhebung im Original].

593 Honneth (2011a), S. 161.

Einzelne „gegenüber den anderen schließlich nur noch als Rechtsperson“ auftritt.<sup>594</sup> Kohlhaas steht für Honneth hier schon exemplarisch für diese Figur eines misslungenen Zugriffes auf das Recht. Die zweite Form des Misslingens liegt für Honneth im „sozialen Typ der unentschlossenen, handlungsarmen Persönlichkeit“<sup>595</sup>, in dem ebenfalls etwas verabsolutiert wird, nämlich die Unterbrechungsfunktion, welche den subjektiven Rechten als Abwehrrechten innewohnt. Hier werde die Unterbrechung so ausgedehnt, dass außer der Unterbrechung nichts mehr übrig bleibt, bis auf die Willenlosigkeit.<sup>596</sup> Loick erweitert diese beiden Figuren wesentlich, sowohl in qualitativer wie in quantitativer Hinsicht.

Zunächst weist Loick auf den Zusammenhang von Atomismus und Despotismus hin. Hat das Recht den einzelnen erst einmal vereinzelt, bedarf es einer nachträglichen Verbindung, um die prekäre Einheit, welche das Gemeinwesen immer darstellt, zu einen. Die *reguläre* Herstellung der Einheit erfolgt durch den rechtlichen Zwang, falls dies nicht genügt, muss aus der rechtlichen Vereinzelung der Vielen eine radikalere Konsequenz gezogen werden, und zwar im Despotismus.<sup>597</sup> Darin liegt die polizeiliche Komponente des europäischen Rechts.<sup>598</sup> Die darin liegende psychologische Trennungsfunktion<sup>599</sup> führt laut Loick notwendig zu einer Subjektivierung, welche sich im Egoismus besonders ausgeprägt wiederfindet.<sup>600</sup> Im Einzelnen kann die Frage nach der Herkunft des Egoismus – ob dieser nun aus dem Recht allein herrührt oder ob er nicht doch eher ein Produkt des „Systems der Bedürfnisse“ ist –, an dieser Stelle dahinstehen. Wichtig zu sehen ist, dass Loick die negativen Dissoziationseffekte dem Recht selbst zuschreibt.<sup>601</sup>

Bislang habe ich lediglich von einem „Misslingen“ der rechtlichen Konstitution gesprochen, um den relevanten Punkt nicht vorwegnehmen zu müssen. Honneth bespricht dieses Misslingen unter dem

---

594 Honneth (2011a), S. 161.

595 Honneth (2011a), S. 167.

596 Honneth (2011a), S. 168.

597 Loick (2017), S. 128–130.

598 Loick (2017), S. 166–172 Der polizeilichen Komponente widmet sich Loick neuerdings in: ders. (2018).

599 Loick (2017), S. 172–175.

600 Auch hier wieder Stirner (1969).

601 Auch dies ist besonders prägnant herausgearbeitet in: Loick (2014), S. 57–69.

Begriff soziale Pathologie, die er als „Beeinträchtigung der rationalen Fähigkeiten der Gesellschaftsmitglieder“ definiert, „an maßgeblichen Formen der sozialen Kooperation teilzunehmen.“<sup>602</sup> Dieser Definition kann Loick sich nicht anschließen, weshalb er genötigt ist, den Begriff Entsetzlichkeit einzuführen. In dieser Frage des richtigen Begriffes geht es nicht um individuelle Vorlieben der Begriffswahl, sondern es deutet sich hier eine der Hauptfragen im Zusammenhang mit dem Juridismus (als Oberbegriff des Misslingens rechtlicher Verfasstheit) an. Es steht zur Diskussion, ob es sich bei den Entsetzlichkeiten oder Pathologien um eine falsche Einstellung *zum Recht* oder um eine notwendig falsche Haltung *innerhalb* des Rechts handelt.

Noch einmal ist daher zu fragen: Wer trägt die Schuld am Juridismus? Die Subjekte, weil sie die Rationalitätsstrukturen der *sozialen Institution Recht* im Sinne einer *sozialen Pathologie* nicht (mehr) verstehen? Oder das europäische Recht selbst, welches die *Entsetzlichkeiten* des Juridismus notwendig aus sich selbst hervortreibt? Ich hatte diese Frage nach der Bezeichnung aufgeworfen und bemerkt, dass Loick mit der Entsetzlichkeit eine eigene Kategorie einführt. Wenn die Pathologie nämlich auf einer Beeinträchtigung der rationalen Fähigkeit beruht, so der treffende Gedanke Loicks, handelt es sich im Falle des Juridisten Kohlhaas um ein Problem der falschen Einstellung. Durch hinreichend Überlegung, Aufklärung oder Einbettung in ein übergreifendes System (demokratischer) Sittlichkeit, könnte Kohlhaas von seinem Juridismus geheilt werden. Loick bestreitet diese These. Die Entsetzlichkeiten des Rechts sind damit, zumindest im europäischen Recht, unentrückbar angelegt. Das europäische Recht ist damit immer schon strukturell *falsches Recht*.

Loick rekonstruiert den späten Hegel<sup>603</sup> so, dass dieser zu der ersten Variante neigt: „Der europäische Juridismus ist nun nicht mehr das Ergebnis falscher rechtlicher Subjektivierungsprozesse, sondern einer falschen Einstellung *zum Recht*.“<sup>604</sup> Diese Aussage tätigt Loick im Hinblick auf Hegels Abkehr von seiner frühen Rechtskritik, die ihm zufolge aber zu einer Mystifizierung des Juridismus führt.<sup>605</sup>

---

602 Honneth (2011a), S. 157.

603 Das heißt nicht den Hegel des Systemprogramms, bei dem der Staat noch jenseits der Idee (und damit der Freiheit) stand.

604 Loick (2017), S. 148.

605 Loick (2017), S. 149.

Mystifiziert wird der Juridismus, weil unklar bleibt, woraus sich die falsche Einstellung zum Recht ergibt. Bei Hegel wird der Grund der fehlerhaften Einstellung zum Recht im rohen oder großartigen Menschen gesucht. Damit ist das Problem selbstverständlich nur in das individuelle Fehlverhalten eines Subjekts verschoben. Der Missbrauch des Rechts wäre Folge einer falschen Haltung zum Recht. Das ist die einzige Antwort, die das Recht selber kennt. Darin liegt eine Schwierigkeit der Arbeit Isabelle Kuttings. Sie kann auf die richtige Feststellung Menkes einer Naturalisierung des Willens im liberalen Recht nur antworten, dass das Recht ja bereits Korrekturen am naturalistischen Eigenwillen vornehme, das Recht sich gegen seinen eigenen Missbrauch somit zu schützen wisse. Sie führt dann § 138 BGB und die Schranken-Schranken der Grundrechte ins Feld.<sup>606</sup> Der Rechtsmissbrauch ist damit in der Kette der Willenskorrektive das letzte Moment, mit welchem das Recht sich selbst verteidigt; das soll heißen: Wenn die Erziehung gescheitert ist, wenn moralische Normen nicht greifen, wenn keine sonstigen rechtlichen Schranken greifen, dann kommt die Korrektur durch das Recht selbst. Auch Axel Honneth neigt, wie erläutert, zu dieser Einschätzung.<sup>607</sup> Die von Loick eröffnete Alternative zur Erläuterung des Misslingens im Recht ist maßgeblich gegen Honneth gerichtet. Bei Honneth nimmt selbst Kohlhaas' Verhalten die Form eines „bloßen“ Missverständnisses an. So schreibt Honneth:

„In beiden Fällen [des „Missverstehens“ rechtlicher Formen; S. K.] scheint die Ursache für die jeweilige Verkehrung im Unvermögen der Akteure zu liegen, den Sinn der ihnen durch das Recht eröffneten Handlungsspielräume angemessen zu verstehen und umzusetzen: Anstatt darin die Chance zu erblicken, sich temporär aller kommunikativen Begründungszumutungen zu entledigen und die eigenen Absichten währenddessen nur erfolgsorientiert zu verwirklichen, wird der gewährte Kommunikationsabbruch als Koordinierungsform auch aller weiteren Interaktionen mißverstanden.“<sup>608</sup>

Loicks These lautet: Es ist nicht die falsche Haltung *zum* Recht, sondern das Recht selbst ruft diese Haltung notwendigerweise hervor: „Juridismus ist kein Ergebnis individueller (Fehl-)Entscheidungen,

606 Kutting (2023), Kapitel C.

607 Loick (2017), 149, Fn. 2.

608 Honneth (2011a), S. 160f.

sondern [...] Resultat sozialer Dynamiken.“<sup>609</sup> Oder anders: „Es ist nicht erst die ‚pathologische‘ Verabsolutierung des Rechts, die eine gute Sozialität blockiert, sondern das europäische Recht als solches.“<sup>610</sup> Damit ist die Form des Rechts in Frage gestellt und die moderne Form des Rechts ist die Legalität. Denn wer sich für die falsche Haltung *zum* Recht als Ursache der Pathologien ausspricht, sieht kein Problem in der Legalität; wer aber die Ursache der Entsetzlichkeiten *im* Recht sieht, kritisiert die Form des Rechts.

### *Zur Frage der Anerkennung*

Was spricht nach dem Gesagten also noch für das Recht als Form sozialer Vermittlung? Das europäische Recht produziert offenbar Subjekte, die sich, wie im Falle Kohlhaas', nicht für einen falschen Umgang mit dem Recht entscheiden; vielmehr treibt das europäische Recht ein Subjekt wie Kohlhaas notwendig aus sich selbst hervor. Bei aller Kritik am Recht und dessen Subjektivität bliebe mit Loick eigentlich zunächst zu fragen, warum die rechtliche Verfasstheit der Menschen überhaupt über eine privilegierte soziale Position verfügen sollte?

Doch Loick möchte das Recht keineswegs abschaffen, sondern transformieren. Dafür gibt es einen Grund und dieser Grund ist der Begriff *Anerkennung*. Es gehe im Recht nämlich darum, als ein „autonomes Subjekt anerkannt zu werden“<sup>611</sup> sagt Loick. Das ist insofern konsequent, dass er damit auf Überlegungen zurückgreift, die ich bereits im Kapitel zur Gewalt (§ 1, II, 3.) anhand seiner Studie zur *Kritik der Souveränität* entwickelt habe. Diese Überlegungen beruhen auf dem Gedanken, dass der Mensch durch die kantische Legalität vom Sittengesetz abgetrennt werde. Diesen kantischen Grundgedanken der Autonomie – abzüglich der Transzendentalphilosophie, d. h. „modernisiert“ als demokratische „*Teilnahme am Auslegungsprozess*“<sup>612</sup> – hält Loick bis zu *Juridismus* durch. Die spezifische Anerkennung im Recht liegt für Loick in der Anerkennung

---

609 Loick (2017), S. 118.

610 Loick (2017), S. 295.

611 Loick (2017), S. 153.

612 Loick (2017), S. 317 [Hervorhebung im Original].

des anderen Menschen als autonomem Subjekt.<sup>613</sup> Wie kann Loick nun die Emphase rechtlicher Anerkennung mit der eigentlichen Kritik an Honneths Ansatz, der wesentlich anerkennungstheoretisch verfasst ist, verbinden? Immerhin stimmt er der Kritik Menkes an der Unvereinbarkeit von subjektivem Recht und Anerkennung in dessen Aufsatz zum *Nichtanerkehbaren* ausdrücklich zu.<sup>614</sup> Das subjektive Recht ist, davon ist Loick mit Menke überzeugt, kein Ort der Anerkennung und bietet insofern keine Ressource, die dem Subjekt zur Aneignung empfohlen wird. Wie ist also umgehen mit den Dilemmata der Anerkennung? Menke macht zwei Optionen aus, die in Frage kommen: Es kommt darauf an, „entweder den Begriff des Rechts von dem der Anerkennung zu lösen oder den Begriff Anerkennung anders zu fassen versuchen.“<sup>615</sup> Für Loick ist die Antwort klar: Der Begriff Anerkennung ist vom europäischen Recht zu lösen und in einem Entwurf menschlichen Rechts zur Geltung zu bringen. Somit entscheidet sich Loick für die erste Lösungsmöglichkeit Menkes, nämlich die Verbindung von subjektivem Recht und Anerkennung aufzugeben. Darin liegt die Überschreitung des europäischen Rechts, welches gerade diese Verbindung zwischen subjektivem Recht und Anerkennung verteidigt – „sei eine Person und respektiere die anderen als Personen.“<sup>616</sup>

### Anerkennung jenseits des europäischen Rechts (Loick)

Loick besteht also auf dem Recht als sozialer Institution, weil in diesem der Begriff der Anerkennung aufbewahrt ist. Dieser Gedanke ist zunächst spekulativ, hat Loick doch bislang das europäische Recht in seiner ganzen „Entsetzlichkeit“ thematisiert. Welches spezifische rechtliche Moment kann die Anerkennung vermitteln, auf die Loick nicht verzichten kann? Oder anders gefragt: Was unterscheidet *menschliches Recht* von *europäischem Recht*?

Interessanterweise bleibt Loick hier vage. Rechte sind für Loick offenbar fundamental notwendig zur Ausbildung der Selbstach-

613 Loick (2017), S. 153.

614 Loick (2017), 138, Fn. 5.

615 Menke (2009), S. 108.

616 Hegel (1986b), § 36.

tung,<sup>617</sup> auch wenn er nur andeutungsweise erklärt, inwiefern diese Selbstachtung nicht auch aus anderen sozialen Interaktionen gewonnen werden könnte, die keine rechtlichen Interaktionen sind. Ein Moment der Achtung liegt für Loick jedenfalls im Kampf um gleiche Rechte.<sup>618</sup> Es bleibt aber undeutlich, inwiefern Loick der Kritik Menkes zustimmen kann, wonach die Sphäre der subjektiven Rechte (auch bei Grundrechten handelt es sich um subjektive Rechte) keine Sphäre der Anerkennung bildet. Dann kann aber auch der Kampf um Rechte kein Gefühl der Selbstachtung vermitteln; außer es soll behauptet werden, dass mit dem Begriff der Selbstachtung etwas anderes als die Anerkennung formuliert wird. Das scheint mir nichtzutreffend zu sein. Es bleibt der Hinweis, dass „der Begriff der Rechte prinzipiell umkämpft ist.“<sup>619</sup> Dem ist gerade nicht zuzustimmen. Für die Fragen der Selbstachtung, Anerkennung, Wertschätzung kommt es auf die Form der Rechte an. Das kann Loick nicht bestreiten und er schließt diesen Gedanken mit dem Hinweis, dass auch eine Formveränderung des Rechts hin zu „kommunikative[n] Prozesse[n]“<sup>620</sup> erforderlich sei. Aber so kann sich aus dem bestehenden, liberalen Recht noch nicht die gewünschte Identitätsbildung ergeben, sondern erst aus einem zukünftigen Recht. Loick bleibt hier ambivalent, er möchte sich nicht darauf festlegen, woraus sich die zu bejahenden Momente des Rechts ergeben. Dabei hat er die Antwort selbst implizit schon gegeben, indem er an einer „radikale[n] Forderung nach Autonomie“<sup>621</sup> festhält.

Diese kann, ich erinnere an Hermann Cohen Kritik der Legalität, nur durch die Preisgabe der Legalität erreicht werden. Sie kann erreicht werden, indem die Form des modernen Rechts, das subjektive Recht, gebrochen wird. Wenn sich für Loick Anerkennung und subjektive Rechte ausschließen, dann sind die subjektiven Rechte in ihrer bisherigen Form aufzugeben. Loick verkompliziert den Gedanken dadurch, dass er zwar gelegentlich über die Form spricht, diese seiner Analyse jedoch nicht zugrunde legt. In der Sache ist er indes konsequenter als Honneth. Vor die Frage Menkes nach der Änderung des Rechts oder der Änderung des Anerkennungsbegriffes

---

617 Loick (2017), S. 179.

618 Loick (2017), S. 180.

619 Loick (2017), S. 182.

620 Loick (2017), S. 184.

621 Loick (2012), S. 141.

gestellt, antwortet Loick mit der Änderung des Rechts, der rechtlichen Form, der Legalität. Wie dieser emphatische Anerkennungsbe-  
griff zur Geltung kommen kann, sei zum Abschluss dieses ersten  
Kapitels aufgegriffen, wenn ich Loicks Kritik in einen Urteilsdiskurs  
überführen werde.

### 3. Urteil und Subjekt (Menke)<sup>622</sup>

#### *Einführung*

Die Theorie der Subjektivierung im Sinne einer Analyse der Form  
des Subjekts unter dem liberalen Recht ist bei Menke nicht offen-  
sichtlich. Das liegt erstens daran, dass er seine *Kritik der Rechte* nicht  
entlang des Begriffs Subjektivität entwickelt, wie das Loick oder Bu-  
ckel getan haben, sondern entlang der Form der Rechte und damit  
erst ganz am Ende auf die Subjektkonstitution im engeren Sinne zu  
sprechen kommt. Menke schreibt nämlich über das Subjekt erst aus-  
führlicher, als er über das Urteilen schreibt. Das heißt, die gesamte  
Analyse des Subjekts wird bei Menke anhand der Frage nach dem  
Urteilen behandelt. Wer dies übersieht, überliest die Kritik an der  
liberalen Subjektivität und verwechselt diese mit der Formbestim-  
mung des liberalen Rechts als subjektivem Recht. Anders als Loick,  
der sich dem Subjekt des europäischen Rechts über dessen Entsetz-  
lichkeiten nähert, nimmt Menke einen bürgerlichen Naturbegriff  
zum Ausgangspunkt seiner Überlegungen. Diese entlang des bürger-  
lichen Naturbegriffes verlaufende falsche Form der Subjektivierung  
setzt sich später in der Ausübung subjektiver Rechte durch, welche  
strukturell den bloßen Eigenwillen des Subjekts voraussetzen. Zur  
Erläuterung dieser Thematik bediene ich mich der von mir im weite-  
ren Verlauf so bezeichneten „Thesen des Aristoteles“. Die erste These  
Aristoteles' besagt, dass die Seele über den Leib und der Geist über  
das Streben herrscht.<sup>623</sup> Die zweite These Aristoteles' bestimmt, dass  
von „Natur [...] also jener ein Sklave [ist], der einem andern zu

622 Der folgende Abschnitt (bis S.190) wurde bereits veröffentlicht, vgl. Kneip,  
Die Revolution im Urteilen in Christoph Menkes Rechtskritik, in: Archiv für  
Rechts- und Sozialphilosophie 109 (3), 2023, S. 339–354.

623 Aristoteles (1976), 1254 b.

gehören vermag und ihm darum auch gehört, und der soweit an der Vernunft teilhat, daß er sie annimmt, aber nicht selbstständig besitzt.“<sup>624</sup>

### 1. *These Aristoteles'*

Zunächst beginne ich mit der ersten These Aristoteles', mit der Aristoteles Seele und Geist die Herrschaft über Leib und Streben einräumt. Diese These beantwortet die Frage, was den Menschen primär bestimmt und räumt dem Geist die Herrschaft über die Natur ein.<sup>625</sup> Dieser Bestimmung hält Menke entgegen, dass Freiheit nicht allein in normativer Ordnung aufgeht. Worauf beruht diese Zurückweisung? Das Gute setzt sich für Menke nicht nur aus praktischen Zwecken zusammen, sondern erst die Doppelung in den praktischen Zweck und die Zwecklosigkeit des lebendigen, ästhetischen Spiels<sup>626</sup> verwirklicht den Begriff des Guten.<sup>627</sup> Erst die Aufnahme der ästhetischen Natur in den Geist vermag es, einen Begriff der Freiheit hervorzubringen, welcher praktische Freiheit und die Freiheit von dieser praktischen Freiheit zu denken vermag.<sup>628</sup> Warum sollte man aber nach Menke die Freiheit von der praktischen Freiheit als Verwirklichung des Guten begreifen?

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es für Menke zunächst einer Neubestimmung des Verhältnisses von Geist und Natur. Diesen neuen Anfang findet Menke in dem Gedanken, dass die Natur, gezeigt am Beispiel des Inzestverbots bei Lévi-Strauss, die Entstehung des Geistes<sup>629</sup> dadurch ermöglicht, dass die Natur eine Lücke gelassen hat, in welcher der Geist seine Ordnung zuerst ausbilden konnte.<sup>630</sup> Diese Regellosigkeit der Natur wird wiederum selbst auf-

---

624 Aristoteles (1976), 1254 b.

625 „Man muss es dem Sokrates nachmachen und gegen die dunklen Begehungen ein Tageslicht in Permanenz herstellen – das Tageslicht der Vernunft.“ Hierin liegt für Nietzsche der Wunsch der Griechen begründet, „absurd-vernünftig zu sein“, vgl. Nietzsche (1988b), S. 72.

626 Menke (2017), S. 126.

627 Menke (2017), S. 120.

628 Menke (2017), S. 127.

629 Mit „Geist“ ist hier die Möglichkeit der Freiheit gemeint.

630 Menke (2018c), S. 37.

bewahrt im anthropologischen Postulat der Kraft.<sup>631</sup> Diese menschliche Kraft ist rein ästhetisch zu verstehen und bestimmt sich negativ gegen Normativität, Mechanik und Biologie.<sup>632</sup> Sie schafft keine Allgemeinheit, kein Gesetz, sondern „wendet sich gegen ihren eigenen Ausdruck.“<sup>633</sup> Damit ist die „Ästhetik die Lehre vom Dunklen“,<sup>634</sup> die, weil das Dunkle das Erste vor dem hellen Geist des Idealismus ist, stets „Anfang *und* Abgrund des Subjekts zugleich“ darstellt.<sup>635</sup>

Was erlaubt aber den Schluss auf dieses Postulat der Kraft?<sup>636</sup> Der Schluss auf diese menschliche Kraft ist laut Menke aus zwei Gründen notwendig. Erstens kann nur eine Theorie, die jenseits des Subjekts praktischer Gründe ansetzt, das Phänomen ästhetischer Lust am Tragischen hinreichend erklären, liegt doch im tragischen Scheitern gerade das Gegenteil eines Gelingens praktischer Vermögen.<sup>637</sup> Erst diese Differenz erlaubt es wiederum, das Subjekt des praktischen Vermögens selbst zu denken.<sup>638</sup> Es gibt damit nach Menke keine normative Ordnung ohne ihr Gegenteil. Hierin liegt der Grund für die These, normative Ordnung allein biete keinen hinreichenden Begriff von Freiheit. Um diesem Mangel zu begegnen, gilt es, die ästhetische Theorie der Lebendigkeit, d. h. der Kraft, in den Bereich des Normativen hineinzunehmen, möchte man Freiheit als Einheit von Normativität und nichtnormativer Kraft denken. Diesen Aspekt fasst Menke unter dem Begriff Ästhetisierung zusammen, soweit nämlich ein Zusammenhang der Praxis „sich selbst reflektiert und dadurch bewegt, belebt wird.“<sup>639</sup> Man darf an dieser Stelle das Aufgreifen der Ästhetik durch Menke jedoch durchaus nicht falsch verstehen. Es ist nicht die Kunst, die hier angespro-

---

631 Menke (2018c), S. 38.

632 Menke (2017), S. 64.

633 Menke (2017), S. 68.

634 Menke (2017), S. 57.

635 Menke (2017), S. 71.

636 Als Postulat bezeichnet Menke den Begriff Kraft ausdrücklich, vgl. Menke (2017), S. 14.

637 Menke (2017), S. 10.

638 Menke (2017), S. 11.

639 Menke (2017), S. 84. Menke meint hiermit ausdrücklich nicht eine Ästhetisierung in dem Sinne, dass ästhetische Kategorien infolge der „Frage nach den bindenden Kräften“ (Böckenförde) in ebendiese aufgelöst würden, also Ethik als Ästhetik ausgelegt würde, vgl. Menke (1993), S. 402.

chen wird, sondern es sind die „Formen unserer Wahrnehmung“.<sup>640</sup> Schon in der *Dialektik der Aufklärung* (und Menke schließt sich dem an) machen Horkheimer und Adorno klar, dass der reine Kunstgenuss nur die Position des „Grundherr[en], der die anderen für sich arbeiten lässt“,<sup>641</sup> sein kann. Denn der „Gefesselte [Odysseus, S. K.] wohnt einem Konzert bei, reglos lauschend wie später die Konzertbesucher, und sein begeisterter Ruf nach Befreiung verhallt schon im Applaus.“<sup>642</sup>

Diese nicht selbst normative, nicht kunstästhetische, sondern im Wortsinne ästhetische Selbstreflexion<sup>643</sup> besteht „im Gewinn eines ästhetischen Selbstverhältnisses“.<sup>644</sup> Wie urteilt man nun im Sinne dieser ästhetischen Selbstreflexion?<sup>645</sup> Ein anschauliches Beispiel gibt Theodor W. Adorno in seiner Vorlesung über Negative Dialektik: „[...] [I]ch kann nicht anders, ich reagiere im Denken zunächst einmal idiosynkratisch, also sozusagen mit den Nerven“<sup>646</sup> und führt an anderer Stelle, aber zum selben Thema, fort: „Mit aller Erwartung billigen Spotts wird man sagen dürfen, der philosophische Gedanke sei so beschaffen, daß er tendenziell seine Resultate früher hat, als er gedacht wird.“<sup>647</sup> Dieses Moment idiosynkratischer Reaktion kann Menke nun als Ausdruck der Kraft verstehen:

---

640 Bayer (2021), S. 157. Wenig später erliegt Bayer jedoch der Äquivokation von Ästhetik als Wahrnehmungs- und Kunstlehre, wenn sie das Konzept Menkes als ein solches versteht, in dem Menke „materialistische Kritik und ästhetisches Rechtsdenken“ i. S. d. Ästhetik als Lehre von der Kunst verknüpfe, vgl. Bayer (2021), S. 158. Diese Vorstellung hat Menke selbst durch die Darstellung in *Recht und Gewalt* hervorgerufen, die sich auf verschiedene tragische Stoffe bezieht. Es handelt sich jedoch, das ist immer wieder zu betonen, um eine Vorarbeit, in der wesentliche Begriffe, vornehmlich der Begriff des *modernen Rechts*, noch nicht entwickelt waren. Die für die *Kritik der Rechte* zudem zentrale Schrift *Kraft* enthält hingegen die Ästhetik schon so, wie sie später zum Einsatz kommt, eben als Lehre von der Wahrnehmung.

641 Horkheimer/Adorno (2016), S. 40.

642 Horkheimer/Adorno (2016), S. 41.

643 Diese ist gerade deshalb strikt von der philosophischen Selbstreflexion zu trennen, weil sie den Zerfall des praktischen Vermögens gerade bejaht: Menke (2017), S. 82.

644 Menke (1993), S. 403.

645 Menke (2019), S. 56.

646 Adorno (2007), S. 49.

647 Adorno (1998), S. 605.

„Denn in seinem reflexiven Verfahren macht das Subjekt die Sache zu seinem Gegenstand, während allein die idiosynkratische Reaktion seiner ‚Nerven‘, der Ausdruck seiner Empfindung, die Sache als das zu erschließen vermag, was sie, als ästhetische, ist: der Ausdruck, das Spiel sinnlicher Kraft.“<sup>648</sup>

Gerade dieses idiosynkratische Moment steht im Zentrum desjenigen Aphorismus Adornos („Dämpfer und Trommel“), mit dem Menke in *Die Kraft der Kunst* den Ausdruck ästhetischer Freiheit bestimmt, und zwar als „Geschmack wider Willen“<sup>649</sup>. Er findet sich zudem im letzten Abschnitt seiner Studie *Recht und Gewalt*, unter dem Titel „Recht wider Willen“.<sup>650</sup> Das Zitat Adornos aus den *Minima Moralia* lautet:

„Geschmack ist der treueste Seismograph der historischen Erfahrung. Wie kaum ein anderes Vermögen ist er fähig, sogar das eigene Verhalten aufzuzeichnen. Er reagiert gegen sich selber und erkennt sich als geschmacklos. [...] Gerade den ästhetisch avancierten Nerven ist das selbstgerechte Ästhetische unerträglich geworden. [...] Gelingt es einmal, die Nerven ganz abzuschaffen, so ist gegen die Renaissance des Liederfrühlings kein Kraut gewachsen, und der Volksfront vom barbarischen Futurismus bis zur Ideologie des Films steht nichts mehr im Wege.“<sup>651</sup>

Wogegen könnte sich im Falle des Rechts eine solch idiosynkratische Reaktion richten? Laut Menke ist dies das Wissen um die schicksalhafte Gewalt des Rechts und deren Kampf gegen das Nicht-Recht.<sup>652</sup> Die Entsetzung des Rechts durch die Reflexion auf diesen Umstand verspricht „kein Jenseits des Streits, der Gewalt und des Leidens“.<sup>653</sup> Wenn aber gerade aufgrund der von Adorno ausgesprochenen Widerwilligkeit gegen sich selbst der Geschmack die Figur des Erhabenen annimmt,<sup>654</sup> dann besteht die Pointe Adornos gerade darin, dass die Erfahrung des Menschen von seiner Naturhaftigkeit die Kategorie des Erhabenen insofern verändert, als dieser nicht mehr, wie noch bei Kant, die dem Erhabenen eigene „Größe [...] als eines

648 Menke (2019), S. 149.

649 Menke (2019), S. 144.

650 Menke (2018e), S. 104.

651 Adorno (1970), S. 191.

652 Menke (2018e), S. 103.

653 Menke (2018e), S. 104.

654 Welsch (1989), S. 191.

Geistigen und Naturbezwingenden“ darstellt, sondern die Kategorie die „Vernichtung des Individuums nicht länger positiv“ aufhebt.<sup>655</sup> Gerade diese Vernichtung des Individuums in Form der „Selbstverurteilung“ hatte Menke an der Figur des König Ödipus aufgezeigt.<sup>656</sup> Auch bei Menke ruft die Lust am Schrecklichen (hier der Untergang des Ödipus) das ästhetische Selbstverhältnis erst hervor, welches diese „ästhetische Regression wiederum als Transformation“<sup>657</sup> verstehen kann. Deshalb ist Freiheit nach Menke nur dann normative Ordnung, wenn eine Selbstbesinnung auf die Natur stattfindet.<sup>658</sup> Diese Selbstbesinnung kann damit in den Prozess des Urteilens Eingang finden:

„Freiheit ist nicht normative Ordnung. Sondern frei zu sein heißt, die symbolische, normative Ordnung des Geistes errichten *und* sie unterbrechen, suspendieren zu können. [...] Und diese Kraft der Freiheit hat der Geist nicht als seine eigene. Er hat sie nur so, dass er die leere Form der Natur, mit der er beginnt, in sich wiederholt.“<sup>659</sup>

Wir sehen also: Da Aristoteles die Sinnlichkeit, d. h. die Stimme, unter den Geist und damit auch unter die Sprache (*logos*) subsumiert, kann er (und können seine Nachfolger) die Normativität nur als ein geistiges Produkt auffassen. Diesem Mangel im Begriff der Normativität (das Gegenteil der Normativität nicht denken zu können) hilft Menke durch die Einführung des Begriffes der Kraft ab. Da der Geist aber diese Kraft der Freiheit „nicht als seine eigene“ hat, ist zugleich ein zweiter zentraler Punkt angedeutet, nämlich derjenige der Passivität, welcher mich im Folgenden im Zusammenhang mit dem Begriff der Gleichheit beschäftigen wird.

## 2. *These Aristoteles'*

Die zweite These Aristoteles' bezieht sich nicht mehr auf die internen Herrschaftsverhältnisse des Individuums, sondern auf die inter-

---

655 Adorno (1973), S. 295. Bei Adorno hat diese Reflexion, wie auch bei Menke, praktische Bedeutung, bezieht sich aber unmittelbar auf die Einrichtung der Gesellschaft und führt nicht erst vermittelt über ein neues Urteil des Individuums zu gesellschaftlicher Veränderung.

656 Menke (2018e), S. 43.

657 Menke (2017), S. 78.

658 So ähnlich: Adorno (2015), S. 154.

659 Menke (2018c), S. 39.

personale Herrschaft und damit auf die Frage der Gleichheit. Diese bei Aristoteles niedergelegte Ungleichheit, die Scheidung in Herren und Sklaven, ist für Menke nun ebenfalls eine Frage der Subjektstitution. Die zweite These Aristoteles' lautet wie folgt:

„Von Natur ist also jener ein Sklave, der einem andern zu gehören vermag und ihm darum auch gehört, und der so weit an der Vernunft teilhat, daß er sie annimmt, aber nicht selbstständig besitzt.“<sup>660</sup>

Der Sklave ist somit Empfänger, nicht Hervorbringer von Urteilen (d. h. von Entscheidungen, Befehlen, Anordnungen). Er ist fähig, nach diesen zu handeln; und er ist vernünftig, soweit er sich „verständlich“ zeigt, weil er die Vernunftausübung des Herren „anzunehmen“ weiß. Die Frage nach der Fähigkeit zum Urteil ist damit unmittelbar eine politische, wie Menke im Anschluss an Hannah Arendts Diskussion der Einbildungskraft<sup>661</sup> festhält.<sup>662</sup> Warum ist die These Aristoteles' jedoch noch heute von Belang? Sie geht uns Menke zufolge deshalb an, weil sie weder von der bürgerlichen noch von der kommunistischen Demokratie wirklich widerlegt wurde.<sup>663</sup> Menkes Einwand gegen die „Identitätsthese des Liberalismus“, welche Gleichheit und subjektive Rechte in eins setze,<sup>664</sup> lautet wie folgt: Die intellektuelle Verdrängung der Natur durch den Geist von Aristoteles bis Kant führt dazu, dass die Gleichheit der Menschen entweder nur auf einem Vermögen ruhen kann (z. B. der Vernunft) oder aber auf der Akzeptanz der Tatsache, dass der Mensch, im handlungstheoretischen Sinne gesprochen, ein Leidender ist und sich aus diesem Grunde hinter der Schutzfunktion des subjektiven Rechts verbergen kann.

Zunächst wende ich mich der Menkes Widerlegung der Möglichkeit der Gleichheit auf Grundlage der Vernunft zu. Gleichheit auf Grundlage von Vermögen ist nach Menke unmöglich. Die Vernunft stellt immerhin ein Vermögen dar, Vermögen sind als erlernbare soziale Praktiken aber stets ungleich entwickelt: „Die Gleichheit der Vernunft ist so wenig eine Tatsache, die als letzter Grund der politischen Gleichheit gelten kann, wie es die Gleichheit irgendeines so-

660 Aristoteles (1976), 1254 b.

661 Arendt (1985), S. 90.

662 Menke (2018d), S. 375.

663 Menke (2018d), S. 369.

664 Menke (2018d), S. 338.

zial erworbenen Vermögens ist.“<sup>665</sup> Damit scheidet die vernunftgeleitete Selbstbestimmung der Menschen als Grundlage der Gleichheit aus.<sup>666</sup> Die kommunistische Alternative „Alle sollen Herren werden“ überwinde dagegen den Begriff des Herren nicht.<sup>667</sup> So wie sich die Freiheit nicht allein aus dem Geist ergibt, ruht auch die Gleichheit nicht allein auf der Affirmation geistiger Vermögen. Neben der Affirmation geistigen Vermögen als Grundlage der Gleichheit, bliebe aber noch die Affirmation des Unvermögens. Hier setzt, so argumentiert Menke, das bürgerliche Recht an und errichtet gegen die Scheidung der Menschen in Herren und Sklaven eine Gleichheit im Leiden.

Leiden in der Politik bedeutet für Menke ein Erleiden der Urteile Anderer. Damit ist das Leiden explizit nicht moralisch oder psychologisch, sondern allein handlungstheoretisch bestimmt.<sup>668</sup> Wie ist dies aber mit Blick auf die Gleichheit des liberalen Rechts zu verstehen? Das bürgerliche Recht habe dadurch den Sklaven verallgemeinert, dass es die Möglichkeit des dem Urteil entzogenen Leidens (oder Genusses, den man ebenfalls passiv erleidet) in die Privatheit des subjektiven Rechts verlegt hat. Artikuliert wird selbst noch die aktive Beteiligungsmöglichkeit an der Politik in Form des Wahlrechts als privates subjektives Recht des Einzelnen. Damit hat sich die liberale Moderne, vor die Frage von Herr und Sklave gestellt, mit den subjektiven Rechten für die Verallgemeinerung des (handlungstheoretischen) Leidens entschieden und zwar aufgrund einer „pessimistische[n] Anthropologie“,<sup>669</sup> die glaubt, „Gleichheit ohne Rechte ist eine Überforderung des Menschen“.<sup>670</sup> In dieser Verallgemeinerung des Leidens liege der Grund der Rechte. Sie ruhen nicht auf der Gleichheit, die sie zwar *auch* vollziehen,<sup>671</sup> für die es aber, wie Menke an der kommunistischen Alternative zeigt, keinerlei Rechte bedarf, um sie zu realisieren. Gegen das Fortbestehen der

---

665 Menke (2019), S. 168.

666 Ähnlich im Ergebnis, aber vor anderem Hintergrund die Absage Heideggers an das Vermögen (des Urteilens), vgl. dazu Hörl (2006), S. 240.

667 Menke (2018d), S. 367.

668 Menke (2018d), S. 350. Auf den Umstand, dass dieses Recht selbst wiederum moralisch artikuliert wird, geht Menke nicht ein. Vgl. zu dieser Differenzierung des (Er-)Leidens auch Angehrn (2006), S. 120–121.

669 Menke (2018d), S. 364.

670 Menke (2018d), S. 35.

671 Menke (2018d), S. 397.

„These des Aristoteles“ lässt sich keine Gleichheit errichten. Damit wurde die erste Frage nach dem tatsächlichen Grund der Rechte beantwortet und Menkes Einspruch gegen die Identitätsthese des Liberalismus nachvollzogen.

Worauf könnte die Gleichheit dann beruhen, wenn sie nicht auf der Gleichheit geistiger Vermögen, d. h. der Vernunft, beruht? Spätestens seit dem Erscheinen von *Die Kraft der Kunst* wird dieses Problem bei Menke unter dem Begriff Einbildungskraft diskutiert. Menke versuchte bereits dort, eine Zurückweisung der aristotelischen Apologie der Ungleichheit, bediente sich dazu aus den gerade genannten Gründen der ästhetischen Kraft und verwarf ausdrücklich die Berufung auf eine gleichmäßig unter den Menschen verteilte Vernunft. Vielmehr sieht Menke die Gleichheit hier durch die grundsätzliche Möglichkeit der Ausbildung der Vernunft begründet, statt in der Behauptung, alle hätten gleichen Anteil an ihr.<sup>672</sup> Was schafft aber diese Voraussetzungen, der Vernunft teilhaftig zu werden? Auf der innerästhetischen Unterscheidung von Kraft und Vermögen aufbauend,<sup>673</sup> wird die *Einbildungskraft* als das bestimmt, was die Vernunft im Sinne eines eingeübten Vermögens überhaupt erst ermöglicht:

„Die Einbildungskraft macht das Vernunftvermögen möglich: Nur weil alle Menschen Einbildungskraft haben, nur weil alle Menschen darin gleich sind, daß sie *anders* werden – anders sehen, vorstellen, empfinden – können, als sie sind, sind sie nicht determiniert durch natürliche Tatsachen und können deshalb soziale Vermögen wie das der Vernunft erwerben, in dem sie sich unterscheiden und entzweien.“<sup>674</sup>

Menke bringt es am Ende dieses Buches auf den Punkt: „Die politische Gleichheit ist ein ästhetischer Gedanke.“<sup>675</sup> Die *Einbildungskraft* wird hier im wahrsten Sinne als Kraft verstanden und gilt als das, was die Gleichheit der Menschen überhaupt erst ermöglicht. Dabei hätte Menke es bewenden lassen können. Die *Einbildungs-*

672 Menke (2019), S. 170.

673 „Während Vermögen durch soziale Übung erworben werden, haben Menschen bereits Kräfte, *bevor* sie zu Subjekten abgerichtet werden. Kräfte sind menschlich, aber vorsektiv.“ Menke (2019), S. 13.

674 Menke (2019), S. 171.

675 Menke (2019), S. 175.

kraft ist als Kraft gerade kein sozial zu erlernendes Vermögen und zunächst allen Menschen gegeben.

Menke nimmt sich jedoch im Rahmen der zwei Jahre später veröffentlichten *Kritik der Rechte* noch einmal des Problems des Urteilens und damit der Gleichheit an. Erneut muss er die Frage beantworten, wie man der aristotelischen These, es gebe Sklaven „von Natur“, entgegentreten kann. Diesmal wählt er einen anderen Weg, um die These Aristoteles' zu negieren. Dazu bedarf es eines neuen Ansatzes, welcher mit einer Absetzbewegung von Arendts Deutung der kantischen Einbildungskraft beginnt. Menke zitiert folgende Stelle aus Arendts Vorlesungen über das Urteilen, genauer zur „Einbildungskraft“:

„Nur das, was einen in der Vorstellung berührt, affiziert, und zwar dann, wenn man nicht mehr durch seine unmittelbare Gegenwart affiziert wird [...]. Erst dann spricht man vom Urteil und nicht mehr vom Geschmack, weil man nun, obwohl noch wie von einer Angelegenheit des Geschmacks affiziert, mittels der Vorstellung den angemessenen Abstand hergestellt hat [...]. Indem man den Gegenstand wegräumt, hat man die Bedingung für die Unparteilichkeit geschaffen.“<sup>676</sup>

Die von Arendt erläuterte Einbildungskraft<sup>677</sup> wird von Menke nun offenbar gar nicht mehr als Möglichkeit politischer Gleichheit verstanden, ganz im Gegenteil: „Erst indem man den Gegenstand ‚wegräumt‘ – indem man sich ihn *vorstellt*: durch die (ästhetische) Operation der Einbildungskraft –, vermag man zu urteilen.“<sup>678</sup> Die Einbildungskraft als Vermögen (man *vermag* durch die Einbildungskraft zu urteilen) scheint nun doch nicht das Fundament der Gleichheit, sondern gerade Grund der Ungleichheit zu sein. Es ist offenbar die Fortsetzung des aristotelischen Denkens in den Begriffen von „Herr“ und „Sklave“, welches Arendt in ihrer Darstellung der Philosophie Kants aufrechterhält, anstatt es zu überwinden. „Es ist nichts anderes als dieser Begriff des Urteilens als Vermögen der distanzierten, freien Begriffsverwendung, der Aristoteles' Behauptung zugrunde liegt,

---

676 Arendt (1985), S. 90.

677 Die Einbildungskraft wird unter Einbeziehung von Arendts Deutung schon einmal in *Die Kraft der Kunst* thematisiert, dort aber als Kraft gedeutet, vgl. Menke (2019), S. 61.

678 Menke (2018d), S. 375.

dass es Sklaven ‚von Natur‘ gibt.“<sup>679</sup> Diese These leuchtet jedoch nur dann ein, wenn die Urteilskraft nicht mehr nur eine vorbereitende, bei allen Menschen gleich verteilte *Kraft* für die daraus erwachsende Vernunft ist, sondern wenn die Einbildungskraft ein *Vermögen* darstellt – und das bedeutet für Menke immer schon ganz nah am Subjekt, d. h. einem Zustand ungleichmäßig erlernter sozialer Praktiken, zu sein.<sup>680</sup> Genau darin liegt jedoch wiederum die Scheidung des vernünftigen Herren von dem nicht der Vernunft fähigen Sklaven. Alle Konzeptionen, die ein *Vermögen* des Einzelnen betonen, scheinen gezwungen zu sein, diese aristotelische Position immer wieder hervorzubringen. Menkes Bewertung des Vermögens selbst bleibt von *Die Kraft der Kunst* bis hin zur *Kritik der Rechte* konstant. Der Herr ist der Vermögende, der Könner und scheidet sich dadurch vom Sklaven. Hier ist kein Ort der politischen Gleichheit oder in den Worten Horkheimers und Adornos:

„Die Distanz des Subjekts zum Objekt, Voraussetzung der Abstraktion, gründet in der Distanz zur Sache, die der Herr durch den Beherrschten gewinnt.“<sup>681</sup>

In der *Kritik der Rechte* begreift Menke die Einbildungskraft als ein solches *Vermögen*. Es handelt sich um ein Vermögen, welches das gedankliche „Wegräumen“ von Gegenständen ermöglicht, eine Fähigkeit zur Herstellung einer Distanz zwischen dem Urteilenden und dem Gegenstand des Urteils. Anders als in *Die Kraft der Kunst* kann die Einbildungskraft damit nicht mehr die Grundlage der Gleichheit sein. Worauf kann die Gleichheit dann ruhen?

Es ist der als anthropologische Revolution ausgerufenen Sklavenaufstand Menkes, der an dieser Stelle thematisch wird. Dieser Sklavenaufstand „revolutioniert den Begriff und damit die Praxis des Urteilens selbst. Und dadurch erst macht er die wahre Gleichheit im Urteilen möglich.“<sup>682</sup> Menke entfaltet eine noch radikalere ästhetische Position als in seinen bisherigen Überlegungen. Es rückt das

679 Menke (2018d), S. 375.

680 „Vermögen machen uns zu Subjekten, die erfolgreich an sozialen Praktiken teilnehmen können, indem sie deren allgemeine Form reproduzieren.“ Menke (2019), S. 171.

681 Horkheimer/Adorno (2016), S. 19.

682 Menke (2018d), S. 377. Die vormalige Gleichheit war nämlich nur die Gleichheit der Sklaven, wie gerade gezeigt wurde.

bereits eingeführte somatische, idiosynkratische Moment ins Zentrum seiner Überlegungen. Beruht für Menke schon die Möglichkeit zur Freiheit auf einer Neubestimmung des Verhältnisses von Geist und Natur, so kann auch die Gleichheit nur aus diesem somatischen Moment heraus artikuliert werden.

### *Fazit*

Ich unterbreche an dieser Stelle die weiteren Ausführungen zunächst. Menkes Analyse des Subjekts liegt der Begriff Naturbeherrschung zugrunde, wie er seit der griechischen Antike formuliert wird. Horkheimer und Adorno haben dieses Moment in ihrer Darstellung des Odysseus festgehalten, dem „Urbild eben des bürgerlichen Individuums, dessen Begriff in jeder einheitlichen Selbstbehauptung entspringt.“<sup>683</sup> Damit liegt zunächst ein Befund im Hinblick darauf vor, was diese Subjektconstitution für Menke *nicht* zu leisten im Stande ist, nämlich die Hervorbringung von Freiheit und Gleichheit in der liberalen Moderne.

Damit ist noch nicht das letzte Wort im Hinblick auf Menkes Konzeption des Subjekts gesprochen, im Gegenteil. Menke entwirft in einem weiteren Schritt einen Vorschlag, wie eine gelungene Subjektconstitution aussehen könnte. Dieser Vorschlag fällt aber nicht mehr unter die Kritik bürgerlicher Subjektivität, sondern versucht, diese zu überschreiten. Die Versuche der Rechtskritik, die liberale Moderne zu überwinden, wird mich allerdings erst im folgenden Kapitel beschäftigen.

## 4. Subjektivierung (Buckel)

Ich hatte die Frage der Subjektivierung bei Buckel schon im Rahmen der Besprechung der rechtlichen Form berührt und werde mich demgemäß an dieser Stelle etwas kürzer fassen, gleichzeitig jedoch die Diskussion auf einige Hintergrundannahmen lenken, die jenseits von Einzelfragen einen tieferen Zugriff auf das Projekt zulassen, welches Buckel verfolgt. Zunächst geht es um das Subjekt bzw. die Her-

---

683 Horkheimer/Adorno (2016), S. 50.

stellung desselben durch die Subjektivierung. Bei der Bestimmung derselben bleibt Buckel dabei, keine einheitliche Antwort geben zu wollen, was die zentralen Momente gesellschaftlicher Machtverhältnisse ausmacht, das Subjekt sei eben, im Sinne der 6. Feuerbach-These Marx', ein Ensemble gesellschaftlicher Verhältnisse.<sup>684</sup> Auf die Frage, „was bringt das moderne Subjekt hervor?“ antwortet Buckel: Es „kulminieren die unterschiedlichen Machttechnologien“<sup>685</sup> in ihrer jeweiligen Ausprägung, die Buckel sodann im Ergebnis als *Warenbesitzer, differente Körper und Identitäten, politisch Vereinzelte* und *abstrakte Rechtssubjekte* bestimmt.<sup>686</sup> Bei der Betrachtung dieser Aufzählung drängen sich mehrere Fragen auf, die ich im Folgenden kurz diskutieren werde.

Falls gelten sollte, dass auch jede *negatio* eine *determinatio* wenigstens vorbereitet (wenn sie es auch noch nicht allein ist), lässt sich zum Verständnis von Buckels Anliegen eine kurze Kritik ihrerseits an Menke heranziehen, die unter dem Titel „Die Bürde der subjektiven Rechte“ erschienen ist. Die Hauptthese Buckels lautet, dass bei Menke eine Überbetonung des subjektiven Rechtes dazu führe, dass die subjektiven Rechte „die ganze Bürde gesellschaftlicher Subjektivierung“ zu tragen hätten.<sup>687</sup> Damit bleibt, so Buckels Lesart, kein Raum mehr für das Marx'sche Ensemble gesellschaftlicher Verhältnisse, das Individuum scheint durch das Recht (allein) determiniert, oder, wie man sicherlich im Sinne Buckels zusammenfassen darf, überdeterminiert. Legen wir zum vollen Verständnis der folgenden Diskussion die wesentliche Konfliktlinie offen. Die Frage nach dem, was das Subjekt konstituiert, ist die Frage danach, wie es zu überwinden bzw. zu überschreiten wäre. Buckel nimmt für sich eine „gesellschaftstheoretische“ Position in Anspruch, welche die „Pluralität von Kräfteverhältnissen“<sup>688</sup> zu denken vermag, d. h. ganz im Sinne von Marx' Ensemble. Menke hingegen bleibe einer „rechtsphilosophischen“ Theorie verhaftet.<sup>689</sup> Die Konsequenzen sind für Buckel weitreichend. Die Entscheidung Menkes für die rechtsphilo-

---

684 Buckel (2015), S. 217.

685 Buckel (2015), S. 218.

686 Buckel (2015), S. 219.

687 Buckel (2017), S. 469.

688 Buckel (2015), S. 217.

689 Buckel (2017), S. 461.

sophische Perspektive führe zu einer Fokussierung auf erkenntnistheoretische Fragen,<sup>690</sup> bei dem Konzept der Gegenrechte könne es sich womöglich um einen „immanent bürgerliche[n] ‚Traum‘“<sup>691</sup> handeln. Dieser Position rufe Sie hingegen „die ‚11. Feuerbachthese‘ in Erinnerung.“<sup>692</sup> Damit steht die Revolution (Buckel) gegen den „bürgerlichen Traum“ (Menke). Damit ist hoffentlich der Boden für die folgenden Überlegungen bereitet.

Buckels Einwand, Menke könne das Subjekt nicht hinreichend denken, da er es nicht als „[E]nsemble der gesellschaftlichen Verhältnisse“<sup>693</sup> betrachte, setzt selbst jedoch einige Annahmen voraus. Beginnen wir zunächst mit diesem Ensemblebegriff des Subjekts. Marx wirft in der 6. Feuerbachthese besagtem Feuerbach vor, er löse in seiner Kritik des Christentums das „religiöse Wesen in das menschliche Wesen auf.“<sup>694</sup> Dies wäre aus Feuerbachs Perspektive kein echter Vorwurf; er unternimmt genau diese Auflösung. Für ihn ist Gott das unendliche, der Mensch hingegen das endliche Wesen.<sup>695</sup> Nur ist diese Entzweiung für Feuerbach leicht zu überwinden, ist Gott als unendliches Wesen doch nur „das Bewußtsein des Verstandes von seiner eigenen Vollkommenheit [...]“,<sup>696</sup> die Unterscheidung zwischen Gott und Mensch damit eine im Menschen selbst angelegte. Diese Auflösung ist für Marx hingegen wiederum selbst noch abstrakt, das menschliche Wesen ist für ihn nämlich „kein dem einzelnen Individuum inwohnendes Abstraktum.“<sup>697</sup>

Denn wenn Marx als (Post-)Hegelianer von einer Abstraktion spricht, handelt es sich immer um eine pejorative Bezeichnung, die eine schwerwiegende Abweichung von dem markiert, worum es ihm zufolge eigentlich gehen sollte, nämlich *konkretes Denken*.<sup>698</sup> Dieses konkrete Denken des menschlichen Wesens kann sich also nicht bloß aus der Umkehrung des religiösen Wesens ergeben. Aber was

---

690 Es wird noch aufzulösen sein, inwiefern diese Verbindung rechtsphilosophischer und erkenntnistheoretischer Fragen notwendig ist.

691 Buckel (2017), S. 472.

692 Buckel (2017), S. 474.

693 Marx/Engels (1990), S. 6.

694 Marx/Engels (1990), S. 6.

695 Feuerbach (1843), S. 48.

696 Feuerbach (1843), S. 49.

697 Marx/Engels (1990), S. 6.

698 Zu Hegels kurzem, aber erhellendem Text „*Wer denkt abstrakt?*“ vgl. Welsch (2022), S. 9–16.

bedeutet es konkret, das menschliche Wesen zu denken? Buckel unterliegt bei ihrem Rückgriff auf die Marx'sche Rede vom „Ensemble“ einer Fehllektüre des Marx'schen Textes. Sie schreibt:

„Dies gilt in besonderem Maße für die *Individuen*, die weder Ursprung, noch eine Einheit, noch rationale, sich selbst transparente AkteurInnen sind, sondern einer materialistischen Theorie als ‚Ensemble gesellschaftlicher Verhältnisse‘ gelten [...]“<sup>699</sup>

Hören wir hingegen den Wortlaut der 6. Feuerbachthese bei Marx:

„Feuerbach löst das religiöse Wesen in das *menschliche* Wesen auf. Aber das menschliche Wesen ist kein dem einzelnen Individuum inwohnendes Abstraktum. In seiner Wirklichkeit ist es das ensemble (sic) der gesellschaftlichen Verhältnisse.“<sup>700</sup>

Der entscheidende Sinnzusammenhang steht im letzten Satz, wobei genauer zu fragen ist, was sich hinter dem „es“ versteckt. Entweder ist gemeint „In seiner Wirklichkeit ist *das Individuum* das Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse“ oder „In seiner Wirklichkeit ist *das menschliche Wesen* das ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse“. Der betreffende Satz lässt logisch beide Lesarten zu, aus dem Zusammenhang ergibt sich aber deutlich, was Marx vorliegend meint. Ich löse dies wie folgt auf: Grammatikalisches Subjekt des führenden Eingangssatzes ist zunächst das *Wesen*, einmal als *religiöses*, dann als *menschliches Wesen*:

„Feuerbach löst das religiöse Wesen in das *menschliche* Wesen auf.“

Einziges grammatikalisches Subjekt ist im zweiten Satz das *menschliche Wesen*:

„Aber das menschliche Wesen ist kein dem einzelnen Individuum inwohnendes Abstraktum.“

Nun folgt die entscheidende Stelle, die zur Fehldeutung geradezu einlädt: „In seiner Wirklichkeit ist es das ensemble[...]“ *Es* kann sich nur auf das menschliche Wesen beziehen, welches spätestens seit dem zweiten Satz das grammatikalische Subjekt des Gedankenganges war. So ist „es“, das menschliche Wesen, das „ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse“. Man darf hier das französische *ensemble*,

699 Buckel (2015), S. 217 [Hervorhebung von mir, S. K.].

700 Marx/Engels (1990), S. 6 [Hervorhebung im Original].

welches Marx benutzt, getrost als „Gesamtheit“ oder „Einheit“ übersetzen. Für Marx liegt damit das Wesen des Menschen im Gegensatz zu Feuerbach nicht in der abstrakten Unendlichkeit Gottes als dem Bewußtsein des Verstandes von seiner Vollkommenheit, sondern in der Gesamtheit der gesellschaftlichen Verhältnisse. Diese Wirklichkeit des menschlichen Wesens in der Gesamtheit der Verhältnisse nennt Marx entsprechend dann „wirkliches Wesen“.<sup>701</sup> Der Begriff Wirklichkeit ist nun selbst, man weiß dies seit Hegels bekanntem Diktum aus der Vorrede der Grundlinien, nicht mit der platten Realität zu verwechseln. Diese Wirklichkeit Hegels – und Marx ist hierin Hegelianer genug – ist immer schon geistig durchgebildete Welt.

Diese Ausgangsabstraktion, nämlich das religiöse Wesen im abstrakt-menschlichen Wesen aufzulösen, führt für Marx bei Feuerbach zu einer zweiten Abstraktion, zunächst der Abstraktion von der Geschichte allgemein sowie dem Ausgang von einem isolierten menschlichen Individuum und dann dem Postulat einer Gattungseinheit als lediglich „*natürlich* verbindende Allgemeinheit“<sup>702</sup>. Das ist aber für Marx bürgerliches Denken: *Abstraktion vom geschichtlichen Verlauf*, Ausgang des Denkens von einem *isolierten menschlichen Individuum*, nachträgliches Postulat einer Gattung, die eigentlich nur als *natürliche Verbindung* aufgefasst werden kann, anstatt einen Wesensbegriff ins Auge zu fassen, der mehr ist denn eine natürliche Verbundenheit.

Wozu dient diese, zugegeben recht kleinteilige, Exegese? Zunächst einmal besteht kein Zweifel, *dass* Buckel dieser fehlerhaften Lektüre Marx' unterliegt. Zu Beginn ihres Abschnittes zur Subjektivierung heißt es im Zusammenhang mit der Konstitution sozialer Verhältnisse genau entgegen dem Wortsinn der Textstelle:

„Dies gilt in besonderem Maße für die *Individuen*, die weder Ursprung, noch eine Einheit, noch rationale, sich selbst transparente AkteurInnen sind, sondern einer materialistischen Theorie als ‚Ensemble gesellschaftlicher Verhältnisse‘ gelten [...]“<sup>703</sup>

---

701 Marx/Engels (1990), S. 6.

702 Marx/Engels (1990), S. 6 [Hervorhebung im Original].

703 Buckel (2015), S. 217 [Hervorhebung von mir, S. K.].

Buckel zieht also aus ihrer Lektüre der 6. Feuerbachthese den falschen Schluss, Marx bezeichne das Individuum als das Ensemble gesellschaftlicher Verhältnisse. Warum macht es einen Unterschied, ob sie Marx hier missversteht und annimmt, er bezeichne das *Individuum* und nicht das menschliche Wesen als das Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse? Die Folgen liegen auf der Hand. Es kommt für Buckel darauf an, diese gesellschaftlichen Verhältnisse in ihrer Wirkung auf das einzelne Individuum zu untersuchen. Das kann man durchaus mit einigem Erkenntnisgewinn betreiben (Foucault hat bekanntlich wenig anderes getan), es hat lediglich nichts mit der 6. Feuerbachthese zu tun. Denn diese ist kein Aufruf zur Soziologie. Buckel stützt aber ihren „gesellschaftstheoretischen“ Ansatz auf den „Einschnitt“<sup>704</sup> in Marx' Werk und nimmt für sich in Anspruch, anders als Menke keine frühmarxistisch-normativistische Rechtskritik, sondern materialistische Gesellschaftskritik im Sinne des sog. „reifen“ Marx zu betreiben.<sup>705</sup> Dieses „Ensemble von Subjektpositionen“<sup>706</sup> gleicht tatsächlich jedoch weniger einer *Einheit* denn einer *Ansammlung* von Subjektpositionen. Es gilt daher laut Buckel: Das Individuum ist die Summe seiner Subjektpositionen.<sup>707</sup>

Bislang ist damit jedoch lediglich etwas über das Individuum gesagt. Es sei nun zur Erklärung der Wichtigkeit der oben angesprochenen Unterscheidung zwischen Individuum und Wesen bei Marx in einem zweiten Schritt das Wesen des Menschen in seiner Wirklichkeit (d. h. dem Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse) in Deckung zu bringen mit dem, was wir von dem Menschen in Erfahrung bringen können. Deshalb halte ich mich im Folgenden an den Vorschlag Buckels, die Hinweise nicht aus den „normativistischen Frühschriften“ Marx' zu ziehen, sondern einen Blick ins *Kapital* zu werfen. Marx gibt dort in der Diskussion des Doppelcharakters der Arbeit einen kurzen Hinweis, der für meine Frage interessant ist. Dort verweist Marx auf die Existenz des „Menschen

704 „Zutreffend ist aber sicherlich, dass die ‚Deutsche Ideologie‘ die Feuerbachthesen und vor allem das Kapital einen Einschnitt in seinem Werk darstellen.“ Buckel (2017), S. 465.

705 Buckel (2017), S. 465.

706 Buckel (2015), S. 217.

707 Dass dahinter ein Programm steht ist kein Geheimnis, nur muss man sich entscheiden, mit welchem „Ensemble“ man es eher halten möchte. Vgl. zum Subjektbegriff daher Laclau/Mouffe (1991), S. 167–176.

schlechthin“. Dieser spiele in der bürgerlichen Gesellschaft, anders als „ein General oder Bankier“, keine große, sondern „eine sehr schätzbare Rolle“<sup>708</sup> und er verweist in einer Fußnote ohne weiteren Kommentar auf den § 190 der *Grundlinien* Hegels. Dieser Paragraph wiederum setzt zunächst nicht mit dem Menschen, sondern mit dem *Tier* ein. Das Tier, so könnte man den Gedanken im Gange der Hegel'schen Überlegungen reformulieren, bedarf keiner bürgerlichen Gesellschaft. Das Tier habe nämlich – wenig überraschend – nur „einen beschränkten Kreis von Mitteln und Weisen der Befriedigung seiner gleichfalls beschränkten Bedürfnisse.“<sup>709</sup> Der Mensch geht über diesen Punkt selbstredend hinaus und zwar durch Vervielfältigung, Zerlegung und Unterscheidung dieser Bedürfnisse, sodass Hegel von „abstraktere[n] Bedürfnisse[n]“ spricht.<sup>710</sup> Die Darlegung der Verfeinerung der Bedürfnisse dürfte Marx jedoch weniger interessiert bzw. motiviert haben, mitten im Kapitel über den Doppelcharakter der Arbeit auf diesen Paragraphen Hegels zu verweisen. Interessanter im Zusammenhang mit unseren Überlegungen ist daher auch die Anmerkung, die Hegel zu diesem Paragraphen macht. Sie lautet:

„Im Rechte ist der Gegenstand die Person, im moralischen Standpunkt das Subjekt, in der Familie das Familienglied, in der bürgerlichen Gesellschaft überhaupt der Bürger (als bourgeois) – hier auf dem Standpunkte der Bedürfnisse (vergl. § 123 Anm.) ist es das Konkretum der Vorstellung, das man Mensch nennt; es ist also erst hier und auch eigentlich *nur hier vom Menschen* in diesem Sinne die Rede.“<sup>711</sup>

Es wird vielleicht deutlich, was Marx hieran schätzig findet. Wenn das Wesen des Menschen in seiner konkreten Wirklichkeit nur im Ensemble der gesellschaftlichen Verhältnisse zu suchen ist, dann wird die Kritik an Feuerbach anhand dieses Verweises noch deutlicher. Wenn dieser das menschliche Wesen aus der Erfahrung der eigenen unendlichen Vernunftfähigkeit ableitet, kann Marx dies nur weltfremd vorkommen. Der Mensch – soweit er nicht General oder Bankier ist – wird bei Hegel mit dem Standpunkt der Bedürfnisse abgespeist. Und als ob dies nicht genüge, verweist Hegel selbst in

---

708 Marx (2018), 59.

709 Hegel (1986b), § 190.

710 Hegel (1986b), § 190.

711 Hegel (1986b), § 190 [Hervorhebung von mir, S. K.].

der Anmerkung zu § 190 auf die Anmerkung zu § 123 der *Grundlinien*. Dieser Paragraph gehört anders als der § 190 nicht in die Sphäre der Sittlichkeit, genauer: das System der Bedürfnisse im Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft, sondern steht im Moralitätskapitel. Die Moralität als Standpunkt des (bloß) subjektiven Willens liegt zwar schon jenseits der *Person* des noch abstrakten Rechts, richtet sich jedoch an das *für sich* unendliche Subjekt. Dennoch befinden wir uns, handlungstheoretisch gesprochen, in der Sphäre der (notwendigen) Endlichkeit.<sup>712</sup> Relevant für die Bedürfnisse des § 190 wird der Verweis, da Hegel in dem entsprechenden Abschnitt der §§ 121 ff. über die subjektiven Zwecke und Inhalte der handelnden Subjekte reflektiert. Während § 121 die subjektive Freiheit des Subjekts postuliert, d. h. in einer konkreten Handlung „seine Befriedigung zu finden“<sup>713</sup> und § 122 das Verhältnis von subjektivem Interesse und Zweckerreichung thematisiert, wird in § 123 der Zusammenhang mit § 190 deutlich. Der Inhalt des subjektiven Willens ergibt sich aus dem „natürlichen subjektiven Dasein, Bedürfnissen, Neigungen, Leidenschaften, Meinungen, Einfällen u.s.f. [...] die Zwecke der Endlichkeit überhaupt.“<sup>714</sup> Michael Quante bringt es auf den Punkt, indem er ein wenig lapidar festhält: „Insgesamt läßt sich zum Inhalt des Handelns in allgemeiner Weise daher nur wenig Konkretes sagen.“<sup>715</sup> So hatte Feuerbach das wohl nicht gemeint, als er das menschliche Wesen als das Endliche bestimmte.<sup>716</sup>

Marx verweist also bei der Frage nach *dem Menschen* auf den § 190 der Grundlinien, welcher dem Menschen im Hegel'schen System den Standpunkt der Bedürfnisse zuordnet und für alles Weitere auf § 123 verwies. Dort findet sich der endliche Zweck des moralischen Subjekts, welches, noch nicht in die Sittlichkeit aufgehoben, zu seinem bloß subjektiven Recht (ver-)kommt, sich endliche Zwecke setzt und diese handelnd zu realisieren sucht. Damit endet der Gedankengang Hegels jedoch nicht. Denn auch der § 123 der *Grundlinien* nimmt einen Verweis vor, und zwar auf den § 108. Hier wird noch einmal der subjektive Wille als „abstrakt, beschränkt und for-

712 Hegel (1986b), § 115.

713 Hegel (1986b), § 121.

714 Hegel (1986b), § 190.

715 Quante (1993), S. 215.

716 Feuerbach (1843), S. 48.

mell<sup>717</sup> eingeführt, die Sphäre seines Daseins als die der „Differenz, Endlichkeit und Erscheinung des Willens“<sup>718</sup> bestimmt. Hegel geht so weit zu sagen, dass auf dieser Ebene der Entwicklung über den subjektiven Willen prinzipiell nicht zu urteilen ist. Der Standpunkt des subjektiven Willens in der Moralität ist, weil er noch nicht in die Sittlichkeit überführt wurde, der Standpunkt, von dem aus kein substanzieller Unterschied zwischen dem Moralischen und Unmoralischen gemacht werden kann. Sowohl die moralische wie die unmoralische Handlung beruhen auf demselben Prinzip, nämlich dem Prinzip der Subjektivität des Willens.

Doch der § 123 nimmt noch einen Verweis vor und bezieht sich auf den § 11 der *Grundlinien*. Dort wird der natürliche Wille abgehandelt als der erst „an sich freie Wille“ mit seinem unmittelbar vorhandenen Inhalt, der aus „Triebe[n], Begierden, Neigungen“ bestehe.<sup>719</sup> Er steht jedoch schon am Anfang eines Gedankenganges, der in der Vermittlung durch die Reinigung der Triebe (§ 19) qua Reflexion auf selbige (§ 20) zum Begriff des nicht mehr nur an sich freien, sondern an und für sich freien Willens führt. Ähnliches deutet auch der § 123 – immerhin steht er im Abschnitt mit dem Titel „Die Absicht und das *Wohl*“ – an, nämlich die Überschreitung der Position einer reinen Endlichkeit unter den Begriffen Wohl und Glückseligkeit, und zwar nicht nur des bzw. der eigenen (vgl. dazu § 125). Auf diesen Komplex hat uns Marx (zweifelloos stand ihm dieser Zusammenhang vor Augen) verwiesen, als er auf den Menschen schlechthin zu sprechen kam.

Was gewinne ich nun aus diesen Überlegungen für die Frage der Subjektivierung bei Buckel? Dazu greife ich die von Buckel ins Spiel gebrachte Unterscheidung zwischen einem gesellschaftstheoretischen und einem bloß rechtsphilosophischen Zugang auf. Hieran interessiert nun weniger die Auseinandersetzung Buckels mit Menke, sondern die Frage, inwiefern ihr Ansatz überlegen ist.

Ihre Studie lässt an dieser Überlegenheit Zweifel aufkommen. Das liegt nicht nur daran, welche Subjektivierungen Buckel überhaupt in den Blick nimmt. Sie selbst verweist, ich hatte das eingangs erwähnt, wiederhole die Aufzählung aber hier, auf folgende Subjektivierungs-

---

717 Hegel (1986b), § 108.

718 Hegel (1986b), § 108.

719 Hegel (1986b), § 11.

regime: *Warenbesitzer, differente Körper und Identitäten, politisch Vereinzelte und abstrakte Rechtssubjekte*.<sup>720</sup> All diese Regime seien zugestanden und der Sache nach alles in allem unbestritten. Auch Hegel kennt „abstrakte Rechtssubjekte“, sowohl im abstrakten Recht als Person wie im entwickelten Rechtszustand der Rechtspflege, in dem „Ich als allgemeine Person aufgefaßt werde, worin alle identisch sind.“<sup>721</sup> Auch die Vermittlung oder Kohäsion<sup>722</sup> der Einzelnen „Monaden“ findet bei Hegel im Extremfall in der Wirklichkeit der Tapferkeit als Gesinnung, d. h. durch „das Hingeben der persönlichen Wirklichkeit“ statt.<sup>723</sup> Was Hegel hier als notwendig affirmiert, geht weit über das hinaus, was Buckel *kritisiert*.

Es bleibt noch das heute zentrale (und vielleicht einzige) Subjektivierungsregime von echter Relevanz, die bürgerliche Gesellschaft, der Ort der Entfremdung.<sup>724</sup> Buckel beschreibt die bürgerliche Gesellschaft zurecht als einen Ort, an dem sich Individuen „nicht als soziale Individuen [be]handeln können, sondern nur als konkurrierende WarenbesitzerInnen.“<sup>725</sup> Der Hegel'sche Pöbel<sup>726</sup> wäre ganz undenkbar ohne die „Anhäufung der Reichtümer“ einerseits und die „Vereinzelung und Beschränktheit der besonderen Arbeit und damit die Abhängigkeit und Not“ auf der anderen Seite.<sup>727</sup> Die Frage ist jedoch, was mit diesen Einsichten gewonnen ist für eine Theorie der Subjektivierung bzw. anders gefragt: Worauf zielt die Theorie der Subjektivierung?

Der Vorwurf Buckels am Ende ihres Textes zur „Bürde subjektiver Rechte“ ist gegen rechtsphilosophische Ansätze – zu dem ich auch den hier vertretenen zähle –, wie folgt gerichtet: „Eine Philosophie, die sich darauf beschränkt, die seit zweihundert Jahren bestehende Blockade im Recht mit guten Argumenten nachzuweisen, ruft die ‚II. Feuerbachthese‘ in Erinnerung.“<sup>728</sup> Will heißen, wer sich rechtsphi-

720 Buckel (2015), S. 219.

721 Hegel (1986b), § 209.

722 Eigentlich bezeichnen Vermittlung und Kohäsion dieselbe Sache, erstere klingt selbstredend unversöhnter.

723 Hegel (1986b), § 328.

724 Hegel (1986b), § 238.

725 Buckel (2015), S. 219 [Hervorhebung im Original].

726 Hegel (1986b), § 244.

727 Hegel (1986b), § 243.

728 Buckel (2017), S. 474.

losophischer Problemanalyse ohne hinreichende Berücksichtigung gesellschaftstheoretischer Implikationen hingibt, der *interpretiert* die Welt lediglich und verhält sich somit beinahe reaktionär. Die II. Feuerbachthese wiederum ruft einen anderen bedeutenden Text in Erinnerung, nämlich die *Negative Dialektik*. Diese beginnt immerhin mit einem von Adorno nicht kenntlich gemachten, aber dennoch direkten Bezug auf die II. Feuerbachthese, und zwar: „Philosophie, die einmal überholt schien, [und zwar durch die II. Feuerbachthese, S. K.] erhält sich am Leben, weil der Augenblick ihrer Verwirklichung versäumt war [und zwar seit der gescheiterten Revolution, spätestens 1918, S. K.]“<sup>729</sup> Die heutige Kritische Theorie teilt sich damit selbst in zwei Gruppen. Es gibt diejenigen, welche dem ersten Satz der *Negativen Dialektik* zustimmen, und es gibt diejenigen, die ihm nicht zustimmen. Der ungebrochene Rekurs auf die II. Feuerbachthese ist damit für mich bis auf Weiteres erledigt. Die Revolutionen sind gescheitert, es beginnt das Nachdenken darüber, warum das der Fall ist.<sup>730</sup>

Damit wäre ich bei Buckels zweitem Vorwurf angelangt, nämlich der Kritik der Erkenntnistheorie. Buckel hatte in ihrem Text zur „Bürde der subjektiven Rechte“ eine Parallele zwischen rechtsphilosophischen Ansätzen und erkenntnistheoretischen Lösungen angedeutet, ohne diese Nähe näher zu erläutern oder zu begründen.<sup>731</sup> Ich unternehme deshalb zum Abschluss dieser Überlegungen einen kurzen Versuch der Erklärung (und der Rettung) dieses Zusammenhangs.<sup>732</sup> Dieser Zusammenhang zwischen Rechtsphilosophie und Erkenntnistheorie sowie Gesellschaftstheorie und „offensiv-hegemo-

---

729 Adorno (1966), S. 13.

730 Auch Menkes erster Satz in der *Theorie der Befreiung* ist ein Hinweis auf die II. Feuerbachthese und auf die soeben zitierte Anspielung Adornos. Er lautet: „Wir leben in einer Zeit gescheiterter Befreiungen. Alle Befreiungen, die die Moderne seit ihrem Beginn hervorgebracht hat, haben sich – früher oder später – ins Gegenteil verkehrt.“ Menke (2022), S. 9.

731 Ich verwende die Begriffe im Folgenden so, wie Buckel dies tut. Die starre Unterscheidung zwischen Rechts- und Gesellschaftstheorie leuchtet mir eigentlich nicht ein, da eine halbwegs aufgeklärte Rechtsphilosophie immer im Feld des objektiven Geistes (um es noch einmal mit Hegel zu sagen) operiert.

732 Hier argumentiere ich aus eigenem Recht, auch wenn meine Verteidigung der sog. „erkenntnistheoretischen Lösung“ auch Menkes Lösung zugutekommt. Weiteres dazu in §3 der vorliegenden Studie.

niale[m] Projekt<sup>733</sup> wird rein negativ bestimmt. Wer nicht „gesellschaftstheoretisch“ argumentiert, d. h. sich nicht fragt, wo „die realen sozialen Kräfte und Bewegungen“ sind, die sich „eine solche Forderung auf die Fahnen schreiben“<sup>734</sup> kann eigentlich nach Buckel nur dem erkenntnistheoretischen Defätismus verfallen. Insofern ist die Verbindung von Erkenntnistheorie und rechtsphilosophischem Ansatz keine notwendige Verknüpfung. Es genügt schon, nicht Gesellschaftstheorie zu betreiben, d. h. sich zu überlegen, wer die Fahne tragen könnte, auf der in Zukunft die eigenen Ideen Platz finden. Aber ich möchte diese negative Deutung aufgreifen und ihren wahren Kern freilegen. Die „rechtsphilosophische“ Betrachtung eröffnet nämlich tatsächlich einen für die Erkenntnis privilegierten Ort, von dem aus eine Wirkung auch auf andere Momente der Herstellung von „Subjektivität“ ausgeht. Dieser privilegierte Ort ergibt sich aus der Kritik einer rechtlichen Autonomie, die den Rückgang auf die Natur immer schon teleologisch eingeholt hat. Hegel steht hier mit den §§11 – 21 der *Grundlinien* nur pars pro toto für eine individuelle Selbstbeherrschung. Der Kraftbegriff Menkes verhindert diese affirmative Bezugnahme und verweigert sich dem Aufgehen der Momente im Allgemeinen.<sup>735</sup> Hier wird in der Konstitution rechtlicher Subjektivität ein Moment besonders deutlich ausgesprochen. Damit bleibt die Wirkung aber nicht auf den Bereich des Rechts allein beschränkt.

Der zentrale Punkt, um das noch einmal hervorzuheben, ist folgender: Der Hinweis Marx' auf die Stellung des „Menschen schlechthin“ in den Hegel'schen *Grundlinien* und dort genauer auf den Standpunkt der Bedürfnisse (§ 190) ist bei Hegel im Bereich sittlicher Freiheit verortet. Hegel grenzt ihn gleichzeitig gegen die Kategorie der bloßen Natur ab.<sup>736</sup> Ich hatte auf diese Dialektik der Triebe und deren Hinausweisen auf das Reich der Freiheit hingewiesen. Die „verschiedene[n] partikularisierte[n], damit abstraktere[n] Bedürfnisse“<sup>737</sup> sind gerade auch als Hinweis auf die von dem Menschen

733 Buckel (2017), S. 474.

734 Buckel (2017), S. 473.

735 Meine von Menke dann i. E. doch recht deutlich abweichende Fassung des Problems werde ich gegen Ende der Arbeit darlegen, vgl. in dieser Studie § 3.

736 Vgl. die Anmerkung zu Hegel (1986b), § 194.

737 Hegel (1986b), § 190.

gegebenenfalls zu entwickelnde Individualität zu verstehen.<sup>738</sup> Die Auflösung der postulierten „Vermischung von Naturnotwendigkeit und Willkür“<sup>739</sup> gelingt bei Hegel meines Erachtens nicht. Hier liegt ein Ansatzpunkt für die Kritik, nämlich eine Bestimmung hervorzu- bringen, welche jenseits der Willkür liegen könnte. Den Versuch einer solchen Bestimmung werde ich im Abschlusskapitel unternehmen. Hier geht es mir zunächst um den Nachweis, dass eine „rechts- philosophische“ Betrachtung recht nah an den Ort führen kann, der *kritisch* im Wortsinne wird, weil er eine wesentliche Entscheidung freilegt. Dass dabei Fragen nach der Erkenntnistheorie überprivilegiert werden, ist nur teilweise korrekt. Denn die Fragen nach dem Urteil, der Individualität oder, allgemein gesprochen, einer konkreten Subjektivität sind Fragen, die immer mehr implizieren als bloß ein anderes Urteil. Zudem glaube ich, dass es nicht zuletzt auch ein fehlendes Interesse für epistemische Fragen auf Seiten Marx' war, der einen erneuten Rückgang auf selbige erforderlich macht. Damit ist aber auch die Frage nach der Auslegung der 6. Feuerbachthese erläutert. Es ist nicht darum zu tun, im Individuum allerlei verschiedene Herrschaftsstrukturen aufzufinden (die seine „Subjektposition“ sicherlich durchziehen). Es dreht sich vielmehr darum, die wesentlichen Fragen auf einen neuralgischen Punkt zusammen- und von dort eine Entscheidung herbeizuführen. Dabei hilft die Konzentration auf das konkrete Individuum nicht unbedingt weiter, verliert man bei dieser Zusammenschau doch die wesentlichen Fragen eher aus dem Blick, als dass man für diese sensibilisiert würde. Ich werde diese Fragen nun im Folgenden Kapitel (§ 2) unter dem Begriff Urteilen diskutieren.

---

738 So zu Recht, allerdings mit Hinweis auf § 184, vgl. Menke (1996), S. 155.

739 Hegel (1986b), § 182.

## § 2. Wie urteilen?

Diese Studie hat die Aufmerksamkeit bislang auf drei Begriffe gelenkt, anhand derer ich versucht habe, die zeitgenössische Rechtskritik kritisch zu diskutieren. Diese drei Begriffe lauten *Form*, *Gewalt* und *Subjektivität*. Dieser Teil der Studie ist abgeschlossen und bildet die Basis für die beiden folgenden Kapitel. Das vorliegende Kapitel (§ 2) soll insofern ein Bindeglied darstellen, als es das Verständnis der Rechtskritik mit einer eigenen Konzeption vermittelt, welche im Anschluss an dieses Kapitel dargestellt wird (§ 3). Insofern verfolgt dieses Kapitel zwei Stoßrichtungen. Einerseits sollen die Konsequenzen aus der bislang dargestellten Kritik am bürgerlichen, liberalen bzw. europäischen Recht gezogen und dargelegt werden. Hier ist das Versprechen aus dem Kapitel zur rechtlichen Form einzulösen, nämlich die Forderungen der jeweiligen Rechtskritiker aus ihrer Formbestimmung heraus zu artikulieren.

Andererseits wird an dieser Stelle noch einmal abwägend und prüfend gefragt, welche Punkte der Kritik überzeugen und es wert sind, in einem abschließenden Kapitel aufgegriffen zu werden. Auch in diesem Abschnitt wird die schon im vorangegangenen Kapitel erprobte Form der Darstellung beibehalten, d. h. ich widme mich noch einmal gesondert den jeweiligen Überlegungen, dieses Mal in Form der Konsequenzen, die Sonja Buckel, Daniel Loick und Christoph Menke aus ihrer Kritik am Recht ziehen und gezogen haben. Deutlich wird ein Punkt. Alle drei beziehen sich auf den Begriff Urteil bzw. das Urteilen. Menke sucht nach Wegen neuen Bestimmens und Urteilens des Subjekts, Loick möchte das Urteilen durch den Bruch mit der Legalität vom Zwang befreien und pluralisieren, Buckel strebt eine temporäre bzw. vorläufige Erweiterung des den (elitären) Juristen vorbehaltenen Urteils durch eine Rückeroberung entfremdeter (Rechts-)Formen an. Der Hintergrund dieser Überwindungsstrategien liberaler Rechtskonzeptionen ist keine geringere Frage als diejenige danach, wie der Begriff des Rechts zu bestimmen ist. Im Grunde hat sich diese Frage schon einmal bei der Darstellung der

rechtlichen Form ergeben. Sie tritt aber in der Diskussion um das Urteilen noch einmal besonders prominent hervor.

Auf die überragende Bedeutung des Urteilsbegriffes hat nicht zuletzt Sabine Müller-Mall in ihrer neueren Studie *Verfassende Urteile* hingewiesen. Bei diesen verfassenden Urteilen handelt es sich nach Müller-Mall um solche Gerichtsurteile, welche „Erweiterungen, Vertiefungen und Verdichtungen von Verfassung“<sup>740</sup> vornehmen und im Zusammenhang mit der Diskussion der (europäischen) Konstitutionalisierung stehen. Von einer solchen Untersuchung verfassender Urteile und der zugrunde liegenden Urteilsstruktur, dem Urteilen, erhofft sich Müller-Mall Aufschluss über das Recht als solches, denn das „Urteilen in den Blick zu nehmen, bedeutet also, am Grunde des Rechts zu forschen.“<sup>741</sup> So beschäftigen sich die drei hier zentral aufgegriffenen Studien von Menke, Buckel und Loick zentral mit dem Urteilen, der Hinweis auf Müller-Mall zeigt aber an, dass darin in verschiedener Hinsicht Differenzen liegen können. Diese beziehen sich einerseits auf die Frage, *wo* das (relevante) Urteilen verortet wird, andererseits darauf, *worüber* geurteilt wird.

Buckel dürfte Müller-Malls Konzeption des Rechtsbegriffs, den diese wesentlich entlang des gerichtlichen Urteilens versteht, unmittelbar zustimmen. Buckel hatte genau so das Wesen des Rechts benannt, nämlich als das juristische Verfahren, dessen Kern der Prozess darstellt.<sup>742</sup> Schon im Kapitel zur rechtlichen Form habe ich darauf hingewiesen, dass auch Schmitt die Form des Rechts in diesem Sinne, sogar unter dem Begriff der Rechtsform, bestimmt.<sup>743</sup> Nicht zufällig hatte dieser sich schon früh mit dem richterlichen Urteil auseinandergesetzt<sup>744</sup> und wird dann auch von Müller-Mall prominent am Anfang des Buches zitiert.<sup>745</sup> Das *Wo* des Urteilens liegt hier im Verfahren, das *worüber* ist unproblematisch mitgegeben, es handelt sich um das Urteilen über rechtliche Fragestellungen.

Es ist offenbar, dass Menkes Konzeption, das Recht über die Rechte und die darüber prozessierte Selbstreflexion zu beschreiben,

---

740 Müller-Mall (2023), S. 11.

741 Müller-Mall (2023), S. 8.

742 Überraschenderweise nimmt Müller-Mall, trotz einiger Ähnlichkeiten, keinerlei Bezug auf Buckel.

743 Schmitt (2015b), S. 34–35.

744 Schmitt (2009).

745 Müller-Mall (2023), S. 7, Fn. 2.

damit nicht zusammengeht. Der Ort des Urteilens, die Frage danach, *wo* geurteilt wird, ist für Menke eine Frage nach dem Subjekt. Von dieser Frage, *wer* urteilt, ist aber die Frage, *worüber* geurteilt wird, zu unterscheiden. Bei Menke gerät die Hervorbringung von Normativität durch die Teilnehmer der rechtlichen Praxis in den Blick, d. h. die Urteilspraxis bezieht sich wesentlich auf das Andere des Rechts, Natur, Nicht-Recht, das durch den Urteilsprozess in das Recht überhaupt erst hineingenommen wird. Eine Zwischenstellung nimmt die Überlegung Daniel Loicks ein, der zwar einerseits bei der Frage der Form auf Menkes Konzeption Bezug nehmen wird, sich aber letztendlich für Fragen gemeinschaftlichen Urteilens interessiert, die tendenziell einem, allerdings völlig anders gestalteten, juristischen Verfahren nachgebildet sind. Die Frage des Urteilens interessiert Loick damit im Hinblick auf alle Teilnehmer einer Praxis. Gegenstand des Urteils ist jedoch, anders als bei Menke, die Aushandlung einer Verfassung und die gemeinsame Interpretation eines Gesetzestextes.

Insofern versammelt das folgende Kapitel verschiedene Konzeptionen, die sich zwar einerseits im Hinblick auf die Beschäftigung mit Urteilskonzeptionen ähneln, jedoch den Ort, an dem geurteilt wird, d. h. *wer* urteilt bzw. welches Urteilssubjekt in den Blick gerät, genauso unterschiedlich bestimmen, wie sie die Frage beantworten, *worüber* geurteilt wird. Ich beginne die Darstellung mit Menkes Konzeption, dem Urteilen des Subjekts, um mich langsam in Richtung des Urteilens im juristischen Verfahren vorzuarbeiten.<sup>746</sup>

## I. Ein neues Urteilen: freies Bestimmen (Menke)

Zunächst greife ich Menke und dessen Kritik an der Subjektkonstitution in der liberalen Moderne auf und erinnere in diesem Zusammenhang an seine These, das bürgerliche Recht habe die Thesen Aristoteles' - von der Herrschaft des Geistes über den Körper und von den Sklaven von Natur - nie überwunden. Gegen eine Theorie des Subjekts als eines Inhabers von Vermögen, zu deren grundsätzli-

---

746 Noch diesem Urteilen des Subjekts vorgelagert ist die Vorstellung von Urteilen, die dem Subjekt immer schon vorausgehen. Der Nachvollzug dieses Urteils kann als Scham erlebt werden, vgl. dazu Eribon (2017), S. 43–71.

cher Aneignung jeder zu befähigen sei, stellt Menke die These der prinzipiellen Ungleichheit der Vermögen. Neben dieser Unmöglichkeit, die Gleichheit der Einzelnen auf ein Vermögen des Subjekts zu stützen, sieht Menke zudem keine Möglichkeit, die Freiheit des Subjekts zu denken, solange diese im Sinne einer Selbstbeherrschung ohne Berücksichtigung des Begriffes der *Kraft* gedacht wird. Hier setze ich zunächst an und schaue, wie Menke diese Widerlegung der Thesen des Aristoteles in der *Kritik der Rechte* angeht. Ich behaupte im Folgenden, dass diese Widerlegung in besagter Schrift mindestens unvollständig bleibt, weshalb Menke sich dann genötigt sah, das Problem noch einmal in der *Theorie der Befreiung* anzugehen.<sup>747</sup> Ich behalte diesen Zweischritt Menkes weniger aufgrund chronologischer Genauigkeit bei, als vielmehr weil der Übergang von der *Kritik der Rechte* hin zur *Theorie der Befreiung* auch für meine am Ende dargelegte eigene Konzeption von Bedeutung ist. Meine These lautet dahingehend, dass die *Theorie der Befreiung* die in der Konzeption der *Kritik der Rechte* angelegten Potentiale verspielt. Anstatt diesen Bruch zwischen der *Kritik der Rechte* und der *Theorie der Befreiung* zu ignorieren, soll er vertieft werden. Begonnen sei mit der Konzeption des Urteilens aus der *Kritik der Rechte*, bevor ich den Urteilsbegriff der *Theorie der Befreiung* diskutiere.

## 1. *Kritik der Rechte* – Die Affektionen denken<sup>748</sup>

In den bisherigen philosophischen und anthropologischen Konzeptionen war die Natürlichkeit meist zur Beherrschung freigegeben. Genau diese Natürlichkeit ist es, die laut Menke nicht mehr unterdrückt, sondern in den „Prozeß der nachdenkenden Umwandlung sinnlicher, affektiver Evidenz“ einfließen soll. Dieser Umwandlungsprozess stellt den Kern des neuen Urteilens dar.<sup>749</sup> In diesem Prozess der Umwandlung sinnlicher Evidenz erscheint die Kraft wieder: „Die sinnliche Empfindung wirkt im Urteilen als Kraft: Sie ist der

747 Menke (2023), S. 406, Fn. 8.

748 Der folgende Abschnitt (bis S. 214) wurde bereits veröffentlicht, vgl. Kneip (2023). Die Revolution im Urteilen in Christoph Menkes Rechtskritik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 109 (3), S. 339–354.

749 Menke (2018d), S. 377.

Antrieb des Urteilens.<sup>4750</sup> Es ist in der *Kritik der Rechte* damit nicht mehr die Einbildungskraft, aus der eine politische Gleichheit abgeleitet wird, sondern die sinnliche Evidenz, das somatische Moment. Diese wird, statt sie zu einem Gegenstand der Herrschaft zu machen, aufgegriffen und dem begrifflichen Vermögen gleichgestellt. Das neue sinnliche Urteilen nimmt damit auch eine neue Form an. Es „regiert sich der aufständische Sklave durch sein Urteilen. In seinem Regieren bringt er die Normen des Rechts hervor, indem er die Evidenz seiner Empfindungen denkt.“<sup>4751</sup> Die Evidenz der Empfindungen denken – darin liegt der neue Begriff des Urteilens gegenüber dem klassischen. Daraus leitet sich Folgendes für das neue Urteilen ab:

„Der aufständische Sklave verweigert sich dem Positivismus der Tatsachen und durchbricht ihn durch sein Nachdenken, durch die Vermittlung mit dem Begrifflichen. Er durchbricht ihn durch die Politik (denn der politische Prozeß ist der negative Prozeß der Vermittlung).“<sup>4752</sup>

Aus diesem Grund kann Menke folgerichtig behaupten: „Die politische Selbstregierung des aufständischen Sklaven ist praktizierte Dialektik.“<sup>4753</sup> Vier Einwände seien an dieser Stelle formuliert. Die ersten beiden beziehen sich innertheoretisch auf die Konzeption des neuen Urteilens in der *Kritik der Rechte*, welche hier noch einmal kurz rekapituliert wird, während die letzten beiden Einwände prinzipieller Natur sind und sich auf den von Menke eingeführten Begriff *Passivität* beziehen.

a) „Moment anstatt Grund“

So wie das bürgerliche Recht positivistisch im Hinblick auf den Eigenwillen verfährt, droht ein unbedarfter Rückgriff auf die sinnliche Affektion, diesen Fehler zu wiederholen. Menke hat dieses Problem berücksichtigt und es soll seinen dialektischen Materialismus gerade ausmachen, nicht wie das liberale Recht positivistisch zu verfahren,

---

750 Menke (2018d), S. 378.

751 Menke (2018d), S. 380.

752 Menke (2018d), S. 380.

753 Menke (2018d), S. 380.

d. h. Kraft als Geltung zu deuten.<sup>754</sup> Er greift deshalb auf Adornos Auseinandersetzung mit der *prima philosophia*<sup>755</sup> in der *Negativen Dialektik* zurück: „Unmittelbarkeit bleibt der Dialektik nicht, als was sie unmittelbar sich gibt. Sie wird zum Moment anstatt des Grundes“,<sup>756</sup> um, wie es Hegel in scharfer Wendung gegen die unmittelbare Bestimmung des Rechts aus dem Gefühl formuliert, gerade nicht die „eigne Brust [...] zur Quelle des Rechts zu machen.“<sup>757</sup> So soll auch die sinnliche Evidenz „in der Selbstregierung durch die Vermittlung hindurch; nichts ist Grund, alles wird zum Moment.“<sup>758</sup> Auf den ersten Blick scheint es, als gäbe es damit in genannter Vermittlung – und diese bezeichnet den politischen Prozess – „nur noch“ Momente und keine unhintergehbaren Gründe mehr. Dieser Versuch einer dialektischen Durchbrechung der als Unmittelbarkeit der erkannten affektiven Evidenz, führt aber in seiner Durchführung selbst zu einer Verschiebung der Problemlage. Es ist zu sehen, dass es im neuen Urteil nach Menke nur noch Momente gibt, sobald die absoluten Gründe aufgehoben sind. Diese Privilegierung des Moments durch Adorno mag, gegen die *prima philosophia* gewendet, richtig sein. Ein Moment muss jedoch aufhören, *bloß* Moment zu sein, wenn es der Vermittlung mit seinem Gegenteil, nämlich dem Grund, enthoben wird. Was in Anwendung dieses Motivs auf die Politik also bleibt, sind nicht viele Momente, sondern viele Gründe. Dadurch verändert sich die Bestimmung des Moments. Soweit Menke auf die affektive Evidenz zu sprechen kommt, auf der das neue Urteil ruhen soll, lässt sich zudem festhalten, dass Adorno gerade in diesem Zusammenhang entweder von „ästhetisch avancierten

---

754 Menke (2018d), S. 372.

755 Mit der Bezeichnung *prima philosophia* hat Adorno vor allem die Fundamentalontologie Heideggers im Blick, grundsätzlich aber jedes Denken eines absoluten Anfangs bzw. Ursprungs, vgl. Adorno (1966), S. 44.

756 Adorno (1966), S. 50.

757 Hegel (1986b), § 2. In seinem Vorwurf an das liberale Recht, nämlich „Kraft als Geltung“ misszuverstehen, weiß sich Menke mit Hegel einig in der dialektischen Kritik an der Affirmation jeglicher Unmittelbarkeit. Die von Hegel jedoch daraufhin zur Überwindung der Unmittelbarkeit angemahnte Reinigung der Triebe durch Reflexion auf ebendiese, verweist auf eine Allgemeinheit, welcher Menke gerade mit dem Begriff der Kraft entgegentritt.

758 Menke (2018d), S. 380.

Nerven<sup>759</sup> oder explizit „philosophische Gedanke[n]“<sup>760</sup> ausgeht. So sind Horkheimer und Adorno vorsichtig in Bezug auf die intimsten Reaktionen der Menschen auch:

„Die intimsten Reaktionen der Menschen sind ihnen selbst gegenüber so vollkommen verdinglicht, daß die Idee des ihnen Eigentümlichen nun in äußerster Abstraktheit noch fortbesteht [...]. Das ist der Triumph der Reklame in der Kulturindustrie, die zwanghafte Mimesis der Konsumenten an die zugleich durchschauten Kulturwaren.“<sup>761</sup>

Adorno hat sich stets gegen jede *prima philosophia* gewandt. Gerade deren Moment des unhintergehbaren Anfangs erkennt Menke in der Struktur des liberalen Rechts wieder, soweit es positivistisch im Hinblick auf den Eigenwillen als nicht zu hinterfragende Tatsache verfährt. Mit dieser Parallele enden aber die Gemeinsamkeiten zwischen dem liberalen Recht und der Fundamentalontologie. Für die Rechtsphilosophie beginnt hier die eigentliche Arbeit, nämlich jenseits des absoluten Anfangs anzufangen. Für die Frage nach dem Eigenwillen bedeutet dies, dass Bestimmungen für die Vermittlung der Affektionen erarbeitet werden müssten. Der grundsätzlich richtige Hinweis auf die Vermittlung legt nur die Notwendigkeit einer Entscheidung darüber frei, welche Momente zukünftig Geltung erlangen sollen und welche nicht.

### b) Herrschaft des Begriffs

„Urteilen zu können heißt, Begriffe verwenden zu können.“<sup>762</sup> Diese Aussage Menkes leitet zu meinem nächsten Einwand über, den ich anhand des folgenden Zitats verdeutlichen möchte. In diesem umschreibt Menke das neue Urteilenso: „Der aufständische Sklave verweigert sich dem Positivismus der Tatsachen und durchbricht ihn durch sein Nachdenken“<sup>763</sup> Dreht sich nicht das ganze Problem bezüglich der aristotelischen These der Ungleichheit der Menschen um die Frage, wie umzugehen ist mit denjenigen, die des begriffli-

---

759 Adorno (1970), S. 191.

760 Adorno (1998), S. 605.

761 Horkheimer/Adorno (2016), S. 176.

762 Menke (2018d), S. 374.

763 Menke (2018d), S. 380.

chen Urteils nicht fähig sind und deshalb Leidende bleiben? Die aristotelische These bezüglich der Ungleichheit im Hinblick auf das Vernunftvermögen ist deshalb so schwer zu widerlegen, weil sie keine bloße Einbildung ist. Menke spricht das klar aus: „Aristoteles hat recht, wenn er sagt, daß das Vernunftvermögen nicht gleich verteilt ist, daß die Menschen es mehr oder weniger besitzen. Aber das legitimiert keine Herrschaft.“<sup>764</sup> Auch Adorno ist kein Anhänger der These, dass die Einbildungskraft die Gleichheit hervorbringt. In Bezug auf die Möglichkeit philosophischer Erfahrung schreibt er:

„Zu konzedieren ist, daß tatsächlich nicht jeder gleichermaßen philosophische Erfahrungen derart machen kann [...]. Während das Argument demokratisch sich gebärdet [*nämlich das Argument, daß alle Menschen zu einer solchen Erfahrung fähig seien, S. K.*], ignoriert es, was die verwaltete Welt aus ihren Zwangsmittgliedern gemacht hat. Geistig können nur die dagegen an, die sie nicht ganz gemodelt hat. Kritik am Privileg wird zum Privileg; so dialektisch ist der Weltlauf.“<sup>765</sup>

Wenn nun aber tatsächlich einige Menschen primär in ihrer Sinnlichkeit verharren, dann könnten sie auch nach Menkes Vorschlag nicht richtig urteilen. Es bedarf auch bei der Umwandlung natürlicher Affektionen in Begriffe stets eines Prozesses der Übersetzung. Was befähigt den aufständischen Sklaven plötzlich zu dieser Vermittlung, den „Widerstreit“ von Affektion und Begriff auszutragen?<sup>766</sup>

Es gäbe an dieser Stelle zwei Möglichkeiten, darauf zu reagieren, die beide um das Verhältnis von Natur und Begriff, d. h. um die Frage der Identität kreisen. Adorno bezeichnet dieses Prinzip der Identität ausdrücklich als das der Naturbeherrschung, welches sich bis in die Struktur des Begriffes durchhält.<sup>767</sup> Die erste Variante würde daher mit der Identität des Begriffes brechen. Kaum eine andere Wissenschaft dürfte den Nexus zwischen Herrschaft und Begriff besser verkörpern als die Rechtswissenschaft. Man darf wohl so weit gehen zu sagen, dass es gerade die Jurisprudenz ist, welche der Philosophie darin in nichts nachsteht, „das von den Begriffen

---

764 Menke (2019), S. 166f.

765 Adorno (1966), S. 51.

766 Menke (2018d), S. 383.

767 Adorno (2007), S. 21.

Unterdrückte, Verworfenen und Mißachtete“ hervorzubringen.<sup>768</sup> Ihre „Utopie der Erkenntnis wäre [es], das Begriffslose mit dem Begriff aufzuschließen, ohne es ihm gleichzumachen.“<sup>769</sup> Was philosophisch oder gerade ästhetisch vielleicht noch einzuholen ist, dürfte mit den Mitteln Rechtswissenschaften deutlich schwerer fallen.<sup>770</sup> Ein neues Recht, welches die Frage nach dem Begriff ernst nimmt und diese nicht als „Vermittlung der Willen“ in den Bereich der Diskussion verschiebt, müsste sich gerade mit diesem Aspekt Adornos stärker beschäftigen. Hier genügt keine spekulative Überschreitung des Rechtsbegriffs. Diese bliebe dem Recht selbst äußerlich, solange das innerste Prinzip juristischer Praxis unbesehen fortbesteht. Dieses Prinzip liegt gerade in der Anwendung von Begriffen und das darin praktisch gewordene Gesetz der Identität ist es, welches zu einer Überschreitung der *Begriffe* des Rechts nötigt, soll der Begriff des Rechts tatsächlich überschritten werden. Im letzten Kapitel dieser Studie wird dieser Problemkreis noch einmal aufgegriffen, unter anderen Begriffen diskutiert und einer alternativen Lösung zugeführt.

Die zweite Variante würde das Problem der Notwendigkeit einer Begriffsbildung bei gleichzeitig ungleich verteilter Urteilsfähigkeit hingegen auf einer gemeinschaftlichen Ebene lösen. Das neue Urteil wäre dann kein Urteil eines einzelnen Willens, sondern ein gemeinschaftlich hervorgebrachtes. Die von Menke vorgeschlagene negative Vermittlung im Sinne einer Politik schließt diese Möglichkeit nicht aus. Die *Kritik der Rechte* legt sie aber auch nicht nahe, besteht Menke doch auf der äußeren Verbindung der Menschen im *Commercium* und wendet sich gegen die Aufhebung dieser Vermittlung in der reinen *Communio*.<sup>771</sup>

---

768 Dass das Recht in seiner Arbeit mit Begriffen an „Deformations- und Selektionsvorgängen“ teilhabe, hält Dieter Nörr für eine „möglicherweise triviale“ Feststellung, vgl. Nörr (1981), S. 395. Ob (etwas) und ggf. *was* aus dieser möglicherweise trivialen Feststellung folgt, bleibt unklar.

769 Adorno (2007), S. 230.

770 Zur Veränderung des Rechts durch das „Sagen dieses Nicht-Rechts“ vgl. Wielech (2020), S. 186.

771 Menke (2018d), S. 353.

c) *Passivität als Begrenzung*

Menkes Betonung der lebendigen Kraft als Begriff ästhetischer Anthropologie, diese „dunkle Kraft der Seele“<sup>772</sup> die gleichsam gegen jede idealistische Philosophie des Geistes oder des Selbstbewusstseins gerichtet ist, sich jeglichen Biologismen verweigert und ein mechanisches, gesetzliches oder gar teleologisches Verständnis ausschließt, ist sehr zu begrüßen.<sup>773</sup> Es ist gerade das „Tätigsein jenseits des Handelns“<sup>774</sup>, welches Menke mit Nietzsche den Künstlern abschaufelt und das hier hervorgehoben werden soll. Umso überraschender ist der Einbruch des Leidens in die *Kritik der Rechte*. Die Position des Erleidens rechtfertigt Menke in kurzer Zusammenfassung so: „Die Schwäche der Passivität macht das Gute erst möglich“<sup>775</sup> weil das Gute der Nichtteilnahme bedürfe.<sup>776</sup>

Das handlungstheoretisch bestimmte Leiden ist Passivität, ist Erleiden. Das im Sklavenaufstand als Reaktion auf das Leid artikuliert Recht auf Berücksichtigung wird nach Ansicht Menkes durch den Liberalismus zwar aufgegriffen, aber, die Dynamik der Revolution aufgrund einer „pessimistischen Anthropologie“ missverstehend, als subjektives Recht artikuliert und damit verfehlt. Diesem Fatalismus setzt Menke die nicht bloß resignative Bejahung der Position des Erleidens entgegen.<sup>777</sup> Diese Affirmation bezieht sich allerdings nicht allein auf die politische Selbstbestimmung, sondern das Erleiden der Urteile anderer soll als Passivität im Urteilen selbst noch einmal bejaht werden: „Das Subjekt *erleidet* seine eigene sinnliche Affektion.“<sup>778</sup> Die Affirmation des Leidens, übertragen auf das Urteil, liegt damit in der Bejahung der *Stimme*, welche seit Aristoteles zugunsten der *Sprache* ausgeschaltet blieb.

Der aufständische Sklave will, so Menke, die Vernunft nicht von der Stimme, sein begriffliches Urteilen nicht von seiner sinnlichen

---

772 Menke (2017), S. 64.

773 In dieser Hinsicht gilt es, den Begriff zu verteidigen z. B. gegen Gunter Teubner, welcher den Kraftbegriff nur als bloße Dauerirritation der konstituierten Gewalt zulässt, vgl. Teubner (2012), S. 102, Fn. 98.

774 Menke (2017), S. 114.

775 Menke (2018d), S. 365.

776 Menke (2018d), S. 366.

777 Menke (2018d), S. 365.

778 Menke (2018d), S. 383 [Hervorhebung im Original, S. K.].

Affektion lösen.<sup>779</sup> Handelt es sich bei dieser Affirmation der Affektion selbst um ein Urteil? Soweit ein Leidender dadurch bestimmt ist, dass er sich nicht „durch Urteile selbst zu führen“<sup>780</sup> weiß, kann er sich eigentlich auch nicht bewusst für die Affirmation der Passivität entscheiden. Liegt der Affirmation der Passivität dann nicht der Primat des Geistes zugrunde? Weshalb also bedarf es um des Guten willen der Nichtteilnahme? Woher rührt die Emphase der Passivität? Ich weise darauf hin, dass die als „praktische[s] Selbstverhältnis des Sich-Führens“<sup>781</sup> bestimmte Herrschaft den handlungstheoretischen Begriff der Passivität erst hervorruft. Die Pointe dieser Konstellation ist besser von Ihrem Ende her zu verstehen. Menke setzt nicht zufällig in der *Kritik der Rechte* gerade in dem Moment die Diskussion von Marx zugunsten eine Relektüre von Nietzsches Sklavenaufstand aus, als er festhält, Marx erkläre die Form der bürgerlichen Revolution (und damit die Form der Rechte) „teleologisch“ aus der „bürgerlichen Gesellschaft“.<sup>782</sup> Wenn aber die Erklärung von Marx zu kurz greift, so der berechtigte Einwand Menkes, dann gilt dies auch für seine Schlussfolgerung, nämlich die hegelianische auf der Ebene des Systems der Bedürfnisse.<sup>783</sup> Oder anders formuliert: Die Abschaffung des Werts mag *eine* Bedingung gelungener Praxis sein. Aus einer solchen Abschaffung allein folgt aber nicht notwendig eine gelungene Praxis. Dem ist im Grundsatz zuzustimmen.

So fällt es bei Menke der an Nietzsches Sklavenaufstand entwickelten Passivität zu, dem Problem der Moderne zu begegnen. Die Moderne verzichtet nämlich „auf die große Einheit der Gesellschaft“<sup>784</sup> ohne gleichzeitig die sich aus dem Eigenwillen ergebende

779 Menke (2018d), S. 377. Darin liegt die bewusste Abkehr von Hegel, der ausdrücklich in Differenz zum Sklaven das „im Willen sich durchsetzende Denken“ als Moment der Freiheit beschreibt, vgl. Hegel (1986b), § 21.

780 Menke (2018d), S. 370.

781 Menke (2017), S. 43.

782 Menke (2018d), S. 346.

783 Hegel (1986b), § 189. Hieran schließt Marx folgendermaßen an: „Stellen wir uns endlich, zur Abwechslung, einen Verein freier Menschen vor, die mit gemeinschaftlichen Produktionsmitteln arbeiten und ihre vielen individuellen Arbeitskräfte selbstbewusst als eine gesellschaftliche Arbeitskraft ausgeben.“ Marx (2018), S. 92.

784 Teubner (2012), S. 131. Dieser Schritt der Systemtheorie wendet sich gegen den Marx’schen Begriff der Substanz. Zur Verteidigung dieses Begriffs bei Marx Ruschig (2017) und die Abkehr mit Nietzsche z. B. bei Stegmaier (2001).

destruktive Dynamik<sup>785</sup> durch „eingebaute Gegenprinzipien“<sup>786</sup> zu begrenzen. Am Grund subjektiver Rechte liegt die Freigabe des Wollens. Diese am Böckenförde-Dilemma<sup>787</sup> geschulte Problemstellung erklärt erst Menkes Emphase der Passivität. Sie liegt in der Einführung sozialer Gegenrechte.<sup>788</sup> So heißt es: „Berücksichtigung und damit Rechte braucht, wer nicht an der Regierung teilnehmen kann.“<sup>789</sup> Menke interessiert sich für die subjektiven Rechte im Abschlusskapitel zunächst scheinbar nur im Hinblick auf ihre Funktion als Partizipationsrechte. Weil liberale, subjektive Rechte maßgeblich Abwehrrechte sind, privatisieren sie das Politische, so der bekannte Vorwurf. Die „Gegenrechte im Sozialen“<sup>790</sup> sind es deshalb, welche die „entpolitisierte Sphäre sozialer Herrschaft“<sup>791</sup> eindämmen sollen, die der private Eigenwille erst hervorruft. Da Menke aber nicht den Sozialstaat zur Lösung berufen sehen möchte,<sup>792</sup> muss eine Ebene tiefer (oder früher) angesetzt werden. Das Programm lautet daher: Eindämmung des zerstörerischen Eigenwillens durch moderne, selbstreflexive aber zugleich „nicht-liberale Politik“<sup>793</sup> der Passivität statt eines antiliberalen Interventionsregimes des Staates. Um dieses Ziel zu erreichen, muss Menke die Passivität am Grunde der Rechte einführen. Anders als der interventionistische Staat, der das Unheil sozialer Verwerfungen nur im Nachhinein bereinigen kann, aber stets zu spät kommt, möchte Menke nicht mehr zu spät ansetzen. Er will die Latenz im Schatten der Verfassung überwinden.<sup>794</sup> *Demokratie gegen den Staat* so verstanden heißt, Politik am Grunde der Rechte zu verankern.

---

785 Menke (2018a), S. 121.

786 Teubner (2012), S. 131.

787 „Der freiheitliche, säkularisierte Staat lebt von Voraussetzungen, die er selbst nicht garantieren kann. Das ist das große Wagnis, das er, um der Freiheit willen, eingegangen ist.“ Böckenförde (1976), S. 60.

788 Menke (2018d), S. 396.

789 Menke (2018d), S. 385.

790 Menke (2018d), S. 396.

791 Menke (2018d), S. 398.

792 Anders argumentiert diesbezüglich noch Hegel: „Durch diese ihre Dialektik wird die bürgerliche Gesellschaft über sich hinausgetrieben“, nämlich in den Staat hinein: Hegel (1986b), § 246 Vgl. in diesem Zusammenhang auch Abensour (2012).

793 Menke (2018a), S. 132.

794 Menke (2020), S. 197.

d) *Wider-Willen*

Ich betrachte das Problem der Passivität nun aus einem allgemeineren Blickwinkel, d. h. jenseits der Politik, und verstehe den Begriff Widerwilligkeit als einen zentralen Begriff der gesamten Philosophie Menkes. Seit *Kraft der Kunst* wird so einiges widerwillig ausgeführt: „Geschmack wider Willen“;<sup>795</sup> „Recht wider Willen“;<sup>796</sup> „widerwillige Regierung“.<sup>797</sup> Damit ist, man braucht nur genau zuzuhören, die Frage der Passivität viel radikaler gestellt, denn bloß als „bestimmen lassen durch die Sinnlichkeit“ oder ein „Recht auf Nichtteilnahme“. Denn etwas bleibt auf der Strecke bei all der Widerwilligkeit, bei allem „Wider-Willen“ oder sollten wir nicht vielmehr sagen: „wider *den* Willen“. Nicht umsonst stellt Menke dem letzten entscheidenden Kapitel der *Kritik der Rechte* den berühmten Aphorismus Adornos *Sur l'eau* voran, der seit jeher als Antwort auf die Frage (nicht nur Thomas Manns) herhalten muss, wie denn das ganz *Andere* oder sagen wir ruhig, wie es bei Adorno heißt: der *Kommunismus*, zu verstehen wäre. Adorno schiebt in besagtem Aphorismus das Übel auf den „bürgerlichen Naturbegriff“;<sup>798</sup> der bloß dazu verleite, „auf fremde Sterne einzustürmen“.<sup>799</sup> Wider-Willigkeit wird so zum Gegenteil dieses Naturbegriffes, nämlich Passivität, und bleibt darin noch auf ihn bezogen. Wie formuliert man also am besten den Zustand, in dem „der Wille sich gewendet und verneint hat“?<sup>800</sup> Es ist „das aktive Wollen der Passivität“.<sup>801</sup> Das Wollen nicht zu wollen, ist das neue Ideal, denn Wille heißt Urteil und Urteil heißt Leiden. Menke bringt an der entscheidenden Stelle kein Argument vor, weshalb die Schwäche, keine Werte zu setzen, etwas Gutes sein sollte (außer man rekonstruiert die Passivität als Heilmittel gegen das Dilemma Böckenfördes, wie ich es soeben getan habe).

Dahinter steht wohlmöglich ein ganz anderer Gedanke, nämlich: Leben ist Leiden. Hier läge ein ernstes Problem, aber in seiner handlungstheoretischen Entschärfung verliert der Gedanke gleich-

---

795 Menke (2019), S. 144–150.

796 Menke (2018e), S. 104–105.

797 Menke (2018d), S. 387.

798 Adorno (1970), S. 207.

799 Adorno (1970), S. 207.

800 Schopenhauer (2016), § 71.

801 Menke (2018d), S. 363.

zeitig die Kraft, die ihm hätte eigen sein können. Letztendlich ist das Dunkle der Kraft mit dieser willenslosen Passivität nicht zusammenzudenken. Falls nämlich, wie Adorno sagt, die Hegel'sche Geschichtsphilosophie in der Logik liegt, dann ist auch seine Bemerkung aus *Sur l'eau* so zu verstehen, dass das reine Sein der Dialektischen Logik (nämlich Hegels) eine Utopie sei.<sup>802</sup> Dann läge die Geschichtsphilosophie am Anfang der Logik, also in der mystischen Einheit des Seins und des Nichts (d. h. Schopenhauer endet, wo Hegel anfängt). Widerwillen wird zur Gelassenheit, zur Mystik. *Zugunsten der Gleichheit*, so mein Einwand, werden die Begriffe (plastische) Kraft und Aktivität herabgesetzt, weil nur noch dort, jenseits des Vermögens, ein Ort der Gleichheit gefunden werden kann. So heißt es bei Meister Eckehart ganz folgerichtig: „So denn sagen wir: soll der Mensch arm sein an Willen, so muß er so wenig wollen und begehren, wie er wollte und beehrte, als er (noch) nicht war. Und in dieser Weise ist der Mensch arm, der nichts will.“<sup>803</sup> Man kann die Unordnung der Dinge aber nicht dadurch aufheben, dass man ihrer „eingedenk“ am Meer liegt und an den Anfang der Hegel'schen Logik denkt. Es gibt ein Drittes im Kampf zwischen mystischer Gelassenheit und plastischer Kraft und dies werde ich im Schlusskapitel entwickeln.

Ein letzter Gedanke in diesem Zusammenhang. Ist Menke hier vielleicht doch im Endeffekt ganz anders zu verstehen, nämlich gar als ein verdeckter Apologet des Vermögens, d. h. des Könnens? Liegt nicht zuletzt in der gekonnten Unfähigkeit des Subjekts die höchste Steigerung seiner Fähigkeiten? Ist die Fähigkeit zur Unfähigkeit nicht die höchste aller Fähigkeiten? Findet nicht das Vermögen erst seine Ruhe gerade in seinem Gegenteil, nämlich dem bewussten Nicht-Können? Ich werde diesem Gedanken hier nicht nachgehen, verweise aber auf eine ähnliche Konstellation. Denn auch die Schopenhauer'sche *Negation des Willens* am Ende von *Die Welt als Wille und Vorstellung*, die ich hier einmal parallel zur *Negation des Könnens* bei Menke lese, scheint doch, wie Lore Hühn festhält, ein verdecktes und „sublimes Mittel zur eigenen Selbstaffirmation“ zu sein,<sup>804</sup> bei welcher der Wille „noch den Widerstand gegen sich or-

---

802 Adorno (1970), S. 208.

803 Meister Eckehart (1979), S. 305.

804 Hühn (2002), S. 173.

ganisieren“ kann und sich „in den Akten, durch die er seine Abdankung zu besiegeln scheint, sich die Treue hält, indem er auch diese Abdankung zwecks eigenen Vorwärtskommens sich noch förmlich einverleibt.“<sup>805</sup>

Das Denken des Nicht-Rechts bliebe dann immer noch der Seite des Könnens, des Vermögens, zugeschlagen und das Vermögen hätte sich gerade durch den Rückgang auf sein Gegenteil über das „bloße“ Können erhoben. Wahrhaft vermögend wäre damit letzten Endes, wer unvermögend-vermögend ist und sich dadurch gedanklich, d. h. im Vermögen, als Vermögender gegen das Unvermögen erhält. Dem Unvermögen, dadurch aber begrifflich dem Vermögen zugeschlagen, bliebe damit nur die Rolle eines Erfüllungsgehilfen seines Gegenteils und wäre, entgegen der programmatischen Ankündigung, lediglich in die iterative Steigerung vermögender Subjektivität eingebunden. Wäre dem so, dann stünde die Befreiung des Nicht-Könnens nicht nur noch aus, sie wäre gerade durch die bei Menke erfolgte gezielte Aufnahme des Nicht-Könnens in das Können strukturell unterlaufen und strukturell verhindert. Dazu noch einmal im Hinblick auf die Konstellation bei Schopenhauer: „Was vordergründig nach einer Befreiung vom Willen aussieht, erwiese sich näherhin betrachtet als eine Vereinnahmung.“<sup>806</sup>

### e) Fazit zur Konzeption des Urteilens in der Kritik der Rechte

Menkes Kritik an den Konzepten der liberalen Freiheit und Gleichheit ruht auf einem dem bürgerlichen Naturverständnis entgegengesetzten Begriff ästhetischer Kraft. Freiheit setzt demnach voraus, dass das Subjekt auf sein Anderes, seinen Abgrund zu reflektieren vermag. Dies vollzieht sich durch die Hineinnahme der Kraft in den Geist als Denken der sinnlichen Affektion. Erst aus dieser Perspektive ergibt sich für Menke ein belastbares Verständnis der Gleichheit. Vor die These Aristoteles' gestellt, es gebe „Skaven von Natur“, gab die Moderne zwei verschiedene, aber nach Menke jeweils falsche Antworten: kommunistische Gleichheit in der Selbstbestimmung oder Begrenzung des handlungstheoretischen Erleidens unter dem

---

805 Hühn (2002), S. 174.

806 Hühn (2002), S. 174.

Schutz subjektiver Rechte im Liberalismus. Dem hält Menke die wirkliche Gleichheit in der dialektischen Aufnahme der eigenen sinnlichen Affektion entgegen. Dabei bleibt die Abgrenzung gegen den bürgerlichen Positivismus anhand Adornos Diktum „Moment anstatt Grund“ jedoch formal und droht in Deliberation zu verfallen. Zudem bleibt zu fragen, ob die Affirmation der Passivität nicht selbst noch den Primat des Geistes wiederholt, statt ihn aufzuheben. Offen bleibt in dieser Konstellation zudem die Vermittlung von Affektion und Begriff. Zuletzt ergibt sich wohl die Notwendigkeit, das Moment der Passivität im neuen Urteil einzuführen, weniger aus dem spekulativen Begriff des modernen Rechts selbst, denn aus dem Wunsch nach Eindämmung des destruktiven Eigenwillens. Das Gute läge damit (negativ bestimmt) nicht in der Berücksichtigung der Nichtteilnahme, sondern in der Verhinderung ungehemmter Aktivität. Diese Aktivität glaubte auch Adorno, als Ergebnis eines bürgerlichen Naturbegriffes erkannt zu haben, welcher dazu verleite, „auf fremde Sterne einzustürmen“.<sup>807</sup> Denkt man aber Leben und Urteilen als unauflöslich miteinander verbunden, dann heißt Leben immer auch Leiden. Das „aktive Wollen der Passivität“<sup>808</sup> kann so aber im Namen der Gleichheit und in Wendung gegen besagten bürgerlichen Naturbegriff in eine mystische Gelassenheit umschlagen. Diese Gelassenheit droht jedoch gerade die wohlverstandene Kraft entgegen der ursprünglichen Intention als „Tätigsein jenseits des Handelns“<sup>809</sup> zu unterlaufen. Hier kann Menke kein Kriterium angeben, welches zwischen berechtigter Kritik an besagtem bürgerlichen Naturbegriff und Umschlagen in die Gelassenheit andererseits zu vermitteln vermag. Dies liegt nicht zuletzt daran (und ich hoffe dies im Schlusskapitel aufzuzeigen), dass die Kritik des Eigenwillens bei Menke nicht konsequent genug in eine „normative Abwertung des Willens“ überführt wird.

Da die in der *Kritik der Rechte* vorgeschlagene Konzeption zur Befreiung des modernen Rechts von der positivistisch verfahrenen Selbstreflexion des liberalen Rechts in der Aufnahme des somatischen Moments (dialektischer Materialismus) nur ein erster Schritt war, hat Menke offenen Fragen nochmal in der *Theorie der Befreiung* aufgegriffen.

---

807 Adorno (1970), S. 207.

808 Menke (2018d), S. 363.

809 Menke (2017), S. 114.

## 2. *Theorie der Befreiung* – freies Bestimmen

Es kann an dieser Stelle nicht darum gehen, einen vollständigen Überblick über die *Theorie der Befreiung* zu geben. Daher beschränke ich mich auf die Überlegungen Menkes, welche dabei helfen zu verstehen, wie er sich eine gelungene Selbstreflexion vorstellt. Hatte Menke die Konzeption der *Kritik der Rechte* im Ergebnis in die Überlegung eines *Sklavenaufstandes* getrieben, der zu einer Vermittlung von Denken (Aktivität) und somatischem Moment (Passivität) führen sollte, sind einige Ausführungen im Rahmen der *Theorie der Befreiung* als Fortführung bzw. Korrektur dieses Ansatzes zu lesen. Die Frage an die *Theorie der Befreiung* lautet daher: Welchen Urteilsbegriff entwickelt Menke? Wie ist das Verhältnis von Aktivität und Passivität bestimmt? Ist daraus etwas in Bezug auf die Selbstreflexion im modernen Recht zu erfahren?

Man kann sich den zentralen Überlegungen Menkes gut über die Begriffe Vergessen und Gewohnheit nähern. Die Gewohnheit ist für Menke der Zustand gesetzter Normativität bzw. „ein Positivismus der Bestimmung“.<sup>810</sup> Die in dieser Sphäre vorgenommenen Bestimmungen setzen eine Gewohnheit, d. h. eine Identität, voraus, auf die sie sich jeweils beziehen können. Identifizierendes Urteil benötigt Gewohnheit, zweite Natur. Das Subjekt, als Inhaber erlernter, d. h. angeeigneter Vermögen, disponiert in dieser Sphäre über seine Umwelt: „Gewohnheitsmäßig zu bestimmen heißt, etwas als Identisches wiederzuerkennen; Gewohnheiten bilden Identitäten.“<sup>811</sup>

Zunächst sind sich Menke (und Adorno) einig mit der idealistischen Philosophie. Freiheit ist als Spontaneität zu verstehen,<sup>812</sup> weil sie die Möglichkeit darstellt, einen Neuanfang zu machen, etwas Neues hervorzubringen. Menke unterstellt, dass die Gewohnheit des Bestimmens, die zweite Natur als Sphäre der Identität, nicht in der Lage ist, einen solchen Neuanfang zu ermöglichen. Sie ist auch dann nicht dazu in der Lage, wenn sie, wie bei Hegel, als in den Institutionen geronnener objektiver Geist einmal durch die Vermittlung des Denkens, d. h. idealistisch: der Freiheit, hindurchgegangen ist. Das Problem liegt laut Menke also nicht darin, dass die zweite

---

810 Menke (2022), S. 213.

811 Menke (2022), S. 167.

812 Adorno (2001), S. 300.

Natur nicht *gedacht* worden wäre, sondern dass die Freiheit kein Produkt des (unendlichen) Denkens ist. Diese Differenz zwischen (absolutem) Idealismus, der über das eigene Denken und die damit verbundene Freiheit *erstaunt* ist,<sup>813</sup> und einem Materialismus, der dadurch *fasziniert* ist, dass er erfährt, „dass alles Bestimmen dadurch ermöglicht ist, dass uns etwas erscheint und uns zur Bestimmung gegeben ist“ markiert den unüberbrückbaren Spalt, den Menke bewusst hervorhebt.

Und damit wird gleichzeitig klar, worum es gehen muss, nämlich den Ort anzugeben, an dem die Spontaneität sich *ereignet*. Dieser Ort der Spontaneität, d. h. der Freiheit, liegt für Menke nicht im Denken selbst, sondern in der Erfahrung. Die Form dieser Spontaneität in der Erfahrung bestimmt Menke als Faszination, eine Spontaneität „der Nichtwiederholung, der Nichtsubsumtion, der Nichtidentität.“<sup>814</sup> Diese Faszination, die sich in der Erfahrung ereignet, ist für das Subjekt etwas Äußerliches, daher nimmt Menke für seine Überlegungen den Begriff Materialismus in Anspruch. Die „materialistische Freiheit des Denkens ist endlich, weil sie sich dem Anderen des Denkens verdankt. Das ist die Erfahrung der Faszination.“<sup>815</sup> Es ist deutlich, dass hier der Begriff der Faszination nur über sein Gegenteil verständlich wird, durch das, wogegen er gerichtet ist, das ist „die Gewohnheitspraxis identitären Bestimmens.“<sup>816</sup> Noch einmal: Faszination steht bei Menke für die Spontaneität, d. h. Freiheit, welche sich in der Erfahrung ereignet, die Gewohnheit hingegen gehört der Sphäre identifizierender Unfreiheit an, die sich wiederum realisiert in Urteilen, Bestimmungen und Handlungsvollzügen, und so geht „in der Gewohnheit [...] alles, jedes Besondere, in seiner allgemeinen begrifflichen Bestimmung auf.“<sup>817</sup> Dieses Aufgehen des Besonderen im Allgemeinen ist nun aber nicht als zu bejahende Erfüllung misszuverstehen. Das Aufgehen des Besonderen in der begrifflichen Bestimmung ist der Untergang des Besonderen.<sup>818</sup> Das Besondere geht im Aufgehen im Begriff unter, zerschellt am Begriff

---

813 Menke (2022), S. 203–216.

814 Menke (2022), S. 99.

815 Menke (2022), S. 217.

816 Menke (2022), S. 557.

817 Menke (2022), S. 532.

818 Dies ist das Hauptthema der Spätphilosophie Adornos.

und verschwindet am Grunde desselben. Diese Konstellation war schon der Ausgangspunkt für die hier geleistete Diskussion im Zusammenhang mit der *Kritik der Rechte*, bei der Menke ebenfalls vor dem Problem stand, das Problem der Identität in der begrifflichen Bestimmung des Rechts zu durchbrechen.<sup>819</sup> Von den beiden eingangs erwähnten Begriffen ist damit der Begriff der *Gewohnheit* erläutert, noch nicht der Begriff des *Vergessens*. Wie kommt das Vergessen hier zum Begriff *Gewohnheit*?

Es gibt, so Menke, „kein Jenseits der *Gewohnheit*“.<sup>820</sup> Das ist nicht weiter überraschend. Ständige Erinnerung an die Faszination verhindert die Vornahme begrifflicher Bestimmung. Daher gilt: „[O]hne den Grund des Bestimmens, die Unbestimmtheit als Bestimmbarkeit, zu vergessen, kann es kein gewohnheitsmäßiges Bestimmen geben.“<sup>821</sup> Oder mytho-poetisch gesprochen, setzt Handeln immer ein Bad „im Tau aus Lethes Flut“<sup>822</sup> voraus. Wer nicht vergisst, kann auch nicht handeln. Ein Überhang der Erinnerung blockiert den Vollzug des Lebens.<sup>823</sup>

Die Sphäre des begrifflichen Bestimmens muss daher als ein umfassendes und *notwendiges Vergessen der Faszination* bezeichnet werden. Das Vergessen macht die *Gewohnheit* erst möglich, die *Gewohnheit* ist der Zustand, in dem das Vergessen eingesetzt hat und somit die identifizierenden Handlungsvollzüge (einzig) möglich sind. Soweit können wir Menkes Einsichten rekapitulieren. Wenn nun dieser unfreie Zustand der *Gewohnheit* Menkes *Kritik* unterliegt, es aber gleichzeitig keinen Zustand *permanenter Faszination* geben kann, dann erhält der Begriff Erinnerung an die Faszination keine Funktion des ausschließenden Rückgangs auf eine Faszinationserfahrung radikaler Unbestimmtheit und damit Bestimmbarkeit.

Noch einmal zusammengefasst: Freiheit ereignet sich für Menke zunächst allein in der Erfahrung, der Erfahrung der Faszination. Um diese Erfahrung aber nicht immer wieder zu verlieren (denn Faszinationserfahrungen sind flüchtig), bedarf es eines Denkens der

---

819 Vgl. dazu Kneip (2023), S. 350f.

820 Menke (2022), S. 535.

821 Menke (2022), S. 533.

822 Goethe (1979), 4629.

823 Das ist die Grundthese Nietzsches aus der zweiten unzeitgemäßen Betrachtung.

Faszination. Wie ist hier zu vermitteln zwischen der die Gewohnheit unterbrechenden Erinnerung an die Erfahrung der Faszination und der Gewohnheit selbst, als zweite Natur? Jedenfalls nicht in einer Synthese, einem relativen Verhältnis in dem jedes der beiden Momente seinen Platz erhält.<sup>824</sup> Das entspräche der Sache nach jedem kultischen Modell, welches gesicherte Räume für den Rückgang hinter seine eigene Normativität erlaubt.<sup>825</sup> In dieser negativen Bestimmung ist aber noch nicht die entscheidende Frage beantwortet, wie eine solch treuliche Erinnerung an die Erfahrung der Faszination der Sache nach erfolgt. Einen wichtigen Hinweis gibt Menke, indem er von der Befreiung des Bruchs spricht. Die Unterbrechung, welche die Erinnerung an die Faszination darstellt, missversteht sich nach Menke dann, wenn sie sich als bloßen Bruch, als reine Unterbrechung, versteht. Denn diese Unterbrechung zeitigt keine Folgen, sie unterbricht und – vergeht.

Menke löst das Problem zwischen der freiheitlichen Erfahrung der Faszination und dem nachdenkenden, d. h. begrifflichen Aufgreifen dieser Erfahrung in der *Theorie der Befreiung* über den Begriff Treue. Ein Denken der Befreiung muss der Faszinationserfahrung im begrifflichen Denken treu bleiben. Die *Treue zur Faszinationserfahrung* steht nun in einem Kontrast zum Begriff des Vergessens und diese Treue kann nur durch ein *Erinnern* der Faszination gehalten werden. Wer seiner Faszinationserfahrung treu bleiben möchte (darin liegt eine Entscheidung), der erinnert sich. Denn, so lautet ja das Grundproblem Menkes, es gibt keine befreiende Faszination *in* den gewohnheitsmäßigen Bestimmungen der zweiten Natur. Das hatte die Kritik an der Normativität, zweiten Natur oder Subjektivität (diese Begriffe stammen alle aus demselben Zusammenhang und können synonym verwendet werden) zuerst entzündet. Dieses Denken muss sich in Treue zur Faszinationserfahrung gegen das notwendige Vergessen in der Sphäre der Subjektivität, d. h. identifizierender Bestimmungen und Vollzüge, wenden. Damit ist aber noch nicht genug erreicht, sondern es bedarf für Menke, hierin liegt der interessante Punkt für unsere Frage nach dem Urteilen, außerdem einer *anderen Form des Bestimmens*. Denn die bloße Erinnerung an die Faszination im Denken und somit

---

824 Menke (2022), S. 539.

825 Man denke etwa an antike Mysterien, Karneval oder Esoterik.

der Unterbrechung der Gewohnheit führt zu nichts, erst die wahre „Befreiung ist die Befreiung von der – abstrakten, nur unterbrechenden – Befreiung“.<sup>826</sup> Aus der reinen Unterbrechung, so darf man Menke hier verstehen, ergibt sich nichts, sie unterbricht einfach nur, bringt aber nichts hervor.<sup>827</sup> Es sei noch einmal betont, dass dies nicht der Ort ist, Menkes Überlegungen umfassend darzustellen. Mich interessiert im Folgenden jedoch im Hinblick auf die Frage der Selbstreflexion (des Rechts), was Menke als die neue Art des Bestimmens bezeichnet und dem gewohnheitsmäßigen, identitären Bestimmen entgegensetzt.

Zunächst noch einmal zum Konzept üblichen Bestimmens, nach welchem wir so urteilen, „dass wir ein Besonderes unter ein Allgemeines bringen, dass wir also einer Regel folgen, die wir schon haben.“<sup>828</sup> In dieser klassischen Form des Urteils liegt die Identität des Begriffes. Zwar kann man versuchen, sich dem konkreten Gegenstand unendlich anzunähern (*individuum est ineffabile*), solange ein Urteil aber noch einen kommunikativen Akt darstellen soll, muss es kommunizierbar, d. h. verständlich sein. Wenn aber ein Begriff auf mehrere Gegenstände anwendbar sein soll, muss er ein Allgemeines enthalten, welches dem Einzelgegenstand notwendig widerstreitet.<sup>829</sup> Hierin liegt die Serialität des Urteilens (Menke nennt es in der *Theorie der Befreiung* meist „Bestimmung vornehmen“ oder schlicht „Bestimmen“).

Dem stellt Menke das „freie Bestimmen“ entgegen, welches auch das „neue Bestimmen“ heißen kann.<sup>830</sup> Frei und neu, die beiden Begriffe bedingen sich schon seit Beginn der *Theorie der Befreiung*. Denn Freiheit war als Spontaneität bestimmt worden, d. h. die Möglichkeit, einen *Neuanfang* zu machen. Dieser Neuanfang wird nun als Eigenschaft des freien Bestimmens selbst gedacht. Wie läuft dies ab? Ich zitiere die einschlägige Passage:

---

826 Menke (2022), S. 536.

827 Hierin liegt eine sehr zu begrüßende Kritik des (politischen) Vulkanismus, wie sie z. B. von unsichtbaren Komitees propagiert wird. Der – ich verwende diesen Begriff ansonsten nur ungern – Irrationalismus tritt hier nun wirklich einmal ganz offen zu Tage.

828 Menke (2022), S. 575.

829 Müller-Mall versucht dieses Identitätsgesetz im Urteilen bemerkenswerterweise durch eine Erfahrung des Passens, nämlich des „etwas als etwas sehen“ zu überwinden, vgl. Müller-Mall (2023), S. 161–163.

830 Menke (2022), S. 575.

## § 2. Wie urteilen?

„Und etwas neu zu bestimmen heißt, es aus nichts anderem als es selbst zu bestimmen. Das heißt aber: aus nichts. [...] Etwas neu zu bestimmen heißt also, seine Bestimmung aus seiner bloßen, reinen Erscheinung, der Erscheinung als unbestimmt Bestimmbares (die uns fasziniert), hervorgehen zu lassen.“<sup>831</sup>

Dieses neue Bestimmen kann aber, das ist offenbar, nur ausgeübt werden unter veränderten Bedingungen. Für Menke bedarf es deshalb neuer Gesetze, welche ihrer Form nach immer auch an die materialistische Befreiung, d. h. die Befreiung in der Erfahrung erinnern.<sup>832</sup> Menke lässt hier seine Überlegungen zur Differenz von Gebot und Gesetz einfließen. Die befreiende Wirkung eines Gebots, welches im Unterschied zum Gesetz zunächst einmal nur verlangt zu *hören*, reißt den Einzelnen aus seinen Handlungsvollzügen, seiner Subjektivität, heraus.<sup>833</sup> Darin liegt eine befreiende Wirkung, im Exodus der Juden liegt deshalb auch vor allem der Exodus aus der ägyptischen Sittlichkeit. Aber es droht theoretisch wie historisch stets der Umschlag ins normative Gesetz, das Gesetz der Identität. Menke rekurriert deshalb auf eine Kraft, die als passive Kraft die aktive Wirkung des Gebots erst ermöglicht, dem Gebot erst zu seiner Wirkung verhilft. Das ist die Faszination, denn „Es gibt kein Hören des Gebots, das nicht aus der Faszination des Sehens hervorgeht“.<sup>834</sup> In dieser Erinnerung der neuen Gesetze an die Faszinationserfahrung liegt für Menke die notwendige Veränderung der Gewohnheit. Ich hatte dargelegt, dass es für Menke kein „Jenseits der Gewohnheit“ gibt, es kommt also darauf an, die Gewohnheit so zu verändern, dass von einer freien Gewohnheit gesprochen werden kann. So wie für Hegel die zweite Natur keine Knechtschaft bedeutet, so ist es auch Menke nicht um eine Abschaffung der Gewohnheit zu tun. Nur anders als Hegel, der die zweite Natur als Produkt der selbstbewussten Freiheit versteht, bedarf es für Menke einer Gewohnheit, die sich nie ganz an sich selbst gewöhnt und deshalb verdient, „frei“ genannt

---

831 Menke (2022), S. 575.

832 Menke (2022), S. 579.

833 Menke (2022), S. 567.

834 Menke (2022), S. 571. Vgl. dazu: „*Darf die Heilige Schrift bildliche Rede gebrauchen? Feststellung.* Da die heilige Lehre allen Menschen insgesamt dargeboten wird, so ist es völlig angemessen, daß in ihr das Göttliche durch bildhafte und sinnliche Ähnlichkeiten ausgedrückt wird.“ Thomas von Aquin (1985), S. 17 [Hervorhebung im Original].

zu werden. Freies Bestimmen geht somit einher mit dem Begriff der Erziehung, den Menke als *Paideia* in der *Kritik der Rechte* noch zurückgewiesen hat. Ob die Freiheit des Bestimmens in einen solchen Kontext eingebettet werden kann, bleibt zweifelhaft. Ich werde mir den Vorschlag Menkes, *aus dem Nichts heraus zu bestimmen*, nicht zu eigen machen, sondern im Schlusskapitel einen anderen Grund des Bestimmens vorschlagen.

## II. Urteil ohne Zwang: Jenseits der Legalität (Loick)

Ähnlich wie bei Menke laufen auch bei Loick die Überlegungen auf eine Diskussion des Urteilens hinaus. Anders jedoch als das „freie Bestimmen“ Menkes, könnten Loicks Überlegungen in einem ersten Zugriff als das „zwanglose Bestimmen“ bezeichnet werden. Ich fasse für die Urteilsanalyse den zentralen Gedanken Loicks zusammen.

Einerseits ruhen seine Überlegungen seit der *Kritik der Souveränität* auf der Negation der kantischen These, der Zwang folge analytisch aus dem Begriff Recht. Gleichzeitig ist jedoch zu sehen (und damit Kant zuzugestehen), dass die analytische Verbindung von Recht und Zwang jedenfalls insofern angenommen werden muss, als das Sittengesetz in moralische Freiheit und rechtliche Willkür zerteilt wird, d. h. Recht als Legalität bestimmt und von einem einheitlichen Sittengesetz unterschieden wird. Diesen Zusammenhang habe ich im Rahmen der Kritik Hermann Cohens an der kantischen Legalität ausführlich dargelegt.<sup>835</sup> Der Kritiker rechtlichen Zwangs steht damit vor einem Problem und gleichzeitig einer Möglichkeit. Das Problem stellt die neuzeitliche Bestimmung des Rechts als Legalität dar. Diese Bestimmung der Legalität zu überschreiten, stellt ein gewagtes Unterfangen dar, handelt es sich doch im Zweifelsfall um nichts weniger, als die Neufassung des Begriffs des Rechts. Eine solche Neufassung droht immer, den Begriff zu verfehlen, mit der praktischen Konsequenz eines Wiederauflebens regressiver Momente. Doch in der Neubestimmung des Rechtsbegriffes liegt zugleich eine Möglichkeit.

Loick möchte *das Recht* nicht abschaffen. Mit diesem Satz ist zunächst einmal nicht viel gesagt, denn der zentrale Begriff das Recht

---

835 Siehe dazu in diesem Text, II. Kapitel, Gewalt, Zwang und „rechtsbezogene Gewalt“; Zu Hermann Cohens Kritik des kantischen Rechtszwangs.

ist unterbestimmt. Dass es „das Recht“ nicht gibt, hat Marx zu Recht betont:

„Sage ich: Römisches Recht und deutsches Recht sind beide Rechte, so ist das selbstverständlich. Sage ich dagegen: Das Recht, dieses Abstraktum, verwirklicht sich im römischen Recht und im deutschen Recht, diesen konkreten Rechten, so wird der Zusammenhang mystisch.“<sup>836</sup>

Um daher nicht (voreilig) mystisch zu werden, eröffnet Loick sich selbst die Möglichkeit zur Überschreitung des legalistischen Rechts der westlichen Moderne, in dem er es kurzerhand zum „europäischen“ Recht erklärt.<sup>837</sup> Da die Welt mittlerweile (wieder) vielfältiger geworden ist als bloß Europa, ist das europäische Recht nicht identisch mit „dem Recht“, weshalb es transformiert werden kann.<sup>838</sup> Dieser Schritt gleicht der Bewegung Menkes, der das moderne Recht als spekulativen Begriff dem bürgerlichen Recht gegenüberstellt, um seine Verwirklichung in den Gegenrechten zu fordern. Das Problem Loicks ist an dieser Stelle nur, dass auch er einen Begriff „des Rechts“ bilden muss, um die Einheit des Rechtsbegriffes zu garantieren, welche er selbst hervorhebt, indem er „der Forderung nach der Abschaffung oder Überwindung des Rechts [!] eine Absage erteilt“.<sup>839</sup> Das Recht an sich soll also nicht abgeschafft werden, sondern es gilt, ein Recht herzustellen, welches nur die positiven, nicht aber die negativen Eigenschaft von Rechtlichkeit ausweist.<sup>840</sup> Loick sieht nämlich im „Recht nicht nur ein Hindernis, sondern auch eine Bedingung einer gelingenden Sozialität [...]. Der Grund dafür liegt [...] in der positiven Funktion, die das Recht für die Artikulation der Emanzipationsforderungen traditionell ausgeschlossener oder unterdrückter Gruppen“ spielt.<sup>841</sup> An dieser Stelle, gleichsam an der Grenze der Kritik, welche das *Wendy-Brown-Paradox* ausmacht, endet das kritische Geschäft Loicks und er wagt einen Übergang in die Konzeption des menschlichen, postjuridischen Rechts. Er wagt diesen gedanklich Übergang in ein neues Recht, weil er davon über-

---

836 Marx (1983), S. 634.

837 Loick (2017), S. 295.

838 Loick (2017), S. 295–296.

839 Loick (2017), S. 295.

840 Loick (2017), S. 296.

841 Verbunden mit der Warnung vor einem „Juristinnenfeminismus“ analog zu Engels und Kautzky: Loick (2017), S. 295 [Hervorhebung im Original].

zeugt ist, dass das „Verhältnis von Entsetzlichkeit und Emanzipation kein tragisches ist.“<sup>842</sup> Soll nun das europäische Recht, welches bei Loick maßgeblich durch dessen Subjektivierungsformen gekennzeichnet ist, so transzendiert werden, dass es seinen Charakter als Recht dennoch nicht verliert, bedarf es einer Revision der Legalität. In der *Kritik der Souveränität* hatte Loick dies noch deutlicher entlang des Legalitätsbegriffes entwickeln können, nun, das sei vorab gesagt, steht ihm die Fokussierung auf die Subjektivierung ein wenig im Wege. Unabhängig davon, ob nun das europäische Recht primär über den Begriff Willkür oder Subjektivität in Frage gestellt wird, ist es klar, dass die Überlegungen Loicks zur Transzendierung des bürgerlichen Rechts mit einer neuen *Ethik* beginnen müssen, um „eine Lebenskunst zu entwickeln.“<sup>843</sup> Loick nimmt also eine doppelte Strategie in Angriff. Er beruft sich mit *Gilles Deleuze* auf eine ethische Perspektive, welche das Urteilen am Grunde des Subjekts verhindern möchte, um dann in einem zweiten Schritt die so „gereinigten“ Willen sozial zu vermitteln:

„Das ‚menschliche‘ Recht will die Atomisierung des bürgerlichen Rechts dadurch überwinden, dass es die private Willkür der Rechtssubjekte zurücknimmt und deren Wollen von einem letzten Grund in einen Moment der kommunikativen Vermittlung verwandelt.“<sup>844</sup>

## 1. Schaffende Kraft gegen identitäres Urteilen

Das wesentliche Problem ist bei Hermann Cohen, wie bereits erwähnt, der Verlust der Einheit des Sittengesetzes. Dieses Sittengesetz, der kategorische Imperativ, ist für das Recht verloren (so Cohen), weil Kant das Sittengesetz aus dem Bereich des Rechts verbannt.<sup>845</sup> Nun ist es für Loick jedoch nicht mit einer bruchlosen Anknüpfung an Cohens Kritik der kantischen Legalität getan und auch die Autonomie ist, soweit sie als subjektives Recht formuliert wird, kein Ausweg für Loick. Loick leitet seine Korrektur am bürgerlichen

---

842 Loick (2017), S. 296.

843 Loick (2017), S. 260.

844 Loick (2017), S. 328–329.

845 Zum Streit um die Frage, ob dem wirklich so ist, vgl. in diesem Text Kap. II, Gewalt, Zwang und „rechtsbezogene Gewalten“, Rechtszwang (Kant).

Recht mit Deleuzes Kritik des Urteilens ein, soweit Deleuze das Urteil als alltägliche, ja grundlegende Praxis des Subjekts bestimmt.<sup>846</sup> Einige Stellen, in denen Loick die Thesen Deleuzes zusammenfasst, nähern sich dem „freien Bestimmen“ Menkes aus der *Theorie der Befreiung* sehr an. So sei es für Deleuze das Urteil, das

„keine Entwicklung und darum auch keine echte Differenz zulassen kann, weil es alles aufs Bekannte hin kommensurabilisiert, indem es immer nur bereits etablierte Kategorien zur Anwendung bringt.“<sup>847</sup>

Die Gewohnheit, um es in den Begriffen Menkes aus der *Theorie der Befreiung* zu formulieren, ist im Urteil nicht zu durchbrechen. Anders als Menke jedoch, der sich des Urteils nicht begeben, sondern dieses *verändern* möchte, wendet sich Deleuze vom Urteilen ab. Für ihn gilt: Das „Urteil verhindert die Ankunft eines jeden neuen Existenzmodus.“<sup>848</sup> Gegen eine auch schon von Deleuze selbst befürchtete Selbstberaubung der Unterscheidungsfähigkeit durch den Verzicht auf das Urteilen,<sup>849</sup> soll für Deleuze, wie für Loick, dadurch vorgebeugt sein, dass diejenigen Situationen (welche nun nicht mehr urteilend begleitet werden) nicht als Ausdruck schaffender Existenzweise zu gelten haben, welche „uns in das Elend des Kriegs, in die Armseligkeit des Traums, in die Unerbittlichkeit der Organisation stürzen.“<sup>850</sup> Die Tatsache, dass gerade diejenigen, welche laut nach Frieden rufen, häufig dieselben sind, die den nächsten Krieg wenn nicht anzetteln, dann doch relativieren, zeigt die Schwierigkeiten auf, die mit diesem begrenzenden Kriterium verbunden sind, und verweist zurück auf irgendeine Urteilskraft.<sup>851</sup>

Anders als die *Ethik des reinen Willen* Hermann Cohens, welcher den Willen noch ganz klassisch als autonome Selbstgesetzgebung verstanden hatte, verfolgt Loick im Anschluss an Deleuze eine an sich sehr zu begrüßende und überaus notwendige Abwertung des urteilenden Willens. Unabhängig von dem Grad der noch verbleibenden Urteilskraft (darüber wird noch zu reden sein), tritt hier

---

846 So der Sache nach auch die Grundthese Heideggers in: Heidegger (1982).

847 Loick (2017), S. 273.

848 Deleuze (2000), S. 183. Zur Frage danach, wie endgültig diese Abwendung wirklich ist, vgl. auch Loick (2017), S. 286, Fn. 25.

849 Deleuze (2000), S. 183.

850 Deleuze (2000), S. 183.

851 Das traurige Beispiel einer Überzeugungstäterin: Butler (2023).

die Ablösung der folgenschweren Vermischung von Wille und Vernunft auf den Plan, welche dem Willen als schaffendem Prinzip den Vorrang vor dem Urteilen einräumt. Das Betreiben der eigenen Minoritätswendung als Absage an Herrschaft<sup>852</sup> ähnelt ebenfalls Menkes „Willen zur Ohnmacht“<sup>853</sup> und vervollständigt den eingeschlagenen Weg.

## 2. Vermittlung der „geläuterten“ Willen

Dass für Loick ein Primat des Politischen (im Anschluss an Arendt) *jenseits* des Nationalstaats als Grundvoraussetzung jedes Urteils gilt, ist unproblematisch und so konzentriere ich mich nach der Ethik eines sich de-potenzierenden, nicht mehr Urteilen wollenden Willens, auf die sich daraus ergebende Formkritik Loicks. Dieser greift für diese Kritik an der Form des europäischen Rechts, nämlich dem subjektivem Recht, selbst wieder auf Menke zurück und führt dessen Diskussion des Urteilens weiter. Menke führt die Figur des aufständischen Sklaven ein:

„Der aufständische Sklave regiert, indem er sich von seinem sinnlichen Willen an- und vorantreiben lässt: indem er es denkt und aus ihm begriffliche Bestimmungen hervorbringt. [...] [D]er aufständische Sklave verweigert sich dem Positivismus der Tatsachen und durchbricht ihn durch sein Nachdenken, durch die Vermittlung mit dem Begrifflichen.“<sup>854</sup>

Genau diese Vermittlung liest Loick aber nicht als Urteil des Subjekts, sondern als kommunikative, d. h. primär *soziale Theorie*. Im Hinblick auf die fragliche Stelle bei Menke schreibt Loick: „Vermittlung kann aber nicht als individueller, sondern muss als sozialer Vorgang verstanden werden.“<sup>855</sup> Das ist einleuchtend, hatte Loick doch schon im Anschluss an Deleuze seine deutlich von Cohen abweichende *Ethik des minoritären Willens* entfaltet: Das heißt, er hat eigentlich schon alles zum Urteilen des Subjekts gesagt. Ich lese Menkes Theorie als eine gelungener Subjektivität, das Urteilen

---

852 Loick (2017), S. 278.

853 Hindrichs (2017), S. 98.

854 Menke (2018d), S. 380.

855 Loick (2017), S. 310.

als eines des einzelnen Subjekts. Dieser Deutung kann Loick nicht folgen. Warum kann er das nicht?

Er hätte sich dann zwischen der Urteilstheorie Deleuzes und Menkes entscheiden müssen. Auch wenn beide, Menke und Deleuze, im Hinblick auf die Durchbrechung der Gewohnheit, der Wiederholung und der Identität nah beieinander liegen, stimmen beide letztlich nicht überein (ich hatte die Differenzen aufgezeigt). Loick verwandelt also die Subjekttheorie Menkes, welche sich auf das individuelle Urteilen bezieht (jedenfalls lese ich Menke so), in eine kommunikative Theorie und benötigt deshalb eine neue Form bzw. Institutionalisierung des Rechts. Warum benötigt Menke diese nicht? Menke geht davon aus, dass ein anderer Gebrauch der Rechte das subjektive Recht überschreitet, ohne es zu verabschieden: „Das neue Recht ist vom bürgerlichen Recht nicht unterschieden, sondern es ist die beständige Wiederholung seines Sichunterscheidens vom bürgerlichen Recht.“<sup>856</sup> Loick hingegen, der die Vermittlung nicht individuell, sondern sozial liest, hat kein individuelles, sondern ein gemeinsames Urteilen vor Augen. Damit ergibt sich natürlich die von ihm selbst gesehene „Gefahr des Konformismus und der Normalisierung im Zuge der kollektiven Vermittlung des Willens“.<sup>857</sup> Man könnte hier also von einer Differenz in der *Willkürüberwindung* sprechen. Weil Loick dieses vermittelnde Urteil sozial anlegt, droht der Untergang des Individuums im sozialen Kontext. Damit geht er scheinbar zunächst deutlich weiter über das bürgerliche Recht hinaus als Menke und wird zu größeren Konsequenzen getrieben, als Menke dies nötig hatte. Durch diese weitreichende Überschreitung des liberalen Rechts wird das Problem des Zwangs noch einmal aktuell, dem ich mich schon im Zusammenhang mit Cohens Kritik an Kant gewidmet habe.

Loick begegnet diesem Problemkreis unter Rückgriff auf das jüdische Recht. Das jüdische Recht interessiert ihn nicht wegen seiner inhaltlichen Dimension, sondern wegen seiner *Form*, die von ihm als „interpretativer Pluralismus“ bezeichnet wird.<sup>858</sup> In dieser pluralen Interpretationsleistung liegt, so die These, die Aufhebung des Zwanges, mit dem die Willkür stets notwendig korrespondiert.

---

856 Menke (2018d), S. 401.

857 Loick (2017), S. 312.

858 Loick (2017), S. 320.

Man merkt, dass bei Loick der Positivismus der Willensbildung nur vermeintlich aufgehoben wird, trotz der Lektüre von Deleuze und der vermeintlichen Verabschiedung des Urteilens. Denn das Problem des Zwangs verschwindet eigentlich mit der Überwindung der Willkür. Genau darin lag Cohens Punkt. Wer mit der Willkür privater Willensbildung bricht, muss die Willkür nicht über den Zwang einhegen. Würde Loick also seine eigene Prämisse, die Aufgabe des Urteilens, ernst nehmen, würde sich das Problem des Zwangs überhaupt nicht stellen. Loick will aber nicht zurück zu einem neuen kategorischen Imperativ, der eine neue Triebfeder für die Willensbildung einführt. Darin unterscheidet er sich, trotz seiner Exegese Cohens, radikal von diesem. Die Willkür soll nicht an ihrem Grund, dem Subjekt, aufgehoben werden, sondern in der Sozialität. Das „Nichts ist Grund, alles ist Moment“ Menkes, bedeutet daher bei Loick „Vermittlung der Willkür in der pluralen Interpretation“.

Diese Auslegungsemphase kann sich aber offenbar nicht inhaltlich auf das jüdische Recht selbst beziehen, weshalb Loick sich doch genötigt sieht, eine Verfassung einzuführen, die „in radikal partizipatorischen Öffentlichkeiten deliberiert und dadurch radikal demokratische Verfahren beschlossen“ werden sollen.<sup>859</sup> Hier macht sich deshalb noch einmal die Frage der Anerkennung bemerkbar. Die Frage der Anerkennung ist, grob gesagt, ob das liberale Recht in der Lage ist, eine Praxis anzubieten, die sich das einzelne Subjekt aneignen soll, oder anders formuliert: Handelt es sich bei den Missständen des Rechts um lästige, aber im Endeffekt heilbare *Pathologien* (Hon-neth) oder um unabwendbare, weil in der Sache des „europäischen“ Rechts notwendig niedergelegte *Entsetzlichkeiten* (Loick). Vor dem Hintergrund eines Autonomiebegriffes kantischer Provenienz hatte Loick die Sinnhaftigkeit einer Aneignung der vom liberalen Recht bereitgestellten Formen bislang verneint. Dieses Bemühen um die Verwirklichung eines emphatischen Anerkennungsbegriffs liegt den hier dargestellten Ausführungen Loicks ungenannt zugrunde. Weil dem aber so ist, denkt Loick das ganze Problem des Rechts als Frage gelungener Selbstgesetzgebung, deshalb ergibt sich die Notwendigkeit einer radikaldemokratischen Verfassung. Damit erhält Loicks Lösung eine starke Tendenz hin zu Fragen politischer (Selbst-)Organisation von jenseits des Nationalstaates liegenden Gruppen, sog.

859 Loick (2017), S. 320, Fn. 38.

„Counter-Communities“.<sup>860</sup> Die Verschiebung der Vermittlung vom Subjekt in den deliberativen Prozess, unter Einfluss der Formbestimmung des „europäischen“ Rechts als Subjektivität, bedeutet aber eine Verkürzung des Blicks auf die Probleme des Rechts. Denn nicht jeder Handlungsvollzug eines Subjekts kann als deliberativer Prozess über einen Verfassungstext gedacht werden. Nicht selten sehen sich Kritiker des Loick'schen Ansatzes zu funktionalistischen Argumenten genötigt. So werden dem Überhang an Normativität die Erfordernisse moderner Industriegesellschaften entgegengehalten.<sup>861</sup> Diese Argumentationsebene ist gar nicht nötig, da die Kritik auch auf die Argumentation Loicks selbst bezogen werden könnte, anstatt auf die Notwendigkeit ausdifferenzierter Gesellschaften zu verweisen. Loick denkt die Vermittlung des Willens grundsätzlich als deliberatives Projekt. Das beruht aber auf der Ausblendung einer interpersonalen Perspektive bei gleichzeitiger Überbetonung der konstitutiven Elemente. Loick denkt nur das große Plenum, aber nicht mehr die *Rechte*.

Das heißt nicht, dass diese in seinem Konzept keinen Platz haben, es ist aber der Konzeption nach nichts über den Gebrauch der Rechte zu erfahren. Denn eines ist klar: Der Großteil des Rechts wird nicht durch den Staat bzw. irgendeinen Gesetzgeber, sondern durch die Rechtsteilnehmer als Folge einer rechtlich intendierten Interaktion geschaffen, die wir üblicherweise als Vertrag bezeichnen. Die Vorstellung von einem Recht, welches in Gesetzen niedergelegt ist, trifft für die (moralischen) Grundentscheidungen einer Gesellschaft zu und äußert sich alsdann besonders deutlich im Straf- oder Verfassungsrecht. Hier finden sicherlich dann auch die von Loick erwähnten Emanzipationskämpfe statt, man denke an die Frage des Schwangerschaftsabbruchs oder der Sexualdelikte. Nicht alle juristischen Belange, um nicht zu sagen: die wenigsten, betreffen jedoch die Sozietät als Ganze. Es wäre daher interessant zu erfahren, welche Bereiche Loick zur Diskussion freigeben möchte und welche nicht. Dieses Problem hat Menke nicht, da bei ihm die Vermittlung gerade als Leistung des Subjekts formuliert ist (zumindest im Ausgang). Bei Loick scheint es aber so zu sein, dass jeder Wille immer als Teil eines

---

860 Deshalb auch konsequent nun: Loick (2021).

861 Dasselbe Spiel ohne Industriegesellschaft und im Hinblick auf Menke bei Kalthöner (2021), S. 146.

pluralen Prozesses zu verstehen ist. Die Überschreitung der Legalität und damit der Willkür (oder des Eigenwillens, wie Menke es nennt) ist bei diesem eine Frage der Subjektconstitution. Dazu bedarf es nicht immer der großen Geste einer allgemeinen Beratschlagung über wichtige Belange. Loick hingegen will die Legalität erst in der Sozietät überschreiten und kommt so, trotz Deleuze und zudem unter der Hand, zu einer Rehabilitation der Willkür, welche den ursprünglich radikalen Impuls wieder unterläuft.

### 3. Freude statt Zwang

Und aus diesem Grund muss Loick am Ende noch einmal auf den Zwang zu sprechen kommen. Im Hinblick auf die jüdische Rechts-tradition schreibt er: „Der Dreh- und Angelpunkt der Alternative, die sie [d. h. die jüdische Rechtstradition, S. K.] präsentiert, liegt im Verzicht auf Zwang als Mittel zur Rechtsdurchsetzung.“<sup>862</sup> In der Diskussion Cohens war die Sachlage recht deutlich. Wenn das Sittengesetz für jegliche Handlung gilt, d. h. auch für die individuelle Rechtshandlung, dann bedarf es keines Zwangs. Es gibt nämlich strenggenommen nur ein Sittengesetz und damit auch nur eine Handlungsoption. Hat jeder Teilnehmer der geteilten Handlungs-vollzüge dasselbe Sittengesetz zur Triebfeder seiner Handlungen gemacht, muss niemand zu etwas gezwungen werden. Loick ist hingegen deutlich einem differenztheoretischen Modell zugeneigt, gemäß dem gerade „sinnliche Stimmen wertvoll, die gebunden, partiell und idiosynkratisch sind.“<sup>863</sup> Das sind keine Begriffe, die mit dem kategorischen Imperativ in Verbindung zu bringen sind. Ohne eine Erklärung dafür, wie man seine Sinnlichkeit zu denken habe, fällt dieser Ansatz für mich sogar noch hinter die kantische Willkür des bürgerlichen Rechts zurück.<sup>864</sup> Loick führt zwar eine „Ethik des Lesens“ ein,<sup>865</sup> um die Subjekte in vermittlungsfähige Existenzen zu verwandeln. Hier schlägt noch einmal die Problematik durch, dass Loick eigentlich den Prozess des Rechts nur als große Diskussion über die Verfassung im Sinne einer *Verfasstheit des Gemeinwesens*

---

862 Loick (2017), S. 324.

863 Loick (2017), S. 312.

864 Ich werde in § 3 dieses Textes versuchen, solche Kriterien anzugeben.

865 Loick (2017), S. 322.

versteht. Deshalb kommt bei Loick auch ständig ein „Gesetz“ zur Sprache. Das mag für die jüdischen Vorschriften passend sein. Aber diese haben (das ist völlig wertfrei) nichts mit dem modernen Recht zu tun, welches gerade von der Vorordnung individueller Rechte vor das Recht geprägt sind. Diese Einsicht verbaut man sich durch den bruchlosen Rekurs auf die jüdische Rechtstradition, auch wenn es sich dabei vermeintlich lediglich um Anleihen bei der rechtlichen Form handelt. Modernes Recht – und hier ist nicht im Sinne eines funktionalistischen Einwandes die Rede von Komplexität, Industriegesellschaft oder Globalisierung – ist insbesondere durch ein interpersonales Verhältnis zweier Personen geprägt, nicht durch die Regelung des Alltags anhand allgemeiner Vorschriften. Jedenfalls stellt Loick sich noch einmal dem Problem des Zwanges, das er unter Verzicht auf ein allgemeines Sittengesetz oder die Angabe anderer Urteilkriterien des Subjekts bislang nicht zu beseitigen vermag. Wie soll nun Loick zufolge das Zwangsrecht Kants überwunden werden?

Loick möchte das Recht als die *anlockende Einladung* ausgestalten, von der Kant es abgegrenzt hatte.<sup>866</sup> Etwas Anlockendes muss aus sich selbst heraus die Kraft entfalten, einen anderen Gegenstand für sich zu gewinnen, sprich: Attraktion ausüben. Die durch das Recht ausgesprochene Einladung muss für den Empfänger, das Subjekt des Rechts, als Lockung verstanden werden, weshalb er sich infolge dieser Wirkung intrinsisch, d. h. auch ohne rechtlichen Zwang, rechtskonform verhält. Anders als Cohen denkt Loick dieses Moment nicht als Selbstzwang zur bürgerlichen Verfassung, sondern macht ernst mit dem Postulat eines anlockenden Rechts, das gerade Recht bleibt und nicht durch Begriffe der (christlichen) Liebe oder Gnade unterlaufen wird. Nun muss die Lockung des Rechts jedoch auf irgendeine Art zum Ausdruck kommen. Es geht darum, eine neue Triebfeder zur Befolgung des Rechts (um im mechanischen Duktus Kants zu bleiben) zu finden.

In Anlehnung an die jüdische Rechtstradition versucht Loick, zwei Momente miteinander zu vereinbaren, den *Ritus* und die *Freude*. Im Anschluss an Levinas will Loick zeigen, dass im rituellen Vollzug der jüdischen Gesetze eine Freude beschlossen liege, welche die Triebfeder eines neuen Rechts auszumachen vermag. Dazu folgen zwei Anmerkungen, zuvor aber das vollständige Zitat bei Levinas,

---

866 So schon in: Loick (2014), S. 53.

auf das sich Loick zentral bezieht und ohne welches die folgenden Ausführungen unverständlich bleiben müssen. Levinas schreibt die folgenden Zeilen im Anschluss an die Entscheidung eines Rabbinen im Streit um die Frage darüber, worin „die ganze Thora“ bestehe. Es werden drei Meinungen dazu vorgebracht, worin die ganze Thora bestehe: erstens die Erinnerung an den *einen* Gott,<sup>867</sup> zweitens die Nächstenliebe und drittens die Aussage „Du sollst am Morgen ein Lamm opfern und das andere am Abend.“ Dieser dritten These spricht der Rabbi sodann das tiefste Verständnis der Thora zu: „Das Gesetz ist, wie Ben Pazi [der Vertreter der dritten These, S. K.] sagt.“<sup>868</sup> Die dritte These findet sich im zweiten Buch Mose, dem Exodus, unter den Anweisungen zum Vollzug des religiösen Kultes. „Folgendes sollst du auf dem Altar darbringen: Tagtäglich und ständig zwei männliche einjährige Lämmer. Das eine Lamm sollst du am Morgen, das andere zur Zeit der Abenddämmerung darbringen,“<sup>869</sup> Im rituellen Vollzug des Gesetzes, das möchte Levinas deutlich machen, liegt allein die Möglichkeit, sich Gott zuzuwenden.<sup>870</sup> Im Anschluss an diese Anekdote führt Levinas zum rituellen Vollzug des Gesetzes aus:

„Das Gesetz ist Anstrengung. Die tägliche Treue zur rituellen Geste verlangt einen Mut, der ruhiger, edler und größer ist als der des Kriegers. Wir kennen die prophetische Beschwörung Israels durch Bileam: ‚Siehe, das Volk wird aufstehen wie ein Leopard und wird sich erheben wie ein Löwe.‘ Der Talmudist zögert nicht, dieses königliche Erwachen mit der souveränen Kraft eines Volkes zu vergleichen, das fähig ist, das tägliche Ritual zu vollziehen. Erschauern des Leoparden, der aufsteht, aber nicht unter einem Joch. Das Gesetz ist für den Juden niemals ein Joch. Es enthält seine eigene Freude, *von der sich ein religiöses Leben sowie die ganze jüdische Mystik nährt.*“<sup>871</sup>

Die erste Anmerkung zu Loicks Rezeption dieses Gedankens mag kleinlich erscheinen. Aber Loick zitiert die Stelle bei Levinas in seiner Studie nicht ganz korrekt:

---

867 Hinweis auf 5. Buch Mose 6.4.

868 Lévinas (1996), S. 31.

869 Exodus 29, 38–39.

870 Lévinas (1996), S. 30.

871 Lévinas (1996), S. 31.

## § 2. Wie urteilen?

„Das Gesetz‘ schreibt er [Levinas; S. K.], ‚ist für den Juden niemals ein Joch. Es enthält seine eigene Freude.“<sup>872</sup>

Das Zitat endet aber bei Levinas nicht mit einem Punkt hinter der Freude, sondern (ich habe dies im Hauptzitat kursiv gesetzt) die eigene Freude der Gesetzesbefolgung nährt für Levinas „ein religiöses Leben sowie die ganze jüdische Mystik“. Weder das religiöse Leben, noch die Mystik kann Loick allerdings für seine Zwecke gebrauchen und so fragt er sich, ob man die Freude am Gesetz nicht als „Freude zweiten Grades“ verstehen könnte, welche im „Genuss der Distanz des Gesetzes zum Alltag“ ruhe.<sup>873</sup>

Diese Verkürzung des Zitates zeigt das eigentliche Problem an, nämlich die Schwierigkeit eines Transfers religiöser Begriffe in die moderne Rechtspraxis. Die Freude, die Levinas hier beschreibt ist eingebettet in einen Ritus, der als Ritus auf ein Höheres (Gott) verweist. Dies tut er nicht, ohne das einzufordern, was ein Ritus als solcher einfordert, nämlich ein Opfer (ein Ritus ohne Opfer widerspricht seinem Begriff). Die Tieropfer sind seit der Zerstörung des Tempels und mit Einführung des rabbinischen Judentums passé. Aber das Opfer liegt hier, Levinas spricht es deutlich aus, in der *Anstrengung*, die es erfordert, das Gesetz einzuhalten. Die Freude korrespondiert in diesem kurzen Zitat mit gegenläufigen Begrifflichkeiten: Anstrengung, Mut, Kraft, d. h. die Freude ist ohne diese nicht zu haben. Das klingt weniger *anlockend*. Das moderne Recht verfügt nicht über diese Mobilisierungskraft, um Anstrengung, Mut und Kraft zu rechtfertigen. Somit stellt sich erneut die Frage, worin die Triebfeder, ein Recht zu befolgen liegt, welches mir zwar Freude versprechen kann, aber erst (unter Beibehaltung Loicks Prämissen) nach Aufbietung von Anstrengung, Mut und Kraft und ohne Gott.

Ein letzter Punkt sei im Hinblick auf die Freude und deren Funktion in Loicks Überlegungen angemerkt. Denn zunächst scheint klar, worauf sich die Freude bezieht, nämlich auf die Regelbefolgung selbst. Freude an der regelkonformen Praxis, die Loick in ausdrücklicher Differenz zu Kant folgendermaßen festhält:

„Dieser von Lévinas beschriebene Punkt des freudvollen Charakters der Gesetzesbefolgung ist ein weiteres Argument gegen die häufig vertretene

---

872 Loick (2017), S. 326 [Hervorhebung von mir, S. K.].

873 Loick (2017), S. 327.

Annahme einer Strukturähnlichkeit des Judentums mit der Philosophie Kants. Dass das Gesetz seine eigene Freude enthält, ist für dessen erlösenden Charakter wesentlich: Es darf trotz seiner rituellen Rigidität nicht als tyrannisch oder despotisch erfahren werden. Solche Überlegungen verbieten sich aber einer deontologischen Moralphilosophie, die sich motivationstheoretische Abstinenz verordnet [...].<sup>874</sup>

Gleichzeitig bestimmt Loick diese Freude als das Absehen des handelnden Subjekts von sich selbst, das Glück der Regelbefolgung liege in der Öffnung gegenüber dem Anderen und vor allem in der Erfahrung der Überwindung der eigenen egoistischen Einstellung.<sup>875</sup> So ist es folgerichtig, dass Loick Lévinas so zusammenfasst, dass der „Ritualismus“ zum Ausdruck bringe, dass die öffnende Wendung auf den Anderen hin, der Dienst an diesem, „mich selbst zuletzt begünstigt.“<sup>876</sup> Die Freude wird so nicht mehr durch den Vollzug der Regeln selbst hervorgebracht, sondern durch das Resultat in Form der Erlösung vom eigenen Egoismus. Damit ist die Freude eine der Regelbefolgung äußerliche Angelegenheit. Man kann durch viele Verhaltensweisen ein Absehen vom eigenen Egoismus erreichen, dazu bedarf es nicht der Anstrengung durch das Recht, zu dessen Einhaltung mich das Ergebnis seiner künftigen Einhaltung schlecht motivieren kann.

Der zweite Teil des längeren Zitates ist wiederum zutreffend. Kant wäre ein solcher Eudämonismus sicherlich fremd. Ich hatte die grundsätzliche Haltung des Judentums, ebenso wie die Kants, zur Glückseligkeit bereits aufgegriffen.<sup>877</sup> Dass Kant die Glückseligkeit zwar zum notwendigen Verlangen eines jeden endlichen Wesens bestimmt, ist bekannt, ebenso wie die Tatsache, dass für Kant diese Glückseligkeit als empirisches Momentum kein Bestimmungsgrund des Willens im Rahmen einer praktischen Vernunftregel sein kann.<sup>878</sup> Cohen sieht gerade in diesem Zug der kantischen Philosophie die „innerste Übereinstimmung“ mit der jüdischen Philosophie.<sup>879</sup> Nun kommt es der Sache nach nicht darauf an, ob Lévinas

---

874 Loick (2017), 327, Fn. 49 [Hervorhebung von mir, S. K.].

875 Loick (2017), S. 327–328.

876 Loick (2017), 328, Fn. 52.

877 In diesem Text: § 1, II, Gewalt, Zwang und „rechtsbezogene Gewalt“, Zu Hermann Cohens Kritik, *Abschließende Überlegungen zur Konzeption Cohens*.

878 Kant (1900aff.), S. 385–386.

879 Cohen (1924), S. 290.

oder Cohen die bessere Deutung des Judentums anbieten. Die Antwort auf die Ausgangsfrage nach der „ganzen Thora“ wäre sicherlich anders ausgefallen, läge deren innerstes Wesen in der Freude (nicht der Glückseligkeit als Ziel, sondern der Freude im Vollzug) und nicht im *Vollzug des Gesetzes*. Es hätte dann nämlich ein fiktiver vierter Teilnehmer des Wettstreites gewonnen, der gesagt hätte: *Die ganze Thora ist die Freude an der Gesetzesbefolgung*. Der Ritus verweist aber immer auf die strenge Form seiner Durchführung. Man kann so weit gehen und sagen, dass es dem Begriff Ritus wesentlich kennzeichnet, dass er einen äußerlichen Handlungsvollzug fordert. Insofern dürften sich das Judentum und Kant nicht nur in der Ablehnung der Glückseligkeit als *Ziel* eines Bestimmungsgrundes des Willens einig sein, sondern in der *Abwehr der Sinnlichkeit* bei der Frage nach der Einstellung zu einem gebotenen Handlungsvollzug.

Ich halte aber fest, dass die Vorstellung einer Freude, welche Loick aus den Überlegungen Levinas' gewinnt, sich zunächst nicht auf die Freude oder Glückseligkeit als Ziel einer Regel, sondern auf die Freude in der Befolgung selbst bezieht. Diese doch recht „eigene Freude“ in der Befolgung (Lévinas deutet an, dass es nicht die „übliche“ Freude ist) nährt bei Lévinas das religiöse (jüdische) Leben und die jüdische Mystik. Da Loick im Hinblick auf seine Theorie eines modernen Rechts weder auf das religiöse Leben, noch die Mystik zurückgreifen kann, überführt er die Freude an der Gesetzesbefolgung in eine Freude am *Resultat* der Gesetzesbefolgung, der Dezentrierung des Individuums, dem Absehen vom Egoismus. Dass in der strengen Gesetzesbefolgung eine Dezentrierung einzusetzen vermag, ist hier unbestritten. Dass der Ritus dies hervorbringt, ist es ebenso wenig. Jeder, der einem Ritus schon einmal beigewohnt hat, weiß – und dies kann Loick nicht im Sinn haben – dass die Dezentrierung umso besser funktioniert, desto strenger die Form ausgestaltet ist.<sup>880</sup>

---

880 So auch die lesenswerte Streitschrift für den alten Ritus: Mosebach (2003).

### III. Demokratisches Urteilen: (Rück-)Eroberung der Rechtsform (Buckel)

„So hatte sich vormalis die Rechtspflege, deren Objekt das eigentümliche Interesse aller Individuen ist, dadurch, daß die Kenntnis des Rechts sich in Gelehrsamkeit und fremde Sprache und die Kenntnis des Rechtsganges in verwickelten Formalismus verhüllte, in ein Instrument des Gewinns und der Beherrschung verwandelt.“<sup>881</sup>

Zu Beginn dieser Studie hatte ich auf die enge Verbindung zwischen einer Formbestimmung des Rechts einerseits und den Lösungsvorschlägen der Kritik hingewiesen. So legte die Formbestimmung Menkes, die Selbstreflexion des modernen Rechts, eine bestimmte Lösung nahe, wie dies die Formbestimmung Loicks, die Subjektivierung, getan hat. Buckel hatte bekanntlich gleich drei Formen des bürgerlichen Rechts aufgetan, bei der aber die „Rechtsform II“ im Sinne des juristischen Verfahrens im Mittelpunkt ihrer Analyse stand.<sup>882</sup> Dieser Fokus auf das gerichtliche Verfahren kann ebenfalls unter den Begriff des Urteilens (diesmal im rein verfahrenstechnischen Sinne) gefasst werden. Vorab jedoch einige Erläuterungen zu den Voraussetzungen dieser „Eroberung der Rechtsform“ durch das von Buckel vorgeschlagene gegenhegemoniale demokratische Projekt.<sup>883</sup>

#### 1. (Doch) kein Abschied von der Rechtsform?

Es lohnt sich bisweilen, bei den Kritikern sozialer Ordnungen einen Blick darauf zu werfen, warum eine Institution wie das Recht aller Kritik zum Trotz *nicht* verworfen werden soll. Bei Daniel Loick hatte sich so ein emphatischer Bezug auf den Begriff der Anerkennung ergeben, dem zwar das *europäische Recht* niemals genügen könne, welcher aber in einem *menschlichen Recht* endlich zur Geltung gelangen soll. Auch Buckel schlägt, nach einem recht ernüchternden Blick auf das Recht, vor, das Recht zu demokratisieren, anstatt es vorschnell zu verabschieden. Das mag zunächst überraschen, macht sie das

---

881 Hegel (1986b), § 297.

882 Buckel (2015), S. 240.

883 Buckel (2015), S. 317–321.

Recht doch für allerlei Missstände (mit-)verantwortlich. Es müssen daher Gründe vorliegen, das Recht nicht abzuschaffen. Denn sie verschiebt das Projekt einer Demokratisierung jenseits des Rechts „hin zu einer Demokratisierung, bzw. der Rechtsform.“<sup>884</sup> Buckel möchte das Recht, welches sich in seinen Formen permanent verselbstständigt und sich damit dem emphatischen Zugriff der Individuen entzieht, gerade aus diesem Grunde nicht abschaffen, sondern für ein gegenhegemoniales und demokratisches Projekt zurückerobern.

Meine These lautet, dass Buckel *das* Recht eigentlich gar nicht abschaffen möchte (darin stimme ich mit ihr überein). Damit habe ich mich begrifflich auf eine Abstraktion zurückgezogen, die Buckel in diese Aporie geführt hat. Bei dieser Abstraktion handelt es sich um das Recht. Wir müssen also zur Formbestimmung zurückkehren. Buckel begreift das Recht nicht *wesentlich* von seiner Form als subjektives Recht her<sup>885</sup> oder von seiner Subjektivierung (wie Loick dies getan hatte), sondern sie fasst es als juristisches Verfahren auf. Dieses Verständnis verunmöglicht es Buckel, das zu betreiben, was Adorno mit dem Begriff bestimmte Negation eingeführt hat. Um diesen Begriff Adornos ist es mir im Weiteren nicht zu tun. Es ist aber leicht einzusehen, dass das Recht als Abstraktum stets eines mehr oder minder geordneten Verfahrens bedarf, dass Entscheidungen getroffen werden müssen, dass Rechtstexte auszulegen sind, etc.

Wird das Recht insbesondere über diesen Aspekt des Verfahrens bestimmt oder sogar dieser Aspekt zu seiner gesamten Form überhöht und gleichzeitig dieses rechtliche Verfahren als notwendigerweise verdinglicht rekonstruiert, dann kann eigentlich nur noch die Abschaffung des Rechts am Ende der Überlegungen stehen. Aber mit dieser Bestimmung des Rechts *als gerichtliches Verfahren* ist lediglich ein Teil des – hier wird die Begriffsbestimmung historisch – bürgerlichen Rechts erfasst. Opake Gerichtsverfahren, in denen sich die Unterworfenen im Hinblick auf die eigene Stellung in diesem Verfahren, die eigenen Verfahrensrechte, die Sprache oder die Bedeutungsgehalte juristischer Formeln im Unklaren waren, sind kein Missstand bürgerlicher Rechtspflege. Die Phrase von den *Juristen, böse Christen* ist seit dem 13. Jahrhundert als Widerstand gegen den

---

884 Buckel (2015), S. 310. Anscheinend ebenfalls etwas ratlos im Hinblick auf dieses Ergebnis: Bayer (2021), S. 148–149.

885 Sie wendet sich ausdrücklich gegen diese Lesart, vgl. Buckel (2017).

primären Zugang dieser „zum notwendigen Ordnungswissen und zu den gerichtlichen Verfahren der Streitschlichtung“ nachgewiesen.<sup>886</sup> Ähnliches ist auch schon für das antike Rom belegt.<sup>887</sup> Da Buckel also ihre Kritik am Recht auf einen Aspekt bezieht, der nicht allein für das bürgerliche, sondern für jedes halbwegs professionalisierte Recht gilt, trifft sie mit ihrer Kritik nur eine vereinseitigende Abstraktion davon, was wir als modernes, bürgerliches Recht kennen. Damit bleibt die Kritik selbst abstrakt. Buckel schreckt aber sodann zu Recht vor den Konsequenzen dieser abstrakten Kritik zurück und besinnt sich auf eine Rückeroberung jener Form, die sie zuvor als notwendig zur Verdinglichung neigend beschrieben hat. Es sei dennoch abschließend ein Blick auf diese Rückeroberung der Rechtsform geworfen.

## 2. Emanzipation: *Wissenstechnik*

Buckel weiß natürlich um den Fortschritt des bürgerlichen Rechts gegenüber vormodernen Konzeptionen. Sie kann diesen Fortschritt jedoch, wie gerade gezeigt, nicht aus ihrer abstrakten Formbestimmung heraus entwickeln, sodass die fortschrittlichen Momente des Rechts etwas beliebig eingeführt werden. Neben der formalen Anerkennung der Individuen und einem „Aufschub der Macht“<sup>888</sup> sieht Buckel vor allem in der Wissenstechnik einen Fortschritt im Recht. Ich werde mich im Folgenden auf diesen Aspekt konzentrieren, da auf dem Aspekt der Wissenstechnik meines Erachtens alle Vorschläge Buckels zur Aneignung der Rechtsform beruhen. Neben der in der „kapitalistischen Vergesellschaftung“ fehlgeschlagenen Selbstregierung ist es nämlich nach Buckel auch um die Selbst-Aufklärung der Gesellschaft nicht gut bestellt. Sie gesteht dem Rechtssystem zwar ein begrenztes Wissen um die gesellschaftlichen Zusammenhänge zu. Da dieses System aber nur einer „kleinen Elite von WissensarbeiterInnen“ zugänglich sei,<sup>889</sup> bleibe diese Selbsterkenntnis

---

886 Stolleis (1996), S. 164.

887 Generell zur Rechtskritik in der römischen Antike, speziell hier aber zur Kritik am Stand der Juristen im alten Rom, vgl. Nörr (1974), S. 83–87.

888 Eingehend dazu: Zabel (2019b).

889 Buckel (2015), S. 313.

hinter einem echten, i. S. e. allgemeinen Selbstbewusstseins zurück. Das Herrschaftswissen der Juristen, welches unbestreitbar besteht, spielt somit bei Buckel eine ambivalente Rolle. Einerseits ist es gerade die Exklusivität des juristischen Wissens, welche zur Verdinglichung der Rechtsform im gerichtlichen Verfahren führt, andererseits speichert gerade dieses juristische Wissen auch ein „Reservoir von Erkenntnissen aktueller und vergangener Gesellschaften [...]“.<sup>890</sup> So leidet das Recht, wenn wir Buckel recht verstehen, an einem doppelt blinden Fleck. Einerseits stellt das Recht als „soziale Form“ einen in sich, weil antagonistisch verfasst, begrenzten Zusammenhang menschlicher Selbstaufklärung dar. Zweitens ist diese begrenzte Erkenntnisposition nur von einer kleinen Gruppe, der Elite der Juristen, besetzt. Zur qualitativen Grenze der Erkenntnis gesellt sich noch die quantitative Grenze der Inhaber des qualitativ begrenzten Wissens. Man könnte sagen: nur wenige sehen überhaupt etwas, die aber auch nur ein wenig.

Die von Buckel vorgeschlagene Rückeroberung der Rechtsform erfolgt durch ein demokratisches Projekt und soll zweistufig verfahren. Am Anfang steht die quantitative Entgrenzung des qualitativ begrenzten juristischen Wissens, welches in der Rechtsform aufgespeichert ist. Erst diese quantitative Erweiterung auf den „grossen Haufen“ kann zur Beratschlagung „über den Sinn einer solchen Kohäsionstechnologie“<sup>891</sup>, nämlich des Rechts, führen. Das heisst nichts anderes, als die qualitativen Bestimmungen des Rechts der demokratischen Disposition zu unterwerfen. Wir können uns hier nur den ersten Schritt vergegenwärtigen, d. h. die Frage nach der Öffnung der Rechtsform für die „Multitude“.

### 3. Das Urteilen ist politisch: Entzauberung

Dass die Frage des Urteilens eminent politisch ist, hatte ich bereits eingehend im Zusammenhang mit Menkes Diskussion von Arendts Rezeption des kantischen Urteilens aufgezeigt. Dabei ist nicht vorrangig das *Resultat* der Urteile eine Frage der Politik, sondern

---

890 Buckel (2015), S. 313.

891 Buckel (2015), S. 322.

wer überhaupt urteilen kann, d. h. was für ein Subjekt des Urteils vorausgesetzt wird, stellt die erste politische Frage dar.<sup>892</sup>

Das Unheil beginnt für Buckel im juristischen Verfahren. Denn dort würden die Alltagshandlungen der jeweiligen Subjekte nicht diesen selbst überlassen, sondern juristisch überhaupt erst codiert, d. h. für das Recht hervorgebracht.<sup>893</sup> Nun spricht Buckel dieser juristischen Codierung von Lebenssachverhalten nicht per se die Fähigkeit gelungener Vermittlung ab. Immerhin, so kann man Buckel verstehen, werde vor Gericht, bzw. im Verfahren argumentiert (und nicht unmittelbar Gewalt ausgeübt). Nur leider, hier setzt die Juristenkritik nun an, handele es sich nicht um ein Gespräch unter Gleichen, die ihre Angelegenheiten bei klarem Verständnis ihres Zusammenhanges beratschlagen, „sondern die juristischen Intellektuellen argumentieren nach bestimmten Techniken.“<sup>894</sup> Dieser Konzentration von Fähigkeiten in der Hand der juristischen Elite setzt Buckel eine „Entzauberung“ des Rechtswissens entgegen. Der Ausdruck der Entzauberung geht auf Wiethölter zurück, der in seiner *Rechtswissenschaft* dazu aufruft, das Recht gegen Projekte einerseits der Utopie sowie andererseits der Versklavung zu verteidigen. Diese Entzauberung müsse zu der Erkenntnis beitragen, dass das Recht lediglich „unzulängliche und erdenschwere“ Beiträge zu einer Friedensordnung zu leisten vermöge.<sup>895</sup> Gleichzeitig grenzt Wiethölter seine Entzauberung des Rechts ziemlich genau von dem Konzept ab, welches Buckel vorschwebt. Denn das bei ihm vorherrschende Unbehagen am Recht grenzt er deutlich ab:

„[E]s geht auch nicht um ‚Volksfremdheit‘ des Rechts, um Machterhaltung des Rechts an falscher Stelle, um cultural lag zwischen Entwicklungen der Wirklichkeit und des Rechts, um Angst gar vor einer ‚Macht-ergreifung der Juristen‘, um Abneigung gegen ‚Justiz-Pfaffen‘. In diesen Symptomen der Krankheit erschließt sich nicht die Krankheit selbst.“<sup>896</sup>

Buckel nimmt aber diese Symptome der Krankheit gerade für die Krankheit selbst, indem sie ihre Kritik am Recht zentral auf die Abgeschlossenheit des Rechtssystems (im Sinne der Systemtheorie)

---

892 So zur Unterscheidung in Herren und Sklaven: Aristoteles (1976), 1254 b.

893 Buckel (2015), S. 240.

894 Buckel (2015), S. 241.

895 Wiethölter (1970), S. 26.

896 Wiethölter (1970), S. 27.

bezieht und damit die Machtergreifung der Juristen selbst konzeptionell verfehlt. Damit ist die übergeordnete Frage nach dem Verhältnis zwischen Demokratie und Expertenwissen gestellt, weniger nach dem Verhältnis zwischen Demokratie und Recht. Das Recht ist nur ein Fall einer hochspezialisierten Wissenschaft, die sich dem Laienverständnis zunächst entzieht. Die Frage stellte sich, warum dem Laien der Zugriff auf das Recht einfacher fallen sollte, als auf eine beliebige andere Wissenschaft? Mit anderen Worten: Handelt es sich bei der Rechtswissenschaft *bloß* um eine außer Kontrolle geratene Vorliebe der Juristen für spitzfindige Diskussionen? Oder gesteht man der Rechtswissenschaft zu, gerade in der Differenzierung und der damit einhergehenden Komplexitätssteigerung einen Versuch zu unternehmen, den Einzelfällen immer gerechter zu werden? Allgemeinverständliches Recht würde nur die Kategorien verwässern, unter die der in Rede stehende Lebenssachverhalt subsumiert würde. Dass darin der erhoffte Fortschritt bestehen kann, ist zu bezweifeln. Man könnte beispielsweise die strafrechtliche Zurechnung (dabei handelt es sich, genau genommen, um einen Pleonasmus, Strafrecht *ist* Zurechnung) ohne Frage deutlich vereinfachen und in ihrer Komplexität reduzieren. Wer benötigt schon, könnte man fragen, die Differenz zwischen Täterschaft und Teilnahme? Mit dieser Komplexitätsreduktion könnte man sicherlich eine bessere Vermittlungsfähigkeit des Rechts herstellen. Aber, um beim Fall des Strafrechts zu bleiben, man darf die Menschen auch nicht für genügsamer halten, als sie sind. Eine gröbere, d. h. nachvollziehbarere, Zurechnung verlagert lediglich das Problem auf die Ebene der Strafzumessung. Es ist offensichtlich, dass in dem Moment, wenn die Zurechnung vergrößert würde, der Wunsch nach Differenzierung der einzelnen Fälle (es handelt sich im Recht immer um Einzelfälle) sich doch wieder Bahn brechen würde, nur auf einer Ebene, die über weniger Kriterien verfügt. Die vermehrte Gleichbehandlung ungleicher Fälle (und das Recht ist die Gleichbehandlung ungleicher Fälle in Permanenz) wird stets diejenigen auf den Plan rufen, die im Namen des Ressentiments Einfluss zu nehmen bemüht sind. Ich sehe beim besten Willen nicht, wie gerade an dieser Stelle ein Ansatzpunkt für ein vermeintlich emanzipatives Potential liegen kann. Alles was hier droht, ist ein unterkomplexes Urteil, mag es auch demokratischer sein. Ebenfalls bei den Gerichten, d. h. der Buckel'schen Rechtsform,

will Kalthöner ansetzen und ruft zum „hermeneutischen Generalstreik“ auf:

„Der Grundgedanke, der im Folgenden entfaltet wird, ist der, dass die Politisierung des Rechts nicht nur bei der Entscheidung ansetzen kann und darf, sondern primär auch die zur Entscheidung vorgesehenen Institutionen – die Gerichte – einbeziehen muss. Hierfür gilt es, an die im Begriff des Gesetzes verschränkten Ideen – Autonomie und Demokratie – anzuknüpfen und an diesen auch die Organisation der Institution auszurichten, die über die Anwendung des Gesetzes im Streitfall zu entscheiden hat.“<sup>897</sup>

Die Konzeption Menkes (gegen die dieser Vorschlag gerichtet ist) war Kalthöner nämlich nicht pragmatisch genug, da dieser die rechtliche Erwartungsstabilität nicht gewährleiste und die sozialintegrativen Aspekte des Rechts unterschlage.<sup>898</sup> Auch hier scheint die Frage danach, *wer* mitentscheiden darf, damit verwechselt zu werden, *worüber* entschieden werden darf. Hier wird das Urteilen als Form nicht verändert, sondern die Personen, die urteilen. Wer aber die Form nicht ändert, ändert nichts.

#### 4. Juristensozialismus

Dieser scheinbar unvermeidlichen Komplexitätsreduktion möchte Buckel mit einer Decodierung des Rechtsfetischismus beikommen, die nur dadurch zu verwirklichen sei, dass „ein umfassenderes juristisches Wissen gesellschaftlich zirkulierte und strategisch eingesetzt werden könnte“.<sup>899</sup> Hier macht sich die Achtung Buckels vor dem juristischen Wissen bemerkbar, welche ihr noch den Vorschlag abnötigt, juristisches Wissen offensiv zur Aneignung durch die Subjekte zu empfehlen. Erst wenn dieses umfassende Wissen gesellschaftlich zirkuliert, kann nach Buckel die „gesellschaftliche Auseinandersetzung über den Sinn einer solchen Kohäsionstechnologie überhaupt erst beginnen“.<sup>900</sup> Der Gedanke erinnert nicht allzu entfernt an Engels dialektische Gesetze des Umschlags von Quanti-

---

897 Kalthöner (2021), S. 195.

898 Kalthöner (2021), S. 195.

899 Buckel (2015), S. 322.

900 Buckel (2015), S. 322.

tät in Qualität. Denn Buckel erhofft sich durch die quantitative Ausweitung juristischen Wissens auf die dem Recht Unterworfenen eine qualitative Veränderung des Rechts selbst. Dieser Zusammenhang bleibt dunkel. Hier wird erneut deutlich, dass Buckel am Recht primär dessen Verdinglichung, d. h. den Rückzug aus lebensweltlichen Zusammenhängen kritisiert, nicht aber das Recht in seiner Form als bürgerliches bzw. modernes Recht. Es könnte also idealtypisch zu der Situation kommen, dass im Zustand höchster Kenntnis von den Mechanismen des Rechts für dessen Verabschiedung optiert wird. Etwas überspitzt könnte man sagen, es müssen alle Juristen werden, damit die Befreiung *vom* Recht möglich ist. Ich wage eine These: Alle Bürger in Juristen zu verwandeln ist der beste Weg, den Rechtsfetischismus in ungeahnte Ausmaße zu treiben, und damit gleichzeitig der schlechteste, ihm abzuhelpfen.

## 5. Abschluss und Übergang

Die unmittelbare Reflexion auf die drei hier vorgestellten Exponenten der Rechtskritik ist damit beendet, nicht jedoch das Nachdenken darüber, was für die hier vorliegende Studie aus diesen Kritiken des liberalen Rechts gewonnen werden kann. In einer kurzen Vorausschau nenne ich die Punkte, welche zum Abschluss rekapituliert werden, da sie wesentliche Einsichten in die Unzulänglichkeiten des liberalen Rechts vermitteln, gleichzeitig aber auch eine Perspektive bieten, diesen Mängeln abzuhelpfen. Von Daniel Loick (und Hermann Cohen) werde ich die Kritik der Legalität aufgreifen. Die Legalität ist in der unglücklichen Absonderung, welche das Recht von der Sittlichkeit bei Kant gewonnen hat, zu einem zentralen Punkt liberalen Rechts geworden und erscheint unhintergebar. Sie muss in ihrer heutigen Ausprägung jedoch ihr Anderes – und das wäre jeder andere sittliche Zusammenhang – zu ihrem Anathema machen und unterläuft sich damit selbst. Aus dem Zustand alleiniger Legalität ergibt sich u. a., dass er „Ausdruck der Verachtung“ ist,<sup>901</sup> aber es entsteht mit Sicherheit keine Praxis aus ihm.

Von Sonja Buckel wird der Gedanke einer Kritik der rechtlichen Form als, wie wir es transponiert haben, eines poetischen Systems

---

901 Hegel (1988), S. 318.

aufgegriffen. Die rechtliche Form droht immer, aus ihren Bezügen zur Praxis als Handlung herausgerissen zu werden, um in ein selbstvergessenes System des bloßen Machens bzw. Herstellens, überführt zu werden.

Von Christoph Menke zu übernehmen ist der Gedanke des Bruchs, welchen das moderne Recht in die Sittlichkeit geschlagen hat.<sup>902</sup> Diesen Bruch, der ein Primat des Individuellen vor dem Kollektiv, des Besonderen vor dem Allgemeinen beinhaltet, als Operation der Selbstreflexion des Rechts zu verstehen, ist zentral. Doch der von Menke geforderte Vollzug der Selbstreflexion ist als Forderung an den Einzelnen formuliert worden. Damit diese Reflexion des Einzelnen nicht in der Beliebigkeit des Somatischen verbleibt,<sup>903</sup> bedarf es eines weiteren Anlaufes, die in Rede stehende Frage zu klären, wie konkret die Selbstreflexion zu vollziehen ist.

---

902 Ritter (1969), S. 212–219.

903 Vgl. dazu Kneip (2023), S. 348–354.



### § 3. Ironie der Legalität

Die vorliegende Arbeit negiert zwei Möglichkeiten, über das Verhältnis von liberalem Recht und Freiheit nachzudenken. Die erste Möglichkeit neigt dazu, unterkomplex aufzutreten. Sie lässt rechtliche Form und Freiheit unmittelbar zusammenfallen. Freiheit artikuliert sich als rechtliche Freiheit bzw. Freiheit liegt in der Ausübung eines Rechts. Die zweite Verhältnisbestimmung ist komplexer. In ihrer Kurzform besagt sie ungefähr Folgendes: Die rechtliche Form stellt die *conditio sine qua non* der Freiheit dar, das Recht ist demnach (lediglich) die *Möglichkeit der Freiheit*. Wenn sich auch beide Thesen unterscheiden fasse ich diese affirmative Verhältnisbestimmung von rechtlicher Form und Freiheit, als die *Identitätsthese des Liberalismus* zusammen.

Man muss dem liberalen Recht eine Sache zugestehen. Wenn nach Cassirer die Aufgabe der Form darin liegt, den Menschen über seine bloße Endlichkeit zu erheben, an einen Ort, an dem sich Freiheit erst einstellen kann,<sup>904</sup> so kommt es im Folgenden darauf an, das Scheitern des liberalen Rechts präzise zu bestimmen. Denn die Form liberalen Rechts vermittelt nicht bloße Endlichkeit. Der Liberalismus scheitert wohlverstanden, so die hier vertretene These, auf höherer Stufe. Der Liberalismus bringt Unendlichkeit hervor. Es handelt sich dabei jedoch – und darin besteht im präzisen Sinne das Scheitern des Liberalismus – um die *schlechte Unendlichkeit* ironischer Subjektivität. Darin liegen zugleich Fortschritt und Misslingen des liberalen Rechts.

Um meine These des Scheiterns des liberalen Rechts an der Hervorbringung wahrer Unendlichkeit zu plausibilisieren, nehme ich zunächst mit der Legalität einen Aspekt der Form liberalen Rechts in den Blick (I.). Denn bei dieser Legalität handelt es sich um eine Urteilspraxis, die ich in einem nächsten Schritt als ironisch ausweisen werde. Bedeutsam für die kritische Auseinandersetzung

---

904 Ritter/Bollnow (1991), S. 286.

mit dem liberalen Recht ist aber vor allem meine darauf aufbauende These, dass die Ironie ein missglücktes Naturverhältnis darstellt. Die Korrektur dieses Verhältnisses erfolgt klassisch entlang der Grundlinien, die uns Hegel mit dem Konzept der Sittlichkeit (II.) gewiesen hat. Die Arbeit schlägt in einem dritten (III.) Schritt eine andere Möglichkeit zur Aufhebung der Ironie vor. Denn die Ironie der Legalität (nicht ihre Tragik) besteht darin, dass die Legalität sich bisher nur in ihrer liberalen, d. h. ironischen, Form gezeigt hat. Dieser Blick liberaler Legalität auf ihre eigene Ironie führt begrifflich zu ihrer Überschreitung, zu ihrer Selbstironisierung, einer Aufhebung der Ironie durch sich selbst, einer Ironisierung der Ironie. Diese Struktur werde ich am Ende des Kapitels auf den Begriff einer nicht mehr liberalen, sondern befreiten, d. h. im bestens Sinne *modernen*, Legalität bringen.

## I. Die Natur der Ironie

### 1. Legalität

Die Moderne dreht das Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem in zuvor unvorstellbarer Art um,<sup>905</sup> d. h. politisch: „Das Individuum ist zur einzigartigen Legitimationsquelle geworden.“<sup>906</sup> Rechtlich gesprochen handelt es sich um eine Vorordnung *der Rechte* vor *das* Recht,<sup>907</sup> gleichzeitig und untrennbar damit verbunden entwickelt sich das Recht zum „Formalrecht der Neuzeit“.<sup>908</sup> Diese Erzählung ist soweit bekannt.<sup>909</sup> Wie wird nun diese Vorordnung der Rechte vor das (Formal-)Recht operationalisiert?<sup>910</sup> Menke geht davon aus, dass im Zentrum allen Rechts eine Lücke klafft. Nun besteht

---

905 Mensching (1992), S. 304.

906 Zabel (2019a), S. 34.

907 Auer nennt dieses Momentum die „erste Moderne“, vgl. dazu Auer (2014), S. 14.

908 Habermas (2017), S. 110.

909 Dagegen allerdings, „[g]legen Unterstellungen der souveränen Disponibilität moderner Rechtsordnungen und der Zentrierung subjektiver Willkür in denselben“ unter dem Begriff der Fremdheit, vgl. Vischer (2021), S. 27.

910 Zum Verhältnis des Besonderen zum Allgemeinen auch Auer: Das „Privatrecht als Privatrecht entsteht erst, wenn das Private im Gegensatz zum Allgemeinen zum Problem wird.“ Auer (2014), S. 165.

das vormoderne Recht auf der Schließung der Lücke im Recht, sei es durch Erziehung oder durch Befehl. Das Auseinanderfallen rechtlicher Allgemeinheit und einzelner Performanz kann vom traditionellen Recht, so die überzeugende Rekonstruktion Menkes, nicht bestehen bleiben. Das Allgemeine hat im antiken Recht vor dem Besonderen. Den Grund zur zwangsweisen Schließung dieser Lücke findet das traditionelle Recht typischerweise in den Begriffen der Gerechtigkeit oder der Sittlichkeit. Soweit eine kurze Rekapitulation bisheriger Einsichten.<sup>911</sup>

Ich nähere mich nun den entscheidenden Fragen dieses abschließenden Kapitels entlang Kants Begriff der Legalität. Kant „nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die *L e g a l i t ä t*“<sup>912</sup> und führt darin einen Bruch in der Normativität herbei. Denn die moderne Vorordnung der Rechte vor das Recht bringt Normativität völlig anders hervor, ab sofort wird die Legalität zum *modus operandi* der Normativität. Diese Freigabestruktur habe ich im ersten Kapitel (§ 1) ausführlich untersucht.

Mein Interesse gilt zum Abschluss dieser Arbeit dem Umstand, dass diese neue Normativität sich durch die Legalität in ein neues Verhältnis zur Natur setzt – und zwar in doppeltem Sinne. Das wird verständlich, sobald die kantische Legalität nicht bloß als Frage nach der „inneren“ Motivationslage, d. h. der Triebfeder bei der Befolgung von Rechtsansprüchen oder Normen aufgefasst wird. Ich erinnere an Hermann Cohens Kritik an der kantischen Legalität:

„Dahingegen darf es für den Menschen keine andere Triebfeder als die der Pflicht aus dem Sittengesetze geben. Der Mensch verliert seinen menschlichen Charakter, wenn ihm diese alleinige Triebfeder abhanden kommt [...]“<sup>913</sup>

Durch den Verlust der sittlichen Triebfeder zugunsten der Willkür verliert der Mensch für Cohen seinen menschlichen Charakter, denn für ihn folgt daraus eine notwendige Verbindung zwischen der Willkür als naturalistischer Verfallsform der Autonomie und dem

911 Besprochen im Kapitel zur rechtlichen Form in dieser Studie, vgl. § 1.

912 Kant (1900aff.), S. 219.

913 Cohen (2001), S. 401.

äußeren Zwangsmoment im Recht.<sup>914</sup> Oder aber, wie Menke diesen Gedanken für die *Willkür* in seiner Formkritik reformuliert: „Die subjektiven Rechte ermächtigen durch ihre Form das Subjekt dazu, was immer es will – seinen Eigenwillen – als Tatsache geltend zu machen.“<sup>915</sup>

Die kantische Legalität bringt also nicht nur die rechtliche Ordnung völlig andersartig hervor, sondern auch das Verhältnis von Recht und Natur und dies in ebenfalls doppelter Hinsicht: einmal durch einen Akt der Selbsteinschreibung des quasi-natürlichen Eigenwillens in die Form der Rechte, einmal als äußeres Zwangsrecht. Die nun folgende Beschreibung der liberalen Legalität als einer ironischen Struktur soll helfen, diese Selbstnaturalisierung liberalen Rechts in Form von Willkür und Zwang begrifflich besser zu fassen und, wenn möglich, zu überschreiten.

## 2. Ironie

Ironisch ist, wer über die Differenz von Wesen und Erscheinung entscheidet. Denn, wie Kierkegaard bemerkt, wenn „ich rede, ist der Gedanke, der gemeinte Sinn das Wesen, und das Wort die Erscheinung.“<sup>916</sup> Das Subjekt ironischer Rede disponiert im Modus der Lust über die Differenz zwischen eigentlichem Sinn und gesprochenem Wort sowie über den Zeitpunkt ihrer Identität. Es genießt das, was schon die Etymologie (gr. *eirōneía*) nahelegt, die Möglichkeit der *Verstellung*.<sup>917</sup> In diesem Spiel mit der Differenz zwischen Wesen und Erscheinung, Sinn und Wort, wähnt sich das ironische Subjekt frei. Diese Freiheit macht Reiz wie Gefahr ironischer Rede aus. Einerseits lockt uns die Ironie mit dem Imago freien Kommandos, dem inneren Vorbehalt, dem ungefährdeten Standpunkt des *a priori*. Andererseits ist die ironische Freiheit keine geteilte Freiheit, sondern esoterisch. Denn allein das ironische Subjekt ist in die Entscheidung über die Differenz zwischen Wesen und Erscheinung, Gedanke und

---

914 Dazu auch Habermas (2017), S. III. Eine (feuilletonistische) Würdigung der Willkür gibt z. B. Dreier (2012).

915 Menke (2018d), S. 206.

916 Kierkegaard (1976), S. 243.

917 Ich danke RiLG A. Follner für diesen Hinweis.

Wort, eingeweiht, kurz: Die Freiheit des ironischen Subjekts ist *privat*. Aber diese ironische Freiheit hat für das Subjekt auch eine Kehrseite. Es bezahlt dieses abstrakte Weltverhältnis mit seiner Isolation und geht daran zugrunde, ja das „Ich implodiert in der romantischen Interpretation.“<sup>918</sup> Die schöne Seele des ironischen Subjekts ist so stets der Verlockung ausgesetzt, seine Abstraktheit absolut zu setzen, d. h. terroristisch zu werden und sich, wie Hegel erkannt hat, an der „Zertrümmerung aller bestehenden gesellschaftlichen Ordnung“ zu versuchen.<sup>919</sup> Für dieses Umschlagen der Abstraktion in die Tat, diese Dialektik der Distanz, liefert die Gegenwart hinreichend Anschauungsmaterial. Mit anderen Worten, die Ironie ist nicht nur ein sprachliches, sondern ein sozialphilosophisches Problem *par excellence*.

Worin besteht die Verbindung der Ironie zur Rechtsphilosophie, zur Frage der Rechte und der Legalität? Diese Verbindung ist am besten über den Begriff des Urteilens einsichtig zu machen. Denn nicht nur die Ironie, d. h. das Urteil über die (Nicht-)Identität von Wesen (Sinn) und Erscheinung (Wort), stellt einen Urteilsakt dar. Vielmehr handelt es sich auch bei jedem rechtlichen Vollzug um ein Urteil, ein Urteil im Modus der Legalität. Unser gesamtes Gemeinwesen kann demnach als eine wechselseitige Bezugnahme durch Urteile und Schlüsse aufeinander vorgestellt werden.<sup>920</sup> Schon Hegel hat diese Urteilsformen ausdifferenziert, vom endlich-negativen Urteil des bürgerlichen Rechtsstreits, dem negativ-unendlichen Urteils des Verbrechers oder dem positiv-unendlichen des Betrügers bis hin zur Urteils- bzw. Schlusspraxis der Gerichte. Doch was erlaubt es, die Legalität als ironisch zu beschreiben?

Ironie und Legalität teilen gleich mehrere Merkmale. Beide setzen auf die willkürliche Entscheidung des Subjekts. Die Ironie lebt von der willkürlichen Entscheidung, die Differenz von Wesen und Erscheinung entweder aufrechtzuerhalten oder aufzuheben; die Legalität kultiviert geradezu den inneren Vorbehalt des Subjekts, sich zu den eigenen Ansprüchen, Rechten oder dem Gemeinwesen mal so, mal anders zu verhalten. Sowohl Ironie als auch Legalität beschreiben diese Struktur als lustvolle Erfahrung der Freiheit. Die Willkür

918 Heyde (1999), S. 32.

919 Hegel (1986b), § 5.

920 Kneip (i.E.).

wird geradezu zum Kern liberaler Freiheit (v)erklärt, eine Freiheit ohne Willkür scheint heute undenkbar. Gleichzeitig handelt es sich bei Ironie und Legalität um traurige, weil einsame Formen praktischer Freiheit, denn sie sind bloß privat selbst noch in ihrem Recht auf politische Teilhabe. Diese Form trauriger Freiheit kann sich nur durch den Gedanken an die eigene Souveränität beruhigen. Das ironische Subjekt ist in dieser ironischen Freiheit absolut, d. h. losgelöst, souverän. Genauso souverän ist das liberale Rechtssubjekt. In den Worten der Zivilrechtsdogmatik nennen wir das „Privatautonomie“. Ironie und Legalität verhalten sich darin aber abstrakt zu ihrem Grund. Das ironische Subjekt steht jenseits der Gründe. Es handelt bloß aus der Motivation eines kurzzeitigen Lustgewinns und zeigt darin bisweilen Suchtverhalten, wenn man Sucht als unabweisbares Verlangen nach einem (letztendlich körperlichen) Erlebniszustand versteht.

Auch am Grund der Rechte liegt ein solch somatisches Moment. Denn auch das Subjekt ironischer Legalität findet seinen letzten Grund in der somatischen Lusterfahrung pseudo-souveräner Disposition. Darin markiert die Willkür ein Verhältnis zur Natur des Subjekts. Die Tragik dieses ironischen Subjekts liegt auf der Hand. Es kann diese Lust strukturell nicht auf Dauer stellen. Seine Aneignung von Lust, der *eros der Rechte*, bleibt seriell.<sup>921</sup>

Aus gutem Grund wurde die Ironie dann auch als sozialphilosophisches Problem ernstgenommen. Noch Böckenfördes Frage danach, worauf sich der Staat am Tag der Krise stützen können, d. h. in dem Moment, in dem es *ernst* wird, ist antiironisch durch und durch und darin noch, wenngleich negativ, auf die Ironie als Problem verwiesen. Die Ironie bildet in den Hegel'schen *Grundlinien* den Abschluss des Moralitätskapitels und gleichzeitig den Übergang von der Moralität als „Recht des subjektiven Willens“<sup>922</sup> hin zum zentralen Gedanken der Sittlichkeit, in der gerade die (bloße) Abstraktheit des subjektiven Willens aufgehoben werden soll.<sup>923</sup> Aber

---

921 Menke (2022), S. 501f.

922 Hegel (1986b), § 107.

923 Es ist an sich selbstverständlich, sei nur noch einmal betont: es handelt sich bei diesem Übergang nicht um eine Verwerfung der (kantischen) Moralität zugunsten eines (ggf. aristotelischen) Sittlichkeitskonzepts, sondern um die Aufhebung im „präzisen Sinne“, vgl. dazu treffend Schwenzfeuer (2019), S. 73.

die Ironie stellt nicht irgendeinen logischen Übergang in der Sphäre des subjektiven Willens dar. Die Ironie stellt für Hegel vielmehr das größte Übel einer übersteigerten Subjektivität dar und wird im absoluten Geist (dort in der Ästhetik)<sup>924</sup> sowie im objektiven Geist auf der Stufe der Moralität verworfen.<sup>925</sup> Denn für Hegel gilt: Der „moralische Standpunkt ist daher in seiner Gestalt das Recht des subjektiven Willens. Nach diesem Rechte anerkennt und ist der Wille nur etwas, insofern es das Seinige, er darin sich als subjektives ist.“<sup>926</sup> Gleichzeitig ist der subjektive Wille zunächst „abstrakt, beschränkt und formell“<sup>927</sup> und steht so zwar „in einem allgemeinen Normhorizont“<sup>928</sup>; dieser wird aber erst mit dem Übergang in die Sittlichkeit für das Subjekt relevant, d. h. beim Abgleich mit einem allgemeinen Ethos.<sup>929</sup> Damit ist schon einmal eine Differenz markiert, weil der subjektive Wille zunächst von dem „Begriffe des Willens“<sup>930</sup> geschieden ist. *Derbolav* schreibt dazu: „Der Wille hat hier also noch die Struktur der Endlichkeit, d. h. er steht noch im Gegensatz zur Objektivität, in die hinein er sich handelnd auszulegen hat [...]“.<sup>931</sup> Dadurch enthält der subjektive Wille aber die Gefahr des Scheiterns in sich beschlossen, d. h. „dem Begriffe [des Willens, S. K.] nicht angemessen zu sein“.<sup>932</sup>

Spielt man diese Gedanken noch einmal in den Kategorien der Hegel'schen Logik durch, ist schnell einzusehen, warum für Hegel der subjektive Wille der Moralität als eine *für sich seiende Unendlichkeit*, ein solches Problem darstellt.<sup>933</sup> Der sich in der Moralität durchsetzende subjektive Wille kann aus dieser Unendlichkeit der Subjektivität sowohl zu einem wahren Begriff der Unendlichkeit kommen wie auch in einer schlechten Unendlichkeit gefangen bleiben. Die Entscheidung über das Gelingen oder Scheitern der Wil-

924 Potepa (1999).

925 Zur Ironie als eines Falles der „dynamischen Funktionalisierung“ des Bösen bei Hegel, vgl. Hermann (1995), S. 31.

926 Hegel (1986b), § 107.

927 Hegel (1986b), § 108.

928 *Derbolav* (1965), S. 214.

929 *Stekeler-Weithofer* (2019), S. 52.

930 Hegel (1986b), § 108.

931 *Derbolav* (1965), S. 213.

932 Hegel (1986b), § 111.

933 Hegel (1986b), § 105.

lensäußerung ist auf der Ebene der Moralität jedoch kontingent und kann keineswegs garantiert, nicht einmal seinem Inhalte nach beurteilt werden.<sup>934</sup> Auf den subjektiven Willen, die Willkür des Subjekts, ist, darin ist Hegel zuzustimmen, kein Verlass.

Anders als die wahrhafte Unendlichkeit, welche die Einheit der Endlichkeit und der Unendlichkeit erkennt, weil das Endliche „zur Bestimmung des Unendlichen nicht entbehrt werden“ kann,<sup>935</sup> hält sich die schlechte Unendlichkeit für Hegel gerade frei von der Endlichkeit und scheitert darin zugleich.<sup>936</sup> Denn „es wird sich ergeben, daß eben, indem das Unendliche vom Endlichen rein und entfernt gehalten werden soll, es nur verendlicht wird.“<sup>937</sup> Die schöne Seele *verendet*, denn sie „trocknet aus und hinterläßt eine Leere, in der nur noch Raum für Sehnsucht ist.“<sup>938</sup> Dieser Versuch eines Sich-Freimachens von der Last der Endlichkeit ist für Hegel die Haltung des Ironikers, dieser damit ein Exponent der schlechten Unendlichkeit.<sup>939</sup> Nach dieser Reformulierung des Problems anhand der logischen Kategorien ergibt sich die Hegel'sche Bestimmung der Ironie von selbst, wenn er auch das Problem der Ironie nicht am subjektiven Recht, sondern am Gesetz illustriert:

„Ihr nehmt ein Gesetz in der Tat und ehrlicherwise als an und für sich seiend, Ich bin auch dabei und darin aber auch noch weiter als Ihr, ich bin auch darüber hinaus und kann es so oder so machen. Nicht die Sache ist das Vortreffliche, sondern Ich bin der Vortreffliche, und bin der Meister über das Gesetz und die Sache, der damit, als mit meinem Belieben, nur spielt, und in diesem ironischen Bewußtsein, in welchem Ich das Höchste untergehen lasse, nur mich genieße.“<sup>940</sup>

Der Ironiker steht also beständig *über* den Gegenständen, als *Ironiker des Sittlichen* damit auch über den Gegenständen des Rechts, der Politik und des Staates, und macht diese zum Gegenstand seiner Selbstsucht, und verhält sich „wesentlich sekundär, vielleicht sogar

---

934 Zabel (2007), S. 89.

935 Hegel (2008), S. 143.

936 Diese schlechte Unendlichkeit affirmiert hingegen Somek (2018), S. 109.

937 Hegel (2008), S. 135.

938 Heyde (1999), S. 32.

939 Heyde (1999), S. 33.

940 Hegel (1986b), § 140. Zur aktuellen Kritik der Ironie z. B. durch Simon Strauß – „Die Gegner sind die zynischen Ironiker“, vgl. das Interview Strauß/Sedlmaier (2018).

parasitär<sup>941</sup> zu selbigen. Als *Ironiker des Sittlichen* kann man aber nicht leben, zumindest nicht, wenn man für die Ironie gerade wieder auf die Momente des Sittlichen zurückgreifen muss, denen man sich ironisch enthoben fühlt.<sup>942</sup> Die Ironikerin lebt für Hegel schlicht von Voraussetzungen, die sie selbst nicht ironisieren kann.

Nun habe ich diesen kleinen Umweg über die Hegel'sche Kritik an der Ironie genommen, um zu zeigen, wo der Riss zwischen Sittlichkeit und Moralität, d. h. „von objektivem und subjektivem Moment der Freiheit“<sup>943</sup> verläuft und zudem besonders deutlich hervortritt. Der Ironiker ist also für Hegel ein Problem übersteigerter Subjektivität, ein Problem jedoch, das sich durch die Einbettung in die Sphäre der Sittlichkeit (Familie, bürgerliche Gesellschaft, Staat) beherrschen lässt.<sup>944</sup> Diese Aufhebungsversuche werde ich im zweiten Teil dieses Kapitels (§ 3 II) betrachten.

### 3. Natur

Ich spitze das Problem weiter mit Blick auf den Begriff der Natur zu. Bei der Legalität handelt es sich nicht nur um eine Form des Urteilens im Modus der Ironie, sondern zudem um ein Naturverhältnis. Deshalb ist die Legalität für die vorliegende Arbeit von so großem Interesse. In der ironischen Legalität kreuzen sich Urteil und Natur. Nirgendwo wird diese Verbindung so augenscheinlich wie beim Problem der Gewalt oder, wie die juristische Dogmatik es nennt, der rechtlich verfassten Gewalt, dem Zwang. Denn die Kategorie des Zwangs ist die zunächst verdrängte, dann aber scheinbar notwendig in die Sphäre des Rechts wiederkehrende Natur als *Kraft*. So heißt es

941 Heyde (1999), S. 34.

942 Eine ähnliche Kritik übt Schmitt am *Bourgeois* als „politische Nullität“ im Anschluss an Hegel (und diesen damit zitierend). So heißt es bei ihm: „Bei Hegel findet sich dann auch die erste polemisch-politische Definition des Bourgeois, als eines Menschen, der die Sphäre des unpolitisch risikolos Privaten nicht verlassen will [...]“ Vgl. Schmitt (2015a), S. 58; zur „Selbstvernichtung“ des Ironikers wiederum Heyde (1999), S. 34.

943 Zabel (2007), S. 93, Fn. 270.

944 Jhering dreht diese Überlegung um und kommt somit nur zu einer Auflösung des Egoismus in eine objektive Sittlichkeit, was ohne Zweifel daran liegt, dass er vom Zweck statt von der (subjektiven) Freiheit her das Recht bestimmt. Vgl. Jhering (1970b), S. III–IV.

### § 3. Ironie der Legalität

in Kants Rechtslehre in § D unter dem Titel „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden“ folgendermaßen:

„Der Widerstand, der dem Hindernisse einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen.“<sup>945</sup>

Bei diesem Satz handelt es sich um ein Theorem aus Kants eigenen frühen *naturphilosophischen* Schriften, die er später, d. h. zur Zeit der Abfassung der Rechtslehre, aufgreift und für das Recht operabel macht. Hermann Cohen hat sich darüber zwar bitter beklagt, aber nicht gewundert. Kant war für ihn nur konsequent, denn „[i]n der Legalität selbst steckt schon der Zwang.“<sup>946</sup>

Und wir sehen auch, warum ironische Legalität konstitutiv mit dem äußeren Zwang verknüpft ist. Denn der Zugriff auf die Natur bleibt in der ironischen Legalität abstrakt. Die Lust freien Disponierens stellt nichts anderes dar, als die serielle Selbstnaturalisierung des Subjekts und kann in dieser Konstellation, so denkt es das liberale Recht, nur durch die externe Unlusterfahrung des Zwangs eingehegt werden, d. h. durch die handfeste Einwirkung auf die Interessen des Subjekts im Modus instrumenteller *Kraftentfaltung*, m. a. W. mit Gewalt in Form von Kriminalstrafe, polizeilichem Zwang und der Zwangsvollstreckung im Rahmen des Zivilprozesses. Insofern ist dem liberalen Recht zuzugestehen, dass es über einen kohärenten Naturbegriff verfügt, wenngleich dieser auch doppelseitig instrumentell ist, einmal als Hervorbringung eigener Lust an der Dispositionsfähigkeit (1. Naturmoment), einmal als Einsatz natürlicher Kraftentfaltung zur Begrenzung dieser Lusterfahrung im juristischen Programm intendierter Unlustzufügung (2. Naturmoment). Die Strafe ist in diesem Sinne ein Naturverhältnis, nämlich als intentionale Übelzufügung oder wie Günther Jakobs die Strafe treffend charakterisiert: Man unterwirft das zu bestrafende Subjekt in der intentionalen Übelzufügung den Regeln der Natur.<sup>947</sup>

Ich fasse das Naturverständnis zusammen: Das Verhältnis zur Natur, welches die Ironie konstituiert, zeigt sich in zwei Momenten. Einer internen Hervorbringung der Natur als Lusterfahrung an der eigenen Dispositionsfähigkeit einerseits und einer dadurch not-

---

945 Kant (1900aff.), S. 231.

946 Cohen (2001), S. 400.

947 Jakobs (2008a), S. 134.

wendig hervorgebrachten Begrenzung dieser Lust durch Momente der Unlusterfahrung – eine externe (angedrohte) Einwirkung auf die Natur des Subjekts. Die ironische Legalität kommt also über ein instrumentelles Verhältnis zur Natur nicht hinaus. Hermann Cohen schlägt deshalb vor, das Problem rechtlichen, d. h. äußerlichen Zwangs durch die Verabschiedung der Legalität zu beheben. Das Recht muss für ihn unter dem Sittengesetz, d. h. dem kategorischen Imperativ, stehen. Auch wenn ich Cohen in vielen Punkten gefolgt bin, schlage ich vor, das Problem der Legalität nicht wie er von Seite des Geistes aus zu lösen. Vielmehr ist eine Lösung des Legalitätsproblems vom Begriff des Leibes aus zu unternehmen. Diese Einführung der Leiblichkeit soll in meiner Arbeit ein anderes Verhältnis zur Natur vermitteln und damit am Grund der Legalität ansetzen, um diese nicht vollständig der Rückkehr zum kategorischen Imperativ opfern zu müssen. Es ist mir dabei aber nicht um die Einführung weiterer Gründe in einen Diskurs zu tun, seien diese nun leiblicher oder anderer Art. Der Leibbegriff stellt insofern nicht mehr als einen Türöffner für eine Differenz- und Verhältnisbestimmung dar und zwar des Verhältnisses von Recht und Natur.

Die Frage lautet also: Wie greifen wir durch das Recht auf Unverfügbares, d. h. die eigene Natur als Leib in Form der Erziehung oder der Strafe, auf die erste Natur als Lebensgrundlage durch subjektive Rechte, z. B. das Eigentum, und auf die zweite Natur als bereits geleistete Auseinandersetzung mit der ersten Natur (z. B. Wissenschaftsfreiheit)<sup>948</sup> zu? Bevor ich mich diesen Fragen im letzten Teil dieses Kapitels widme (§ 3 III), diskutiere ich im Folgenden drei Konzepte, die auf je eigene Weise dem Problem der Ironie abzuheilen versuchen.

---

948 Kneip (2024).

## II. Drei Entsetzungsversuche ironischer Freiheit

Nachdem Jhering den ersten Band seiner Schrift zum *Zweck im Recht* fertiggestellt hatte, stand er vor einem Problem. Er entdeckte an seinem Forschungsgegenstand einen irreparablen Mangel. Dieser Mangel bot sich ihm in Form einer Lücke dar, denn er musste konstatieren, dass das Recht eine Lücke hat. Denn der von ihm rechtlich abgesicherte und so auch bezeichnete Egoismus im Recht wirft Fragen auf, die das Recht selbst nicht lösen kann. Das Eingangszitat aus dem zweiten Band beginnt daher mit einer Anrufung, nämlich der Anrufung sittlicher Kräfte. Jedenfalls sieht Jhering, dass es bei der reinen Verfolgung von Individualinteressen nicht bleiben kann. Denn

„die Erkenntnis seiner [des Egoismus, S. K.] Unzulänglichkeit für die vollständige Lösung der gesellschaftlichen Aufgabe wird uns den Übergang zum Sittlichen bahnen: *in die Lücke*, die er übriggelassen hat, greift das Sittliche ein.“<sup>950</sup>

Erkenntnis und Lösung eines Problems fallen zwar nicht zusammen, doch es zeichnet Jhering aus, dass er an dieser Stelle redlich bleibt. Er hat das Problem der Lücke im Recht ernstgenommen. Die von ihm ausgearbeitete Konzeption einer Sittlichkeit ist qualitativ weit von der philosophischen Ausarbeitung in den Hegel'schen *Grundlinien* entfernt,<sup>951</sup> aber wir halten fest, dass Jhering etwas erkannt hat. Er hat erkannt, dass das liberale Recht aus sich heraus nicht bestehen kann. Die von ihm als „egoistisch“ beschriebene, besser aber als ironisch zu beschreibende Freiheit aus dem ersten Band des *Zwecks im Recht*, lässt eine Lücke oder besser: sie bringt eine Lücke hervor. Im Folgenden werde ich drei Vorschläge diskutieren, welche die Lücke, die die ironische Legalität geschlagen hat, zu

---

949 Gemeint sind die sittlichen Triebfedern jenseits des Egoismus, weil nicht sein kann, was nicht sein darf: sie sind da! Jhering (1970a), S. 9.

950 Jhering (1970a), S. 3 [Hervorhebung von mir, S. K.].

951 Zum Beispiel schließt der zweite Teil des *Zwecks im Recht* mit zwei gut gemeinten Kapiteln zu Höflichkeit und Anstand. Jhering bleibt auf der Ebene empirischer Sittenlehre stehen.

schließen versuchen. Es handelt sich also bei allen Vorschlägen um Antworten auf eine ironische Grundkonstellation und in allen Fällen soll die Freiheit *entsetzt* werden, entsetzt von der Ironie. So stimmen alle Positionen darin überein, dass wahre Freiheit nur eine Freiheit sein kann, welche die Ironie entsetzt hat. Alle Konzepte, das sei vorab gesagt, scheitern auf ihre je eigene Weise. Sie scheitern aber jeweils so, dass sich aus ihrem Scheitern etwas lernen lässt. Diesen Ertrag werde ich im letzten Abschnitt (§ 3 III) aufgreifen und um eigene Überlegungen erweitern. Die drei Begriffe, unter denen eine Entsetzung der Ironie vollzogen werden soll, lauten: Sittlichkeit, Arbeit und Vertrauen. Bei Hegel und in daran anschließender Lektüre Honneths soll die Anerkennung auf den verschiedenen Stufen des Sittlichen die Möglichkeit der Freiheit in die Wirklichkeit der Freiheit verwandeln. Spannender ist jedoch die Antwort des Rechts darauf, dass diese sittlichen Ressourcen Honneths möglicherweise gar nicht bestehen. Diese Antwort besteht in einer Selbstkorrektur des Rechts. Ganz anders setzt Ernst Jünger in *Der Arbeiter* an. Dort ruft er ein neues, technisches Zeitalter des heroischen Realismus aus, welches die Freiheit nicht mehr als ironische Freiheit, sondern lediglich als durch den Arbeitsbegriff vermittelte Einsicht in die Notwendigkeit verstehen will. Auch Robert Brandom sieht die Moderne in einer ironischen Distanzhaltung gefangen und beginnt seine Entsetzung entlang der Hegel'schen Dialektik aus Geständnis, Verzeihen und Versöhnung aus dem Schluss der *Phänomenologie des Geistes*. Diesen Gedanken Hegels ausbauend, schlägt er einen Anspruch des handelnden Individuums auf zukünftiges Verzeihen gegenüber der normativen Gemeinschaft vor, für den notwendig eintretenden Fall, dass das Individuum an der Erfüllung einer Norm scheitert. Er nennt diesen anti-ironischen Ernst, der sich in einem Anspruch des Individuums gegen das Gemeinwesen auf ein zukünftige Verzeihen materialisiert, Vertrauen.

## 1. Die Aufhebung der Ironie

„Schlimmer als die Verkennung ist die Anerkennung.“<sup>952</sup>

### a. Hegels Sittlichkeit

Die Ironie ist für Hegel nicht primär das Ende der Moralität (welches sie *auch* ist), sie ist vor allem der Ausgangspunkt und damit der Beginn der Sittlichkeit. Die bis in das negative Extrem der Ironie getriebene Moralität des subjektiven Willens, findet in der schlechten Unendlichkeit ironischer Rede ihren Untergang. Damit unterläuft die Ironie als Form der Verstellung jeden Weg in eine halbwegs geordnete Sozialität und bedarf, um es etwas grob zusammenzufassen, ihrer Aufhebung in der Sphäre der Sittlichkeit. Dass es sich bei der Hegel'schen Darstellung in den *Grundlinien* nicht um eine chronologische Nacherzählung der einzelnen Momente handelt, sondern um eine systematische Entwicklung des Gedankens der Freiheit, ist unstrittig. Nicht von selbst versteht sich allerdings für den heutigen Leser Hegels die Aufhebung der ins Extrem gesteigerten Moralität in seinem Konzept Sittlichkeit. Das wiederum hat mit der Sittlichkeit selbst zu tun. Denn für Hegel ist die Sittlichkeit als Sphäre des objektiven Geistes nichts anderes als *geronnene Freiheit*. Es ist eine Freiheit, die den Einzelnen jeweils in einen sozialen Kontext einbettet, der von diesem als gegenständlicher Ausdruck der eigenen Freiheit *anerkannt* werden kann, nämlich im Kontext von Familie, bürgerlicher Gesellschaft und Staat. Diese Konstellation hebt die Legalität im strengen Sinne auf, d. h. es vernichtet diese nicht, macht sie aber zu einem Moment des sittlichen Ganzen. Die Aufhebung der Legalität bedeutet nicht die Vernichtung der Legalität. Aber die Legalität verliert ihre (vermeintliche) Absolutheit, sie wird zu einem Moment und bleibt darin bewahrt, d.h. im strengen Sinne, sie wird *aufgehoben*.

Und so ist es auch zeitgenössischen Hegelianern durchaus klar, dass sich aus der Legalität allein zunächst kein sittliches Ganzes ergibt. Darin liegt die Pointe von Axel Honneths Ansatz, nämlich die ironische Legalität als bloße „Möglichkeit“ der Freiheit zu verstehen.

---

952 Badiou (2010), S. 24.

So schreibt Honneth über die individuelle Freiheit (unter die wir hier einmal die Legalität subsumieren können), dass diese individuelle, man könnte sagen: abstrakte Freiheit, gerade „keine neuen substantiellen Handlungszusammenhänge“ generiere.<sup>953</sup> Erst im „Wir“ also der durch Anerkennungsbeziehungen vermittelten Ebene des Hegel'schen Geistes, sieht Honneth die Freiheit verwirklicht, wenn er auch Hegels Sittlichkeitstrias aus Familie, bürgerliche Gesellschaft und Staat dem Zeitgeist anpasst und sie als *persönlichen Beziehungen*, dem *marktwirtschaftlichen Handeln* und der *demokratischen Willensbildung* neu fasst. Es ist hier nicht der Ort, diese möglichen Verwirklichungen sozialer Freiheit im Einzelnen zu diskutieren.

Gängig ist hier die Erzählung vom Übergreifen des ökonomischen Prinzips auf die anderen beiden möglichen Orte sozialer Freiheit, d. h. um es mit Honneth zu sagen, auf persönliche Beziehungen und demokratische Willensbildung. Ähnliches gilt für das Übergreifen der Marktwirtschaft auf die Sphäre der Politik. Auch für die „Marktwirtschaft“ als solche muss man Honneth nicht zustimmen, dass es sich potentiell um eine Sphäre zur Verwirklichung der Freiheit handelt, wie er das kürzlich in seiner Studie *Arbeitende Souverän* dargelegt hat.<sup>954</sup> Aber auch jenseits einer zugestandenen Erzählung von einer Expansion des Ökonomischen, kann man sich die Frage stellen, ob die von Honneth ausgemachten Formen als solche tatsächlich Orte freiheitlicher Assoziation sind. Ebenso wenig dürfte die Rolle des Staates so unschuldig sein, wie das gerne behauptet wird.<sup>955</sup>

Mein Einwand gegen diese Aufhebung der Ironie ist anderer Art. Jedes Sittlichkeitskonzept, welches die Legalität als solche unangestastet lässt und nur auf die Hegel'sche Aufhebung in sittlichen Zusammenhängen (wie auch immer man diese bezeichnen mag) setzt, entkommt dem von mir beschriebenen Naturverhältnis nicht. Es kann den verfehlten Zugriff auf Natur durch die ironische Legalität, die Lust an der Disposition einerseits und das Unlustprogramm der Lustbeschränkung andererseits, immer nur korrigieren, reformieren, abschwächen, abgewöhnen, einschränken usw. usf.

Das Rechtspraxis und -Wissenschaft haben auch unlängst erkannt, dass sie die notwendigen Korrekturen an der Legalität selbst

953 Honneth (2011a), S. 222.

954 Honneth (2023).

955 Dagegen: Abensour (2012).

vorzunehmen haben und dass die Frage einer *Entsetzung der Ironie* ein Teil des Rechts selbst werden muss, möchte das Recht nicht ständig auf das Eingreifen einer vielbeschworenen Sittlichkeit warten.

Zwar kann man meinen, „dass es sinnvoll ist, sich an ein minimales, ‚formales‘ Verständnis des Privatrechts zu halten“,<sup>956</sup> nur wird man dann im Zweifelsfall von den erhofften sittlichen Kräften enttäuscht oder präziser: man verkennt, dass die Form des Rechts auf die sittlichen Kräfte zurückspielt. Die altbekannte Rechnung aus „Formalrecht plus Sittlichkeit“ denkt das Verhältnis zwischen ironischem Formalrecht und Sittlichkeit unterkomplex. Das Formalrecht, so die hier verfolgte These, verunmöglicht die Herausbildung einer neuen Sittlichkeit. Nur wenn man aufhört, das Formalrecht als erlösungsbedürftiges Objekt der Sittlichkeit zu denken, wendet sich der Blick auf die Form des Rechts zurück und nimmt die Form des Formalrechts, d. h. seine ironische Struktur, in den Blick.

Besonders prägnant ist die Konstellation im Strafrecht, das sich in den letzten Jahrzehnten zum Kohärenzrecht schlechthin entwickelt hat. Benno Zabel hat diese Konstellation in *Die Ordnung des Strafrechts* auf den Punkt gebracht:

„Wir können auch von einem ‚Kohärenzstrafrecht‘ sprechen, um zu verdeutlichen, dass das Strafrecht mit seiner symbolischen und sinnintegrativen Kraft Aufgaben übernommen hat, die im späten 18., 19. und frühen 20. Jahrhundert Religion, Moral oder der Familie zugewiesen waren. [...] Kohärenz oder Kohärenzstimmungen in einer Gesellschaft zu erzeugen, die als zunehmend inhomogene und kulturell ausdifferenzierte über vergleichsweise wenige gemeinsame Wertüberzeugungen verfügt, wird zum Markenzeichen des Strafrechts.“<sup>957</sup>

Aber nicht nur das Strafrecht, auch die anderen beiden dogmatischen Fächer wissen darum, dass Handlungsvollzüge, anders als bei Hegel, Honneth oder Loick, keine sittliche Einhegung mehr erfahren, wie auch immer man diese im Detail ausbuchstabieren mag. Diese Selbsterkenntnis des Rechts, das Wissen des Rechts darum, dass es mit diesem Problem fehlender Sittlichkeit alleingelassen wird, kann man in der juristischen Dogmatik an zwei Stellen schön illustrieren: Einmal anhand der Diskussion um eine „Theorie“ der Grundrechte und einmal anhand der Diskussion über die Grenzen

---

956 Kervégan (2018), S. 378.

957 Zabel (2017), S. 707.

der Vertragsfreiheit oder römisch-rechtlich gewendet, dem Problem eines Selbstverkaufs in die Sklaverei.

*b. Selbstkorrektur des Rechts I: Grundrechtstheorie*

Grundrechte räumen dem Einzelnen Rechte ein und artikulieren darin, gleichsam im Modus performativer Selbstbeschreibung des Rechts, Freiheit. Dies ist jedenfalls die Perspektive der liberalen Rechtswissenschaft. Nun fällt es der Rechtswissenschaft schwer, den Begriff der Freiheit zu „definieren“ da es sich bei dieser offenbar um einen Begriff handele, der „höchste Werte oder letzte Dinge“ angeben soll.<sup>958</sup> Die Verlegenheit um die Definition des Begriffs Freiheit ist wenig verwunderlich, entziehen sich Gegenstände der Vernunft doch üblicherweise der Behandlung durch eine Verstandesoperation, z. B. dem Definieren. Man muss auch diese eschatologische Aufwertung der Freiheit zu einem Gegenstand der „letzten Dinge“ nicht mittragen und kann dennoch zur Güte darauf verweisen, dass Freiheit immer einer Form bedarf oder, um es im Sinne Cassirers zu sagen: *Es gibt keine unmittelbare Berührung mit dem Unendlichen.* Die erforderliche Form findet die Freiheit in der Bundesrepublik Deutschland in den Grundrechten des Grundgesetzes. Die Grundrechte formieren die Freiheit. Damit ist einiges, aber noch nicht alles über die Freiheit des Grundgesetzes gesagt. Denn die Grundrechte fallen in ihrer verschriftlichen Form notorisch knapp aus, die Bezeichnung der Grundrechte als Programmsätze muss hier nicht wiederholt werden. Aber die Probleme liegen auf der Hand: Wer entscheidet darüber, was eine Meinung, Kunst, Handlungsfreiheit usf. sein soll? Steht dies im Belieben des Subjekts oder gibt es so etwas wie eine vorgeformte Freiheit? Reicht meine Freiheit so weit, mich meiner Freiheiten zu begeben? Muss ich von meinen Freiheiten Gebrauch machen oder ist es Ausdruck der Freiheit, nicht von meiner grundrechtlich verbürgten Freiheit Gebrauch zu machen? Wer verhilft mir zu meiner Freiheitsverwirklichung und gibt es so etwas wie einen freiheitsbeschränkenden Freiheitsgebrauch?<sup>959</sup> Die Grundrechte verhalten sich zu diesen Fragen, wenn überhaupt, nur

958 Lepsius 2024, S. 297.

959 Den Primat der Rechte vor demokratischen Entscheidungen kritisierte so z. B. jüngst Schorkopf (2025).

äußerst knapp, m. a. W., die Verfassung lässt hier eine Lücke. Die Handhabung der Grundrechte – über diese Problembeschreibung herrscht Einigkeit – erfordert daher eine übergreifenden Perspektive, eine „Theorie“. In diese Lücke, welches das Gesetz gelassen hat, stößt die Grundrechtstheorie und sie muss – auch darin sind sich alle Diskussionsteilnehmer einig – die Kontrastfolie zeichnen, vor der die Grundrechte überhaupt erst eine sinnvolle Anwendung finden können. So haben sich im Laufe der Zeit verschiedene Theorien herausgebildet, die alle für sich in Anspruch nehmen, den im Grundgesetz niedergelegten Rechten die richtige Deutung zu geben.

Mit Blick auf das hier aufgeworfene Problem ironischer Legalität und einer möglichen Antwort durch die Verfassungslehre lasse ich zunächst Ernst-Wolfgang Böckenförde zu Wort kommen. Er bringt das klassisch liberale Verständnis der Grundrechte und damit, wie wir sehen werden, das Problem der Ironie, auf den Punkt. Die Grundrechte sollen demnach, das ist soweit unumstritten, Freiheit gewährleisten. Die Formbestimmung der *liberalen Theorie* liegt nun an der Grenze zur Formlosigkeit, denn sie sichert etwas ab, was Böckenförde *Freiheit schlechthin* nennt. Denn, so führt er für die liberale Theorie aus, die

„durch die einzelnen Grundrechte gewährleistete Freiheit ist, als Folge des Ausgrenzungscharakters der Grundrechte, Freiheit *schlechthin*, nicht Freiheit zu bestimmten Zielen und Zwecken (Förderung des demokratisch-politischen Prozesses, Werteverwirklichung, Integration des politischen Gemeinwesens u. ä.). Ob, aus welchen Motiven und zu welchen Zwecken die Grundrechtsträger von ihrer grundrechtlichen Freiheit Gebrauch machen, ist – im Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit – *ihre Sache* und Entscheidung; es kann daher nicht Gegenstand *rechtlicher* Bewertung durch den Staat und ebenso wenig Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Differenzierung des Freiheitsumfangs sein.“<sup>960</sup>

Das klassisch-liberale Verständnis setzt das Subjekt also in zweierlei Hinsicht frei. Es darf erstens willkürlich darüber entscheiden, *ob* es von einem Grundrecht Gebrauch macht und zweitens, zu welchen Zwecken bzw. mit welchen Motiven. Dogmatisch bedeutet dies, dass die verfassungsgerichtliche Überprüfung eines Eingriffes in den Schutzbereich eines Grundrechts zunächst das Selbstverständnis

---

960 Böckenförde (1974), S. 1530f. [Hervorhebung im Original].

des Grundrechtsträgers zugrunde legt. Es handelt sich um einen klassischen Ausdruck ironischer Legalität, *Freiheit schlechthin*. Und wegen dieser unbestimmten Freisetzung, hat dieses Verständnis der (Grund-)Rechte, Hegel zu folgender Kritik veranlasst:

„Wenn man sagen hört, die Freiheit überhaupt sei dies, daß man tun könne, was man wolle, so kann solche Vorstellung nur für gänzlichen Mangel an Bildung des Gedankens genommen werden, in welcher sich von dem, was der an und für sich freie Wille, Recht, Sittlichkeit u.s.f. ist, noch keine Ahnung findet.“<sup>961</sup>

Eine Freiheit schlechthin ist gerade die abstrakte Freiheit, der Hegel mit seinem Konzept Sittlichkeit begegnete. Ist die liberale Theorie also alles, was die Verfassungslehre uns mitzuteilen hat? Wäre dem so, würde sie das Problem der Ironie lediglich in sich wiederholen, anstatt ihm abzuhelpfen.

Man kann die Grundrechte aber auch anders verstehen. Sie stellen möglicherweise eher die Markierung einer institutionell und normativ immer schon ausgestalteten Freiheit dar, an der die Grundrechtsträgerin dann (lediglich) partizipieren kann. Die intellektuell und praktisch etwas anspruchslose *Freiheit schlechthin* der liberalen Grundrechtstheorie, bestünde dann nicht mehr darin, einen dem Staat vorausliegenden Freiheitsbereich absichern, sondern dem Subjekt die Teilhabe an einer schon vorgeprägten, d. h. verfassungsrechtlich niedergelegten Freiheit ermöglichen. Damit wird, wie Luhmann ausführt, dem Subjekt in gewisser Weise der Primat über „die Entscheidung darüber, was als Inhalt solcher Rechte [der Grundrechte, S. K.] legitimiert“ werden soll,<sup>962</sup> genommen. Gleichzeitig liegt darin liegt die Abkehr von einer naturrechtlichen Begründung der Grundrechte,<sup>963</sup> zugunsten eines funktionalen Sinns.<sup>964</sup> Dieses Grundrechtsverständnis hat nach Böckenförde folgende Konsequenzen:

„Hier ist in der Tat die rechtliche undefinierte liberale Freiheit als Inhalt der Grundrechte nicht mehr gemeint. An ihre Stelle eine ‚objektivierte‘, bereits normativ und institutionell gestaltete und geordnete Freiheit. Damit erhalten die grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen einen

961 Hegel (1986b), § 15.

962 Luhmann (1999), S. 209.

963 Luhmann (1999), S. 38–52.

964 Luhmann (1999), S. 208–209.

### § 3. Ironie der Legalität

prinzipiell anderen Sinn und Inhalt als in der liberalen Grundrechtstheorie.“<sup>965</sup>

Damit setzt sich dieses Verständnis der Grundrechte insofern von der liberalen Theorie ab, als die Ausgestaltung der Freiheit selbst nicht der Freiheit des Subjekts, jedenfalls nicht allein, obliegt. Die Eingrenzung ironischer Freiheit erfolgt zwar nicht auf der Ebene, *ob* ein Recht in Anspruch genommen wird, die Zwecke sind dem Grundrechtsträger aber nicht (gänzlich) anheimgestellt. Aber im innersten Gefüge einer institutionalisierten Freiheit, ergibt sich eine interessante Spannung zur liberalen Theorie der Grundrechte, der *Freiheit schlechthin*.

Bei allen Differenzen, die im Einzelnen zwischen den beiden, cursorisch dargestellten Theorien bestehen mögen, scheint mir in Bezug auf die hier verfolgte Frage der Ironie(-Begrenzung) keine echte Differenz zu liegen. Vielmehr ergeben sich ungeahnte Allianzen. Nur auf den ersten Blick überrascht die Verteidigung der liberalen Grundrechtstheorie von Seiten der systemtheoretisch informierten Rechtstheorie, die eigentlich ein institutionelles Verständnis der Grundrechte vorgetragen hat.<sup>966</sup> Verständlich wird diese Verteidigung der liberalen Grundrechtstheorie, wenn man sich ihr über den Begriff des Wissens annähert. Dass der Gesetzgeber sich selten auf der Höhe des in den Teilsystemen zirkulierenden Wissens befindet, führt bei *Karl-Heinz Ladeur* zu einer Erneuerung der klassisch-liberalen Perspektive. Dies erfolgt aber diesmal nicht primär, um dem Individuum gegenüber dem Staat einen Vorrang einzuräumen. Vielmehr basiere die liberale Ordnung „auf der dauerhaft in Gang gehaltenen gesellschaftlichen Erzeugung neuer Unterscheidungen [...]“<sup>967</sup> Um diese treffen zu können, bedarf es der Opposition gegen einen vermeintlichen Wissensanspruchs des in Wahrheit, so verstehe ich Ladeur, schlecht informierten Gesetzgebers. Deutlicher gesprochen: Der Gesetzgeber ist nicht mehr in der Lage, den teils hochspezialisierten Diskursen der Teilsysteme noch sinnvoll zu folgen, geschweige denn etwas Wertvolles dazu beizutragen. Aus dieser Perspektive ist die liberale Grundrechtstheorie durchaus ein geeignetes Mittel, um den Einfluss des epistemologisch übergreifigen Gesetzgebers

---

965 Böckenförde (1974), S. 1532.

966 Gegen die liberale Theorie: Luhmann (1999), S. 38–52.

967 Ladeur (2006), S. 354.

einzu­schränken. Darin liegt dann auch, unter Ver­schiebung der Per­spektive, vom Individuum hin zum Teilsystem, die schon von Carl Schmitt so treffend beschriebene Metaphysik des Liberalismus: Das Wohl (aller) qua Freisetzung<sup>968</sup> im Ökonomischen, im politischen Diskurs oder im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit.<sup>969</sup> Aus dieser Perspektive, d. h. einer größtmöglichen Freisetzung der Teilsysteme, darf der Staat hier nicht „eine eigene Rationalität des Entscheidens gegen die privat erzeugten Beziehungsnetzwerke und Regeln durchsetzen [...]“<sup>970</sup> Es ist Ladeur also gegen das im Verdacht der normativen Übergriffigkeit stehende Abwägungsmodell der Grundrechtstheorie und -Praxis um einen „a-zentrischen, über die Grundrechte abgesicherten Selbstorganisationsprozeß der Gesellschaft“ zu tun.<sup>971</sup> Hierin liegt die erwähnte dialektische Spannung. Die institutionelle Theorie sieht die grundrechtliche Freiheit einerseits immer schon durch eine eigenständige Verfassung der Teilsysteme vorgeformt,<sup>972</sup> bedient sich aber der Verteidigung dieser Präfiguration genau desjenigen Mittels, welchem sie begegnen wollte, nämlich dem subjektiven Recht im Sinne einer *Freiheit schlechthin*. Sie kann diese Spannung nie lösen, sondern nur ausspielen. Ihr Motto lautet: Mit der ironischen Freiheit gegen die ironische Freiheit.

Demgegenüber versteht die Werttheorie die Grundrechte noch in einem ganz anderen Sinne. Die Grundrechte sind demnach Ausdruck objektiver Wertentscheidungen unseres Gemeinwesens. Die reflektierende Urteilskraft der Verfassungslehre könnte demnach konkrete Freiheitsrechte auf objektive Werte zurückführen, die einzelnen Rechte wären dann (nur) die gesetzliche Positivierung dieser Werte; eine Verfassung hinter der Verfassung, m. a. W.: Wir hätten es mit einer *Metaphysik des Grundgesetzes* zu tun. In Bezug auf die hier aufgeworfene Frage des Umgangs mit ironischer Freiheit, kommt es aber, anders als die Rede von objektiven Wertentscheidungen es nahelegt, nicht auf eine Korrektur eines ironischen Freiheitsgebrauchs

968 Schmitt (2017), S. 47–48.

969 „Die Wissenschaftsfreiheit liefert also einen ‚grundrechtsimmanenten Drittnutzen‘, der sich dann idealerweise verwirklicht, wenn Erkenntnis und Verbreitung wissenschaftlichen Wissens tatsächlich frei sind.“ – Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, 103. EL Januar 2024, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.; a. A. vgl. I. Kor. I, 25.

970 Ladeur (2006), S. 379.

971 Ladeur (2006), S. 380.

972 Teubner (2012).

an. In dem berühmten Lüth-Urteil des BVerfG stellte das Gericht fest, dass die Meinungsfreiheit nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch im Verhältnis zwischen Privaten, geschützt werden muss. Denn auch Zivilgerichte sind nach Ansicht des Gerichts, z. B. bei einer Schadensersatzklage wegen einer Meinungsäußerung, an die Berücksichtigung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander gebunden und können diese Ausübung durch Zuerkennen einer Schadensersatzforderung (oder Unterlassungserklärung) verletzen. Diese grundrechtstheoretische Wendung gegen das „Strafrecht im Zivilrecht“ in Form der Schadensersatzforderung geschah also im Sinne der liberalen Theorie der Grundrechte. Freiheit wird damit nicht nur vertikal, sondern auch horizontal geschützt, die Ironie wird multidirektional.

Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang die sozialstaatliche Grundrechtstheorie. Denn bei aller Ironie der klassisch-liberalen Theorie ist zu bedenken, dass der Freiheitsgebrauch selbst eine materielle und nicht nur eine formelle Basis benötigt. Für den Sozialstaat kommt es darauf an zu erkennen, dass er für seine eigenen Grundlagen zu sorgen hat. So betont Böckenförde, dass die rechtlichen Freiheiten der Verfassung mit ihrer formalen Einsetzung noch lange nicht tatsächlich ins Werk gesetzt werden. Die Erklärung, es bestünde eine Freiheit, läuft ins Leere, wenn die materiellen Voraussetzungen fehlen, diesen Anspruch einzulösen. Die Differenz zwischen Anspruch und Wirklichkeit wird darin thematisiert. Deshalb sei der Staat beständig „zur Intervention in die ‚freien‘ gesellschaftlichen Abläufe gehalten [...]“<sup>973</sup> Dass diese hervorbringende Intervention im Sinne der klassisch liberalen Theorie geschieht, ist wenig überraschend. Hegels spöttische Hoffnung auf den Herrgott, der zum Amt immer auch den nötigen Verstand mitliefere, erfährt hier ihre säkulare und materielle Wendung. Wem der Staat ein Recht gibt, dem gibt er auch die Mittel. Oder wie der Titel einer Monographie es so schön formuliert: *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*.<sup>974</sup> Die Ironie wird nach dieser Theorie also ebenfalls weniger begrenzt, eingehegt oder aufgehoben als vielmehr ganz gezielt hervorgebracht.

---

973 Böckenförde (1974), S. 1538.

974 Heinig (2008).

An einem entscheidenden Punkt sind sich daher alle Theorien einig. Ob überhaupt und falls ja, in welchem Umfang eine Grundrechtsträgerin von ihrem Grundrecht gebraucht macht, bleibt dem Recht entzogen. Allein ein Gedanke lässt Böckenförde aufschrecken. Eine einzige Grundrechtstheorie, von ihm als demokratisch-funktional beschrieben, bricht mit einem liberalen Tabu. Zunächst betrachtet diese demokratisch-funktionale Theorie die Grundrechte ganz harmlos, vor allem mit Blick auf ihre Funktion für den Prozess demokratischer Willensbildung. Böckenförde bemerkt durchaus, dass es dieser Theorie auch um die angemessene Form der Freiheitsverfassung zu tun wäre. Denn auch die demokratisch-funktionale Theorie will Grundrechte als Freiheitsmöglichkeiten absichern. Der entscheidende Punkt ist die Frage, wem die Entscheidung darüber, *ob* ein Recht ausgeübt wird, zukommen soll. Etwa dem Subjekt? Waren sich alle Theorien bislang einig, dass diese Frage in die Willkür des Subjekts gestellt sein muss, bricht der demokratisch-funktionale Ansatz mit diesem Tabu, indem er die Entschließungsfreiheit selbst für *negotiationabel* erachtet. Böckenförde dazu:

„Neben Inhalt und Umfang der grundrechtlichen Freiheit wird auch ihre Freiwilligkeit, d.h. die Entschließungsfreiheit über das ‚Ob‘ des Freiheitsgebrauchs, relativiert.[...] Ist Freiheit mit rechtlicher Relevanz um der Ermöglichung und Sicherung einer öffentlichen, politisch notwendigen Funktion willen gewährleistet, so kann ihre Ausübung nicht (mehr) im subjektiven Belieben des Freiheitsträgers stehen; sie wird ein Amt, wird auch zur Pflicht.“<sup>975</sup>

In Rede stehen hier die Thesen *Herbert Krügers*, welcher der liberalen Grundrechtstheorie wegen ihres Verzichts auf einen zweckhaften, d. h. qualitativ bestimmten Gebrauch der Rechte zu Recht einen (bloß) quantitativen Freiheitsbegriff unterstellt.<sup>976</sup> Krüger sieht einen direkten Konnex zwischen einer rein quantitativen Bestimmung des Freiheitsbegriffes, d. h. die Rechte unterliegen keinem Zweck, und einer Funktionslosigkeit der Rechte. Wer sollte den Rechten denn eine solche Funktion zuweisen, wenn darüber das Subjekt disponieren darf? Aus dieser Funktionslosigkeit, darin ist Krüger zumindest analytisch zuzustimmen, folgt zwanglos die liberale These, der zufol-

---

975 Böckenförde (1974), S. 1535.

976 Krüger (1964), S. 538.

ge den Rechten „auch die Befugnis innewohnen soll, von der von ihnen umschriebenen Freiheit keinen Gebrauch zu machen.“<sup>977</sup>

Dass es gerade der historisch nicht unbelastete Krüger war, der den Verfassungspatriotismus, d. h. das formalistische Sittlichkeitsangebot der alten Bundesrepublik, schon Mitte der 1960er Jahre unmittelbar aus den Grundrechten ableitete, ja dass es gerade eine Funktion der Grundrechte sei, als Spender nationaler Gefühle zu dienen, ist bemerkenswert.<sup>978</sup> Dieser alten Variante des Verfassungspatriotismus ist dann auch eine jede ironische Haltung des Defätismus verdächtig, die für sich in Anspruch nimmt, von den grundrechtlichen Freiheiten gerade keinen Gebrauch zu machen. Die ironische Distanz wird dann bei Krüger zwar nicht direkt gebrochen, d. h. mit Sanktionen belegt, allerdings gibt es für ihn bei der Frage nach dem *Ob* des Grundrechtgebrauchs keine zwei Meinungen: „Der Bürger hat von seinen Grundrechten Gebrauch zu machen.“<sup>979</sup>

Von dieser Pflicht zur Geltendmachung seiner Rechte gibt es allerdings eine Ausnahme, die sich unmittelbar aus dem Verständnis der Grundrechte als *Faktoren der Staatshervorbringung* ergibt: das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung.<sup>980</sup> Denn das Recht auf Kriegsdienstverweigerung ist der wunde Punkt jeder liberalen Theorie, der Krieg ist mit einer ironischen Distanz des Subjekt nur schwer zu vereinbaren. Hierin liegt die eigentliche Bedeutung des Böckenförde-Diktums: Am Tag der Krise muss sich der Staat auf die Opferbereitschaft seiner Bürger stützen. Spricht er ihnen ein Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung zu, dann muss er darauf *hoffen*, dass sie nicht in wesentlicher Zahl Gebrauch davon machen. Vor allem darin liegt das Wagnis, das er mit Art. 4 III S. 1 GG eingegangen ist. Schon Hegel wusste, bei ihm bezogen auf die mangelnde Bereitschaft religiöser Sekten (Quäker, Wiedertäufer) zur Verteilung des

---

977 Krüger (1964), S. 539.

978 „Die Grundrechte sind aber nicht nur Anlaß für verstandesmäßige Überlegungen, die zum Staate führen. Sie sind zweitens und zwar sehr viel stärker als Spender von nationalen Gefühlen zu werten. Die Völker haben seit jeher ihren Stolz darein gesetzt, freie Völker zu sein, und sie haben es sich zum Ruhme gerechnet, wenn sie bereit waren, um der Freiheit willen selbst ihr Leben zu opfern.“ Vgl. Krüger (1964), S. 539.

979 Krüger (1964), S. 543.

980 Krüger (1964), S. 551.

Staates, dass sich nur ein starker Staat in diesen Fragen liberal geben kann.<sup>981</sup>

Was bleibt von der Grundrechtstheorie? Egal welcher Grundrechtstheorie man sich zurechnet, solange man nicht in Krüger'sches Fahrwasser gerät, bleibt es mehr oder weniger bei einem Primat der liberalen Theorie der Grundrechte. Am Grunde der Rechte, so der Befund, verbirgt sich nicht viel anderes, als das lustvolle Verfügen des Subjekts, unabhängig von der objektiven Werteordnung, institutionellen oder sozialstaatlichen Grundrechtstheorie, wonach „die Freiheit des einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre *prinzipiell begrenzt* ist.“<sup>982</sup> Aber diese unbegrenzte Freiheit des Subjekts ist gekennzeichnet durch ein quantitatives Verständnis von Freiheit.

Abzulesen ist das quantitative Verständnis schon daran, dass die Verfassungsdogmatik ihre Zentralbegriffe Schutzbereich und Eingriff im Modus des *Raumes* denkt. Das folgt zunächst der liberalen These von den *Freiheitssphären*, die sich entlang von Besitz und Eigentum entwickelt haben. Aber dieser Raumbegriff der Verfassungslehre ist quantitativ, nicht qualitativ bestimmt. Daran ändert auch das sog. „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts nichts. Hier wird zwar vordergründig eine zeitliche Dimension der Grundrechte entwickelt, diese soll sich aber dann wieder entlang quantitativer Mengenbestimmungen entfalten. Nicht umsonst heißt es paradigmatisch im 5. Leitsatz des Beschlusses: „Der Gesetzgeber muss die erforderlichen Regelungen zur *Größe* der für bestimmte *Zeiträume* insgesamt zugelassenen *Emissionsmengen* selbst treffen.“<sup>983</sup> Größe, Zeitraum, Menge: Freiheit als die Emissionsmenge der einen, gegen die Emissionsmenge der anderen. Zur Lösung des hier gestellten Problems der Ironie haben wir von der Grundrechtstheorie bis auf Weiteres nichts zu erwarten, das Staatsrecht hört hier auf. Wir wenden uns in der Hoffnung auf weitere Antworten auf das Problem der Ironie der Vertragstheorie zu.

981 Hegel (1986b), § 270.

982 Schmitt (2003), S. 126.

983 BVerfG Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 [Hervorhebung von mir, S. K.].

c. Selbstkorrektur des Rechts II: Vertragstheorie

Das Problem meines Schlusskapitels (§ 3 I.) besteht in der inhärenten Ironie rechtlicher Legalität. In diesem Unterkapitel (§ 3 II. 1.) beschäftige ich mich mit schon bestehenden Lösungsvorschlägen, die diese ironische Struktur der Rechte überwinden wollen. Nun habe ich im vorangegangenen Abschnitt mit der Grundrechtstheorie den Blick noch einmal auf das Recht gelenkt und gefragt, ob nicht das Recht selbst eine geeignete Korrektur, eine Selbstkorrektur des Rechts, anbieten kann. Die Verfassungstheorie hat jedoch in ihrem Nachdenken über die Bedeutung der Grundrechte auf das Problem der Ironie nur unzureichend geantwortet.

Ich wende mich deshalb nun einem Rechtsgebiet zu, das vielleicht noch mehr als die Grundrechte für die ironische Struktur der Moderne steht, nämlich dem Vertragsrecht. Zwar sichert auch hier der Staat, dass das *pacta sunt servanda* im Zweifelsfalle nicht ungehört verhallt. Aber bis dahin gilt im Zivilrecht insgesamt und im Vertragsrecht in besonderem Maße, dass es auf die Willkür des Subjekts ankommt; die ironische Lust der Subjekte an der Disposition ist hier gleichsam Programm. Darüber, dass in dieser Lust ein Problem liegen könnte, muss das Vertragsrecht nicht belehrt werden. *Gregor Albers* hat mit dem *Selbstverkauf in die Sklaverei* ein solches Problem des Vertragsrechts ausführlich gewürdigt, die folgenden Überlegungen beziehen sich auf seinen gleichnamigen Aufsatz.<sup>984</sup>

In diesem Aufsatz räumt Albers zunächst ein, dass es zwei Formen der Selbstversklavung auch im liberalen Recht geben kann. Bei der *Verpflichtung als Unfreiheit* steht demnach die Qualität der vertraglichen Verpflichtung im Vordergrund, die Albers zentral im schuldrechtlichen Erfüllungszwang aufbewahrt sieht. Denn wenn ich die Erfüllung des Vertrages nicht in Geld leisten darf, sondern der Schuldner ein Recht auf die Ausführung der Handlung hat, dann könne man das als Nachklang einer der Sklaverei nachempfundenen Rechtsmacht des Schuldners begreifen.<sup>985</sup> Von dieser qualitativ bestimmten Unfreiheit kann eine quantitative Dimension abgegrenzt werden, der Selbstverkauf in ein Sklavenverhältnis im engeren Sinne, die *Verpflichtung zur Unfreiheit*. Diese Dimension der Sklaverei

984 Albers (2025).

985 Albers (2025), S. 398–400.

bezieht sich auf die qualitative Verpflichtungskraft des rechtlichen Willens, z. B. in Form überlanger Verträge.

Ohne die Argumentation nun im Einzelnen nachzuzeichnen, liegt das Problem auf der Hand, soweit „der Makel des Sklavereivertrags die Verbindlichkeit von Verträgen im Allgemeinen in Zweifel zieht.“<sup>986</sup> Denn dann wäre der Vertrag zwar *auch* ein Instrument der Freiheit, aber ein Instrument, welches vom vermeintlichen Gegenteil der Freiheit gar nicht mehr oder nur schwer abzugrenzen ist. Dieser Befund lässt zwei Schlüsse zu. Entweder handelt es sich bei der Vertragsfreiheit, d. h. der zivilrechtlichen Variante der Selbstgesetzgebung,<sup>987</sup> nicht um eine Form der Freiheit. Jeder Vertrag wäre Sklaverei, die Verabschiedung des Vertrages als Mittel wechselseitiger Bezugnahme im Recht wäre die logische Konsequenz. Oder dem Vertrag wohnt lediglich die Möglichkeit inne, in Sklaverei umzuschlagen. Dann käme es darauf an, Kriterien zu finden, die ein solches Umschlagen in Sklaverei verhindern. Diesem zweiten Weg folgt der Beitrag Albers', der zwar davon ausgeht, der Vertrag drohe *per se*, in die Sklaverei zu führen, es aber noch die Möglichkeit gebe, Verträge zu schließen, die nicht als Sklaverei zu qualifizieren sind. Es geht um nicht mehr und nicht weniger, als um die Rettung des Vertrages. Es stellt sich also für die Vertragstheorie die Frage, wie mit ihrem ureigensten Gegenstand, dem Vertrag, umzugehen ist. In meinen Worten reformuliert bedeutet es, die Frage zu beantworten, wie man verhindern kann, dass die in der Vertragsfreiheit (oder Privatautonomie) angelegte ironische Freiheit nicht zu einem Umschlag führt, der die Ironie in die Selbstaufhebung, d. h. die Sklaverei überführt.

Man könnte sogar sagen, dass der höchste Akt der ironischen Freiheit darin liegt, sich selbst in die Sklaverei zu verkaufen. Der Zusammenhang zwischen Ironie und Sklaverei mag sich zunächst nicht unmittelbar einstellen, immerhin konfligiert die Ironie mit der Bindung. Sobald das ironische Subjekt sich bindet, verliert es seine Souveränität, es kann das Wechselspiel aus Wesen und Erscheinung, jedenfalls in bedeutendem Maße, nicht mehr spielen, der Rückzug in den privaten Innenraum wird durch eine Bindung jeglicher Art

986 Albers (2025), S. 396.

987 Es steht hier der idealtypische Vertrag zur Diskussion. Dass es viele Formen „unfreiwilliger“ Verträge gibt oder Verträge, die mit unterlegenem Wissen abgeschlossen wurden, ist ein nachrangiges Problem.

verkompliziert, wenn nicht gar verhindert. Deshalb noch einmal: *Was ist ironisch am Selbstverkauf in die Sklaverei?*

Auf diese Frage gibt es zwei Antworten, eine theoretische und eine psychologische. In theoretischer Hinsicht treibt der Selbstverkauf in die Sklaverei die dem Subjekt eingeräumte Souveränität auf die Spitze. Ich hatte die Ironie eingangs als das „Imago freien Kommandos“ bezeichnet, das Subjekt erfährt in seinem lustvollen Spiel mit der Differenz zwischen Wesen und Erscheinung eine ungeahnte Machtfülle. Es kommt bei dem Spiel mit dieser Differenz nur auf den Willen des Subjekts an. Dieser Machtrausch des Subjekts kann eigentlich nur durch eine ganz besondere Entscheidung, die wohl gewaltigste Entscheidung, die ein Subjekt treffen kann, überboten werden, nämlich die Entscheidung über die Form der eigenen Freiheit.

Weshalb sollte der Ironiker eine solche Entscheidung treffen, hebt sie doch seine eigene Freiheit auf? Dies deutet schon in die psychologische Richtung einer Antwort. Aber schon allein unter theoretischem Gesichtspunkt ist das Problem durchsichtig. Die Formentscheidung über die eigene Freiheit ist noch im Selbstverkauf durch die ironische Struktur eines Auseinanderfallens von Wesen und Erscheinung überdeterminiert. Wesen (ich bin frei, meine Freiheit abzuschaffen) und Erscheinung (ich werde Sklave) könnten nicht weiter auseinanderfallen als in diesem Akt des Selbstverkaufs. Es ist der höchste, finale Punkt der Ironie. Aber so, wie das ironische Subjekt in seinen bisherigen Erscheinungen völlig abstrakt, d. h. losgelöst von seinem sozialen Zusammenhang, agiert, so abstrahiert es im Akt des Selbstverkaufs in die Sklaverei noch einmal von den konkreten Umständen seines eigenen Lebens.

Gleichzeitig hatte ich schon auf den traurigen Aspekt ironischer Freiheit hingewiesen und wende mich damit der psychologischen Erläuterung zu, welche die theoretische Begründung um eine Motivation ergänzen soll. Dazu greife ich Hegels eigenhängige Anmerkung zu § 140 seiner Grundlinien über die Ironiker auf, bei diesen herrsche eigentlich ein „Schmachten nach Objektivität – ins andere Extrem – Katholisch werden“ vor.<sup>988</sup> Denn in diesem Schmachten nach Objektivität – was erscheint dem Subjekt objektiver als die

---

988 Hegel (1986b), S. 284.

eigene Beherrschung? – liegt mehr als nur eine abfällige Bemerkung, sondern eine tiefere Einsicht.

Das Schmachten entsteht im Moment der Entbehrung, des Mangels. Worin besteht dieser Mangel im Falle der Ironie? Es handelt sich um genau diese schlechte Unendlichkeit, welcher der Ironiker ausgeliefert ist. Die eigenen Vollzüge führen nicht zur Erfüllung, d. h. zu wirklicher Freiheit, sondern nur zum Surrogat einsamer, d. h. trauriger Freiheit. Aus dieser Perspektive erscheint es für das ironische Subjekt sinnvoll, eine Entscheidung über die eigene Form der Freiheit zu treffen. Das ironische Subjekt ist somit stets auf dem Sprung, dem Mangel der ironischen Form abzuhelfen, indem sie diese mangelhafte Form verlässt. In dieser Mangelserfahrung ruft die Ironie einen Gemütszustand hervor, der der Ironie in vielerlei Hinsicht gar nicht unähnlich ist, nämlich die Melancholie. Denn auch der Melancholiker denkt aus der Position des Mangels, meist in Bezug auf einen zeitlich vorangegangenen, tatsächlich erfahrenen oder bloß imaginierten Verlust. Aber darin erschöpft sich die Gemeinsamkeit zwischen Ironie und Melancholie noch nicht. Beide Zustände sind ihrer Form nach ewig unabgeschlossen, es handelt sich um die ewige Addition nicht untereinander sinnvoll zu verbindender Momente, schlechte Unendlichkeit oder in anderen Worten: „Ironie und Melancholie verbindet, dass Bedeutung in der Schwebe bleibt, weil die Suche nach Eindeutigkeit ins Endlose weitergeführt werden kann.“<sup>989</sup>

Die Lust der Ironie wird zum Schmerz der Melancholie. Aber der Schritt in die Melancholie ist der erste Schritt in den Untergang. Nicht umsonst steht die Melancholie in ihrem selbst negatorischen Zug der Todessehnsucht nahe. Die Sklaverei stellt demgegenüber zwar nicht den baldigen physischen, doch wohl den sozialen Tod dar.<sup>990</sup> Der Übergang von der Ironie zu Melancholie und zum Tod bzw. zur Sklaverei kann als solcher lustvoll antizipiert werden oder wie es in einem Liebesdrama so schön hieß: *In dem wogenden Schwall, in dem tönenden Schall, in des Welt-Atems wehendem All ertrinken, versinken – unbewusst – höchste Lust!*

Wenn nun das ironische Subjekt stets auf dem Sprung in die Sklaverei steht, dann stellt sich für die Vertragstheorie selbstredend die

989 Brandt/Hobus (2012), S. 115.

990 Patterson (1982).

Herausforderung, wie es gelingen könnte, „freie Bindung von sklavenhafter Unfreiheit abzugrenzen.“<sup>991</sup> Albers bietet dazu eine Lösung an, denn er sieht die einzige Rettung des Vertrages in einer Verringerung der Verpflichtungskraft des rechtlichen Willens.<sup>992</sup> Diese Verringerung kann sich in verschiedenster Hinsicht bemerkbar machen, z. B. im Verzicht des Rechts darauf, dass der Gläubiger die tatsächliche Vornahme einer schuldrechtlich vereinbarten Handlung wirklich einklagen kann. Dem Subjekt der Privatautonomie bliebe es demnach versagt, eigene Handlungen zum Objekt zu machen, denn, so Albers, „[s]eine Handlungen hat der Mensch nicht, er lebt sie“.<sup>993</sup> Wenn das Leben aber als freie Entfaltung von Differenz zu verstehen ist, dann kann eine solche Entfaltung im Sinne einer Handlung niemals zum einklagbaren Gegenstand eines Vertrages werden, ohne sich jedenfalls begrifflich selbst aufzuheben. Selbige Verringerung der Verpflichtungskraft des Willens kann sich dann, so Albers weiter, auch auf die Frage von Sexarbeit, den Verzicht auf Freizeit im Kontext von Erwerbsarbeit oder die zeitliche Dimension von Verträgen erstrecken. Mit den Begrifflichkeiten dieser Studie gesprochen, kann man sagen, dass das ironische Subjekt unter den hier dargebrachten Vorschlägen, d. h. einer Verringerung der rechtlichen Verpflichtungskraft des Willens, nicht mehr alles und vor allem nicht mehr in jeglicher Form zum Gegenstand der eigenen Souveränität machen kann. Die Ironie endet nicht erst im äußerlichen Verbot, sondern es gehörte für Albers schon gar nicht zur Verpflichtungskraft des Willens, sich in die Sklaverei (oder ähnliche Zustände) zu verkaufen. Damit endet die Ironie nicht durch äußerlichen Zwang, sondern an ihrem Grund, dem rechtlichen Willen, der willkürlichen Entscheidung. In der Person Gregor Albers stellt das Zivilrecht somit erfolgreicher als die Grundrechtstheorie Überlegungen an, wie das Problem der Ironie gelöst werden kann. Ob in dieser Verringerung der Verpflichtungskraft des rechtlichen Willens schon ein anderes Naturverhältnis angelegt ist, dem von mir ausgemachten Hauptproblem ironischer Legalität, lasse ich zunächst offen, um diese Frage am Ende dieser Studie aufzugreifen. Zuvor behandle ich zwei weitere Versuche, die Freiheit von der Ironie zu entsetzen: die Arbeit und das Vertrauen.

---

991 Albers (2025), S. 398.

992 Albers (2025), S. 402.

993 Albers (2025), S. 403.

## 2. Die Arbeit gegen die Ironie (Ernst Jünger)

„Es ergibt sich vielmehr die Notwendigkeit neuer Ordnungen, in die das Außerordentliche einbezogen ist – von Ordnungen, die nicht auf den Ausschluß des Gefährlichen berechnet, sondern die durch eine neue Vermählung des Lebens mit der Gefahr erzeugt sind.“<sup>994</sup>

Ernst Jünger geht in seiner Schrift *Der Arbeiter* zunächst von einem richtigen Befund aus. Für ihn zeichnet sich der Bürger, Subjekt des Liberalismus, vor allem dadurch aus, alles zum „unerschöpfliche[n] Gegenstand seiner Ironie“ machen zu können.<sup>995</sup> Gegen diese bürgerliche Ironie empfiehlt Jünger eine Einbettung des Menschen in das Elementare, die Natur, welche sich vor allem durch ihr strenges Gesetz der Notwendigkeit auszeichnet.<sup>996</sup> Allein diese Gegenüberstellung von Ironie und Notwendigkeit macht die Auseinandersetzung mit Jünger noch nicht interessant. Vielmehr verknüpft er diesen Ausgangsbefund liberaler Ironie mit einem Punkt, den ich zu Beginn dieses Schlusskapitels als zentral für das Verständnis der Ironie markiert habe. Es handelt sich bei der Ironie, wie bei seiner Einbettung des Menschen in das Elementare, um ein bestimmtes Verhältnis zur Natur.

Um diese Beobachtung zu erläutern, nähere ich mich über eine (kunst-)ästhetische Konsequenz, die Jünger aus seinen Überlegungen zieht. Die höchste Form der Kunst in der neuen Epoche des Arbeiters liegt nämlich für Jünger in der *Landschaftsgestaltung*.<sup>997</sup> Dieses Ergebnis überrascht nur auf den ersten Blick. Der Begriff Landschaft stellt immer schon eine Differenz zur Natur dar oder wie *Joachim Ritter* es treffend beschreibt: „Landschaft wird Natur erst für den, der in sie ‚hinausgeht‘ [...]“.<sup>998</sup> Dieses Hinausgehen in die Natur ist doppeldeutig. Die offenkundige Bedeutung liegt in dem Moment des Naturgenusses. Der liberale Bürger, Subjekt ironischer Freiheit, geht in die Natur hinaus, um diese als Gegenstand seiner Lust anzueignen. Darin bleibt dem liberalen Subjekt die Natur selbst äußerlich, sie wird ihm zur bloßen Landschaft oder anders: Man

994 Jünger (2014), S. 61.

995 Jünger (2014), S. 123.

996 Den Gegensatz zwischen Notwendigkeit und der jüdisch-christlichen Offenbarung betonend: Schestow (1994).

997 Jünger (2014), S. 109.

998 Ritter (1963), S. 13.

kann in der Moderne nur in die Landschaft gehen, aber nie in die Natur. Gerade in diesem Fehlgehen einer lustvollen Aneignung von Natur liegt die zweite Bedeutung des Hinausgehens in die Natur. Denn das liberale Subjekt verfehlt die Natur, wenn es sie *als Landschaft* konsumiert; es geht in der Landschaft über die Natur hinaus, es verfehlt die Natur.

Jünger weiß, dass es keine unberührte Natur gibt und diese Erkenntnis ist ihm auch kein Ärgernis. Im Gegenteil, es komme gerade nicht darauf an, „dem Fortschritt die untergeordneten Mittel der romantischen Ironie entgegenzustellen [...]“,<sup>999</sup> sondern in der neuen Zeit, die durch den Typus des Arbeiters geprägt sein soll, die Position des abstrakten Konsumenten aufzugeben. An die Stelle einer schlecht-romantischen Zivilisationskritik, welche die Natur bloß abstrakt (und deshalb melancholisch) genießt, tritt ein gänzlich anderes ästhetisches Verhältnis. Denn die neue Zeit, die Zeit des Arbeiters und der Technik, revolutioniere auch die Kunst. Die neue Zeit des Arbeiters habe kein Verständnis mehr für den bürgerlichen Kunstgenuss. Bei Jünger verhallt der Ruf nach Befreiung nicht mehr im Applaus, er artikuliert sich im Baulärm des Landschaftsarchitekten. Die ästhetische Bearbeitung der Natur wird zur höchsten Ausdrucksform des Menschen. Mit anderen Worten: Jünger kann sich die Natur nur dadurch aneignen, dass er den Bruch mit der Natur vertieft – ein gewagtes Unterfangen. Dass Jünger aber die Überwindung der Ironie mit einem neuen Verhältnis zur Natur zusammenbringt, macht seine Schrift *Der Arbeiter* vorliegend für meine Studie interessant, liegt er doch zumindest methodisch ganz auf der Linie des hier verfolgten Vorhabens, nämlich die sozialen und rechtlichen Beziehungen, und insofern den Geist, mit Blick auf dessen Verhältnis zur Natur zu betrachten und zu kritisieren.

Was ist das aber für eine neue Zeit, die selbst die Kunst nicht unberührt lässt? Die neue Zeit Jüngers sucht den Bruch mit der Ironie des Liberalismus entlang eines neuen Menschentyps, eines neuen sittlichen Weltverhältnisses, als dessen Repräsentant der Arbeiter auftritt und der vermittels der *Technik* und im Zeichen der *Notwendigkeit* ein neues Verhältnis zur inneren und äußeren Natur einnimmt. Das hat rechtsphilosophische Konsequenzen, denen ich mich in einem zweiten Schritt widmen werde. Denn Jünger bringt

---

999 Jünger (2014), S. 22 [Hervorhebung von mir, S. K.].



die Antwort auf diese natürlichen Leidenschaften gefunden zu haben.<sup>1005</sup> Darin kann Jünger aber letztlich nur die Furcht des Bürgers vor dem Elementaren erblicken, den Versuch die elementarischen Kräfte einem (praktischem) Sekuritätsbedürfnis zu unterwerfen. Der Bürger denkt das Elementare im Modus der Angst: „Die Linke ist die Hand der Verteidigung.“<sup>1006</sup> Etwas sympathischer ist Jünger die preußische, d. h. degenerationstheoretische, Perspektive. Diese hat für Jünger das Problem des Elementaren immerhin so ernst genommen, dass sie nicht nur das Zwangsrecht gegen die Leidenschaften in Stellung bringt, sondern außerdem die „strenge Zucht“, die sich anschickt, eine „Bändigung des Elementaren“ zu vollziehen.<sup>1007</sup>

Aber selbst bei sorgsamstem Versuch, das Elementare, die Gefahr, aus dem bürgerlichen Leben auszuschließen, wird sie „in dem gleichen Maße drohender und tödlicher, in dem die Ordnung sie aus sich auszuschneiden verstand.“<sup>1008</sup> Jünger bestreitet also, dass der Liberalismus überhaupt etwas von der Ordnung verstanden hat, sogar davon, wie Ordnungen *geordnet* werden. Ordnung ohne das Elementare zu denken, ist für Jünger schlichtweg unzureichend. Und eine Ordnung, die ihr Gegenteil nicht denken will oder denken kann, muss untergehen. Wo steht nun der Arbeiter? Der Arbeiter ist nach Jünger kein Preuße, d. h. degenerationstheoretischer Zuchtmeister des Elementaren, sondern er lebt in einem anderen Verhältnis zum Elementaren, er „schließt das Elementare nicht aus, sondern ein [...]“<sup>1009</sup> Die elementaren Kräfte also nicht bloß zu begrenzen, züchtigen, einzuschränken etc., sondern sich diesen zu überlassen, darin liegt die Macht des Arbeiters, darin liegt sein für Jünger überlegenes Verständnis von Ordnung überhaupt. Denn „die Gefahr will nicht nur Anteil an jeder Ordnung haben, sondern sie ist auch die Mutter jener höchsten Sicherheit, deren der Bürger niemals teilhaftig werden kann.“<sup>1010</sup> Im Bereich des Elementaren geht es jedoch für Jünger um andere Kategorien als im bürgerlichen Zustand. Werde in diesem der Fortschritt als säkulare Heilserzählung betont, so kennt

---

1005 Vgl. ebenfalls die sehr erhellende Studie zum Verhältnis der Frühaufklärung zur Emotion und zum Affekt: Mulsow (2025).

1006 Jünger (2014), S. 50.

1007 Beide Stellen: Jünger (2014), S. 71.

1008 Jünger (2014), S. 53.

1009 Jünger (2014), S. 71.

1010 Jünger (2014), S. 53.

der Arbeiter, der im Produktionsprozess nahe am Elementaren lebt, diesen Freiheitsbegriff i. S. e. zukünftigen *Befreiung* nicht. Freiheit ist Arbeit am und im Elementaren, Freiheit wird Anspruch auf Arbeit, Teilhabe an der Notwendigkeit des Elementaren.

Da die Arbeit als kollektive Auseinandersetzung mit der Natur immer politisch ist, zieht Jünger aus seinen Überlegungen auch rechtsphilosophische Konsequenzen. Die dualistischen Gegenüberstellungen Jüngers zwischen Liberalismus und der neuen Zeit des Arbeiters lauten in der Subjektposition auf *Bürger vs. Arbeiter*, in der Form auf *Vertrag vs. Opfer* und in logischen Kategorien auf *Zufälligkeit vs. Notwendigkeit*.

Diese Hochschätzung der Notwendigkeit durch Jünger ist wenig überraschend, betrachtet man ihren vermeintlichen Gegensatz, die Zufälligkeit. Denn Zufall herrscht auch in der Sphäre des Sozialen. Hegel benennt sehr präzise den Ort dieser Zufälligkeit im Sozialen, denn „so ist die Willkür die Zufälligkeit, wie sie als Wille ist.“<sup>1011</sup> Diese ironische, zufällige Willkür des Liberalismus hat Jünger im Blick, wo er die Zeit bürgerlicher Freiheiten für erledigt erklärt. Aber der Liberalismus scheint, Jünger zufolge, die Deutungshegemonie über die neue Zeit behalten zu wollen. Darin liegt für ihn eine Gefahr, denn der Liberalismus versucht, dem Arbeiter den bürgerlichen Freiheitsbegriff andienen zu wollen. Die „Erziehungskunst des Bürgers am Arbeiter bestand darin, dass er ihn zu einem Verhandlungspartner erzog“,<sup>1012</sup> aber der neuen Zeit, den „Verhältnissen, die hier auftreten, gehört man nicht mehr auf Kündigung, sondern durch existenzielle Einbeziehung an.“<sup>1013</sup> Der Vertrag, das freie Disponieren, darin erkennt Jünger den großen Gegner seiner neuen Zeit. Zentral ist daher die Volte gegen die ironische Freiheit des Liberalismus:

„Diese Art der Einbeziehung [des Arbeiters, S. K.] kennt keine Ausnahmen. [...] Man konnte sich dafür entscheiden, Bürger zu sein oder nicht; diese Freiheit des Entschlusses ist jedoch nicht mehr gegeben in bezug auf den Arbeiter.“<sup>1014</sup>

Nun berechtigt diese negative Abgrenzung Jüngers gegen den liberalen Freiheitsbegriff als „Freiheit des Entschlusses“ zur Frage, was Frei-

1011 Hegel (1986b), § 15.

1012 Jünger (2014), S. 19.

1013 Jünger (2014), S. 74.

1014 Jünger (2014), S. 74.

heit – Jünger verwirft die Kategorie explizit nicht – dann bedeutet. Der Begriff des Entschlusses liefert hier einen ersten Hinweis, jedenfalls wenn man die freisetzende Bedeutung des Begriffes betont: Entschließen als Öffnung eines geschlossenen Zusammenhangs. Die liberale Freiheit als Entschließungsfreiheit zu beschreiben, betont das Moment der Aufkündigung eines Zusammenschlusses. Liberale Entschließungsfreiheit ist demnach für Jünger die Freiheit, sich eines sozialen Zusammenhangs zu entledigen, die Wahl zu treffen einen Zusammenschluss zu verlassen, ihn für mich aufzuschließen. Hier setzt Jüngers Übergang in die Epoche des Arbeiters ein. Der Arbeiter findet seine Freiheit nicht mehr in der Dispensation des Sozialen, sondern in der Vertiefung der sozialen Situation. Diese soziale Situation ist die der Arbeit, d. h. der Auseinandersetzung mit der Natur oder, wie Jünger es nennt, dem Elementaren. Jüngers Freiheitsbegriff ist folglich eng an die Sozialität geknüpft, er ist sogar sozial überdeterminiert. Wie sieht diese Freiheit als Vertiefung des Sozialen aus? Dazu Jünger:

„Sie setzt voraus, daß der Mensch nicht isoliert, sondern eben einbezogen erscheint. Damit aber bedeutet Freiheit nicht mehr ein Maß, dessen Urmeter durch die individuelle Existenz des Einzelnen gebildet wird, sondern Freiheit besteht in dem Grade, in dem in der Existenz dieses Einzelnen die Totalität der Welt, in die er einbezogen ist, zum Ausdruck kommt.“<sup>1015</sup>

Woran können wir den Grad der Freiheit mit Jünger bestimmen? Es kommt darauf an, wie sehr der Einzelne sich als Einzelner auflöst und in die Arbeit als einen kultischen Vorgang bereits integriert ist. Im Kult verliert der Einzelne sein Gesicht, er verliert seine Position als Individuum und wird zur Maske, zum Repräsentanten eines Typus und seine „Tugend liegt darin, daß er ersetzbar ist und daß hinter jedem Gefallenen bereits die Ablösung in Reserve steht.“<sup>1016</sup> Der Verweis auf die Gefallenen deutet bereits an, dass diese Struktur ausdrücklich am Soldaten orientiert ist, der nicht nur seine Tugend, sondern auch seine Freiheit darin findet, ersetzbar zu sein, sich zu opfern. Dieses Opfer ist, darin liegt Jüngers Grundüberzeugung, notwendig, mögen auch Ort und Zeit dieses Opfers kontingent sein. Der Zufall liegt bei Jünger damit (anders als im Liberalismus)

---

1015 Jünger (2014), S. 153.

1016 Jünger (2014), S. 155.

nicht mehr am Grunde einer a-sozialen Entschließung des Subjekts, sondern in den Mächten des Elementaren. Die Naturalisierung des Eigenwillens wird zum Eigenwillen der zweiten Natur, d. h. zum gesellschaftlichen Fatum.

Was ist an diesen drastischen Überlegungen für eine kritische Auseinandersetzung mit einem bürgerlichen Freiheitsbegriff zu retten? Ist nicht Jünger das beste Beispiel dafür, dass nur der Liberalismus ein tragfähiges Konzept von Freiheit denken und praktizieren kann? Ich schlage eine andere Lesart vor, eine Lesart die Jünger als eine Radikalisierung des Liberalismus interpretiert, d. h., ich werde versuchen nachzuweisen, dass Jüngers Thesen nicht das Gegenteil, sondern das Produkt des bürgerlichen Freiheitsbegriffs sind. Wenn dem aber so ist, dann kann der Liberalismus den Faschismus – um nichts anderes geht es bei Jünger – nicht als externes Problem betrachten und von sich abspalten. Oder in meiner Terminologie: Das faschistische Programm der Ironie-Vernichtung (so muss man es bei Jünger bezeichnen), bewegt sich selbst noch im Bannkreis liberaler, ironischer Freiheit. Jünger bleibt folglich in seinem kollektivistischen Eifer negativ auf die Ironie verwiesen, er hat sie keineswegs überwunden und noch sein abstraktes Selbstopfer bleibt (analog zum Selbstverkauf in die Sklaverei) ein höchst ironischer Akt, er wird zum *Camp*.

Ich skizziere diesen Zusammenhang kurz. Jünger stellt das *Opfer des Arbeiters* dem *Vertrag des Bürgers* gegenüber. Der Arbeiter ist in die technische Verwandlung der Welt existenziell eingebunden und kann sich aus dieser Einbindung (und des darin geforderten Opfers) nicht lösen. Er kann sich deshalb nicht entziehen, weil seine Existenz nicht auf einem Vertragsabschluss gründet. Dem Arbeiter kommt, das hatten wir bereits gesehen, keine Entschließungsfreiheit mit Blick auf die Teilnahme am und seine Position im Gemeinwesen zu. Anders ist es beim Bürger, der über seine soziale Situation zu disponieren vermag. In dieser schematischen Erzählung übernimmt Jünger die Thesen eines vulgären Liberalismus, auch wenn er glaubt, diese Thesen gegen den Liberalismus selbst zu wenden. Wir haben bereits in *Gregor Albers'* Beitrag gesehen, dass in der internen Logik des Vertrags, die strikte Trennung zwischen einem einwandfreien Vertrag auf der einen Seite und dem Selbstverkauf in die Sklaverei (also das Opfer) auf der anderen Seite, nicht durchzuhalten ist. Mit anderen Worten: Der opferlose Vertrag ist eine Utopie im

strengen Sinne, ein gedanklicher Nicht-Ort. Aber diese Erkenntnis ist keineswegs neu. Die *Dialektik der Aufklärung* spricht in diesem Zusammenhang vom Zivilisationsprozess als einer Geschichte der Introversion des Opfers,<sup>1017</sup> insbesondere mit Blick auf den Tausch. Denn schon der Vertrag selbst ist eine Kultur-*Technik*,<sup>1018</sup> d. h. eine ‚listige‘ Auseinandersetzung mit der Natur. Hegel beschreibt diese List der Vernunft mit Blick auf die äußere Natur des Menschen folgendermaßen:

„Welche Kräfte die Natur auch gegen den Menschen entwickelt und losläßt, Kälte, wilde Tiere, Wasser, Feuer – er weiß Mittel gegen sie, und zwar nimmt er diese Mittel aus ihr, gebraucht sie gegen sie selbst; und die List seiner Vernunft gewährt, daß er gegen die natürlichen Mächte andere natürlichen Dinge vorschiebt, diese jenen zum Aufreiben gibt und sich dahinter bewahrt und erhält.“<sup>1019</sup>

Aber schon der Vertrag ist ein listiges „Vorschieben“ gegen natürliche Mächte. Anders als bei der Bearbeitung der äußeren Natur wird im Vertrag nicht bearbeitete Natur, d. h. ein Werkzeug, listig gegen die Natur in Stellung gebracht. Vielmehr liegt die List des Vertrages in der praktisch wirksamen Vorstellung, ich könne mich selbst für die Zukunft binden, ein Versprechen an das mich die Rechtsordnung gegebenenfalls handfest erinnert. Nur die souveräne Undankbarkeit des Geistes kann verleugnen, dass dieser Vorgang etwas mit einer Bezugnahme auf Natur zu tun hat. Noch einmal in den Worten der Kritischen Theorie formuliert: „Das identisch beharrende Selbst, das in der Überwindung des Opfers entspringt, ist unmittelbar doch wieder ein hartes, steinern festgehaltenes Opferritual, das der Mensch, indem er dem Naturzusammenhang sein Bewußtsein entgegensetzt, sich selbst zelebriert.“<sup>1020</sup> Nirgendwo ist das identisch beharrende Subjekt stärker präsent als im Vertrag. Jünger darf das aber nicht zur Kenntnis nehmen, hängt doch seine ganze Opposition zum bürgerlichen Zeitalter an der Differenz von liberaler Disposition und elementarischer Einbezogenheit. Die berechtigte Kritik an der bürgerlichen Ironie schlägt hier im Zuge einer

---

1017 Horkheimer/Adorno (2016), S. 62.

1018 Zu diesem Verständnis von Recht, insbesondere Normen, vgl. Steinhauer (2015).

1019 Hegel (1986a), § 245 [Z].

1020 Horkheimer/Adorno (2016), S. 61.

gewaltsamen begrifflichen Operation in ihr Gegenteil um. Anstatt den Zusammenhang zwischen Opfer und Vertrag in den Blick zu nehmen, löst Jünger das Opfer aus dem Verhältnis zum Vertrag gewaltsam heraus und fordert das reine Opfer ohne die Restriktionen des Vertrags und zwar zugunsten eines schicksalhaften Elementaren. Anstatt also tatsächlich dem Elementaren, der Naturhaftigkeit des Menschen, Gerechtigkeit wiederfahren zu lassen, opfert Jünger das Individuum einem schicksalhaften Naturzusammenhang. Jünger hat alle Begrifflichkeiten zur Hand: Vertrag, Natur, Opfer, Individuum – nur anstatt im Vertrag ein Opfer des Individuums zu Ungunsten der je eigenen Natur zu sehen, gefällt er sich in der Geste des Radikalen, der jede Vermittlung ausschaltet: Das Individuum muss sich der Natur unmittelbar, d. h. ohne vorherigen Vertragsabschluss, opfern. Darin aber wird deutlich, dass das Opfer des Jünger'schen Arbeitssoldaten nicht das Andere des Vertrags ist, sondern die missglückte Radikalisierung seines stets noch mythologischen Zusammenhangs. Darin überführt Jünger immerhin die liberale These der Nichtidentität von Vertrag und Opfer der Lüge. Dieses Leugnen einer Identität von Vertrag und Opfer ist ideologisch im besten Sinne.

Gleichzeitig verfällt er selbst der ideologischen Versuchung, nämlich der von der Notwendigkeit einer Opferung, wo es eigentlich keines Opfers mehr bedürfte. Andreas Arndt beschreibt die Kategorie der Arbeit bei Hegel, d. h. der Auseinandersetzung mit der Natur, zutreffend als „Einheit von Bestimmtwerden durch die Natur und Bestimmen der Natur.“<sup>1021</sup> Darin liegt sicherlich noch ein gewaltiges Stück bürgerlicher Ideologie. Nur kommt es als Absetzbewegung vom Liberalismus darauf an, wie man sich zur Natur in ein neues Verhältnis setzt. Jünger entscheidet sich statt für die Befreiung, für die doppelte Unterwerfung, das doppelte Opfer. Der Arbeiter unterwirft sich unter die Technik, die wiederum die Natur gnadenlos unterwirft. Dieses Unterwerfung ist dann zwar nicht mehr ironisch, aber wenn die Utopie, wie Klaus Günther Adorno zitiert,<sup>1022</sup> in der „opferlosen Nichtidentität“ liegt, muss Jünger dieses Ziel immer unterlaufen.

1021 Arndt (2023), S. 113.

1022 Günther (2024), S. 159.

### 3. Das Vertrauen gegen die Ironie (Robert Brandom)<sup>1023</sup>

Ich schließe mit einem dritten Versuch, die ironische Grundstruktur der liberalen Moderne zu entsetzen. Diesen Versuch unternimmt Robert Brandom in seinem Werk *Im Geiste des Vertrauens*. Das Vertrauen beschreibt einen herbeizuführenden Zustand, in dem die Mängel unserer modernen Zeit überwunden sind, einen Zustand sittlicher Praxis. Doch worin liegt der Mangel unserer Zeit? Der Untertitel des dritten und zentralen Teils seiner Arbeit spricht er es deutlich aus. Er lautet: „Von der Ironie zum Vertrauen.“ Der Mangel unserer Zeit liegt für Brandom also darin, dass wir uns unter dem Primat der Ironie zueinander verhalten. Doch damit ist die Ironie noch unterbestimmt. Ich werde deshalb im Folgenden kurz erläutern, inwiefern Brandom von unserer Zeit als einer ironischen Zeit spricht, bevor ich Brandoms Begriff des Vertrauens einführe, um im Anschluss eine Verbindung zu den hier angestellten Überlegungen einer Kritik der Legalität herzustellen. Da Brandom diese gesamte Frage entlang einer Lektüre der *Phänomenologie des Geistes* unternimmt, werde ich ihm darin folgen.<sup>1024</sup>

Brandom stellt also die Frage nach der Praxis, d. h. einer gelungenen, wechselseitigen Bezugnahme einzelner Vollzüge. Eine gelungene Praxis bezeichnet Brandom als „sittlich“. Fehlt es an dieser Sittlichkeit, ist eine Praktik (!) entfremdet. Ob wir es mit einer sittlichen oder mit einer entfremdeten Situation zu tun haben, kann man laut Brandom am Umgang mit moralischen und rechtlichen Normen ablesen. Den sittlichen Zustand beschreibt Brandom so: „Die Institutionen und Praktiken, in denen die Normen implizit enthalten sind, sind sittlich, wenn diese Normen praktisch Wirklichkeit, Autorität und Wirksamkeit zugestanden wird.“ Daran mangelt es laut Brandom in der Moderne. Denn Brandoms Zeitdiagnose lautet, dass unser Verhältnis zu den Normen in der Moderne entfremdet ist. Erst eine auf die Moderne folgende Postmoderne als eine Zeit des Vertrauens wird wieder einen sittlichen, nicht mehr entfremdeten Zustand hervorbringen. Was charakterisiert den gegenwärtigen ent-

---

1023 Ich danke Klaus Günther für den Hinweis auf R. Brandom in seinem Zweitgutachten.

1024 Eine konzise Darstellung dieses Abschnitts findet sich in einem Beitrag Klaus Günthers, auf den ich bei Bedarf zur Lektüre verweise: Günther (2024), S. 161–167.

fremdeten Zustand? Dieser besteht, insofern „sich die praktischen Einstellungen der Individuen in ironischer Distanz zu den begrifflich gehaltvollen Normen befinden, durch die diese Individuen gebildet werden.“ Der Zustand der Entfremdung ist also ein Zustand ironischer Distanz zur Norm. Dem Recht ist dieses distanzierte Verhältnis zur Norm nicht unbekannt, wir nennen diese Distanz seit Kant *Legalität*. Da Brandom sich aber nicht nur auf rechtliche, sondern auch auf moralische Normen bezieht, werde ich weiterhin von einer „ironischen Distanz zur Norm“ oder von „Entfremdung“ sprechen, wenn ich Brandoms Ausgangsthese einer ironischen Distanz zur Norm diskutiere. Brandom arbeitet nun dieses ironische Verhältnis zur Norm entlang der *Phänomenologie des Geistes* heraus, um anhand dieser Lektüre seinen Begriff sittlich-postmodernes Vertrauen zu entwickeln.

Betrachten wir den Hegel'schen Abschnitt zum *Bösen und seiner Verzeihung*, dann stellt laut Brandom eine Figur unser Verhältnis zur Norm ganz besonders auf die Probe, nämlich der Kammerdiener. Der Kammerdiener ist bestens vertraut mit der Sphäre des Allzumenschlichen, denn er „zieht dem Helden die Stiefel aus, hilft ihm zu Bette, weiß, daß er Champagner trinkt usf.“<sup>1025</sup> Aber damit nicht genug, er zersetzt die Norm in einer höchst kunstvollen, vor allem aber sehr wirksamen Art. Für ihn gibt es keine (moralische) Handlung, denn er weiß, dass „der besten Tat ein unehrenhaftes Motiv unter[ge]schoben werden“ kann.<sup>1026</sup> Diese unehrenhaften Motive findet er in der Wirklichkeit des Individuums.<sup>1027</sup> Darin ist er nicht zu widerlegen, denn er assoziiert, vermutet, meint, deutet, raunt. Das Resultat ist jedenfalls eindeutig: Wo der Kammerdiener eine Handlung bewertet, da bleibt hinterher keine intentionale Normerfüllung, sondern bloßer natürlicher Trieb. Wir haben es bei dieser Figur des Kammerdieners also ganz augenscheinlich mit der Frage nach dem Verhältnis von Geist und Natur zu tun, denn auf die Frage Brandoms, wie „Normen in die Natur hineinpassen“,<sup>1028</sup> antwortet der Kammerdiener: schlecht. Damit ist das Hauptthema des Kammerdieners, darin stimme ich Brandom zu, „der *reduktive*

1025 Hegel (2017), S. 48.

1026 Stekeler-Weithofer (2014), S. 708.

1027 Hegel (1988), S. 437.

1028 Brandom (2021), S. 861.

*Naturalismus* gegenüber der Normativität.<sup>1029</sup> Und „diese Art von Naturalismus“, so Brandom weiter, „ist die größtmögliche Herausforderung für die kantische Auffassung von uns als normative Lebewesen, als die wir uns vom bloß Natürlichen unterscheiden, weil wir uns Normen unterwerfen [...]“.<sup>1030</sup> Der „reduktive Naturalismus ist die Krönung der modernen Entfremdung.“<sup>1031</sup>

Der Naturalismus des Kammerdieners macht die Norm zu einer leeren Hülle, es „wird sogar die Idee der Norm unverständlich [...]“.<sup>1032</sup> Nun ist die Hegel'sche Lösung bekannt, nämlich der Prozess aus Geständnis, Verzeihen und Versöhnung, der diese Differenz in dem, was Hegel Geist nennt, aufzuheben versucht. Brandom entwickelt mit dem Vertrauen ein Konzept, das er bei Hegel angelegt sieht, hat der Einzelne demnach doch einen Anspruch auf ein zukünftiges Verzeihen für sein noch in der Zukunft liegendes Scheitern an der Norm. Dieses Wissen um ein zukünftiges Verzeihen nennt Brandom *Vertrauen*, welches die Mitglieder in eine völlig neue Situation versetzt:

„Sie stimmen der Autorität von Normen zu, gestehen das Ausmaß ihrer Unfähigkeit ein, von Normen beherrscht zu werden, stimmen ihrer Verantwortung zu, diese Unfähigkeit bei anderen erinnernd zu verzeihen, gestehen das Ausmaß der Unzulänglichkeiten ihrer Bemühungen, erinnernd und behebend zu verzeihen, und vertrauen darauf, dass ein Weg gefunden wird, auf dem diese Unfähigkeiten und Unzulänglichkeiten Verzeihung erfahren werden.“<sup>1033</sup>

Nun soll uns im Weiteren gar nicht interessieren, ob es sich um ein gelungenes Konzept handelt oder ob ein Anspruch auf Verzeihen mit dem Begriff des Vertrauens gut beschrieben ist. Mich interessiert vorliegend allein der von Brandom angestoßene Naturalisierungsdiskurs. Denn, wie ich schon gezeigt habe, sieht Brandom in diesem reduktiven Naturalismus des urteilenden Kammerdieners das Kainsmal der Entfremdung. Damit nicht genug, denn das „*Nonplusultra* der Entfremdung“<sup>1034</sup> sieht Brandom nicht in den Naturalisierungs-

---

1029 Brandom (2021), S. 860.

1030 Brandom (2021), S. 860.

1031 Brandom (2021), S. 912.

1032 Brandom (2021), S. 911.

1033 Brandom (2021), S. 1163f.

1034 Brandom (2021), S. 911.

argumenten des bloß urteilenden Kammerdieners, sondern in der „reduktive[n] naturalistische[n] Charakterisierung des eigenen Tuns [...]“<sup>1035</sup> d. h. in der Selbstnaturalisierung des eigentlich Handelnden, der die Naturalisierungen des Kammerdieners *als Selbstbeschreibung* übernimmt.

Doch bevor ich abschließend zu der Parallele zwischen einem entfremdeten, d. h. ironischen Verhalten zur Norm und der ironischen Struktur der Rechte komme, möchte ich eine Rückfrage an Brandoms Konzeption stellen. Denn möglicherweise ist das zu verzeihende, naturhafte Scheitern an der Norm in der Problematisierung Brandoms selbst das Problem. Vielleicht sollte die Dialektik aus Natur/Begierde vs. Geist/Norm nicht so beginnen, dass das handelnde Bewusstsein auf Drängen des Kammerdieners die, so Brandom, „Zufälligkeit [seiner] Einstellungen *gesteht*.“<sup>1036</sup> Vielleicht müsste die Norm mit einem Geständnis beginnen, nämlich mit dem Geständnis der von ihr selbst hervorgebrachten Nicht-Erfüllbarkeit. Das ist die Perspektive des Paulus aus dem Römerbrief, mit der Hegel meines Erachtens auf eine seltsame und dunkle Weise spielt, die aber bei Brandom keinen Platz findet. Brandom verlangt vielmehr etwas von uns, und zwar dass wir uns für die Norm verantwortlich zeigen:

„Das praktische Zustimmung zur Autorität von Normen über Einstellungen nennt Hegel ‚Sittlichkeit‘, also das, was die traditionelle vormoderne Form des Geistes richtig verstanden hat. Als wir verstanden hatten, dass wir *für* unsere Normen verantwortlich sind, haben wir Hegel zufolge den entscheidenden Sinn aus den Augen verloren, wonach wir ihnen *gegenüber* auch verantwortlich sind.“<sup>1037</sup>

Aber nach meiner Auffassung sind die Normen auch uns gegenüber schuldig: Die Schuld, nicht die vielbeschworene *Möglichkeit der Normen*. Hier ergibt sich zwanglos die Verbindung zum Opfer der Vertrages, welches sich Ernst Jünger nicht eingestehen wollte.<sup>1038</sup>

---

1035 Brandom (2021), S. 911.

1036 Brandom (2021), S. 914.

1037 Brandom (2021), S. 996.

1038 Vgl. § 3 II Nr. 2 in dieser Studie.

Denn auch die Norm fordert Opfer, darin liegt ihre Schuld.<sup>1039</sup> In genau dieser Konstellation bezog sich der bereits zitierte Klaus Günther auf Adorno, der die opferlose Nichtidentität des Subjekts zur Utopie erklärt.<sup>1040</sup> Denn das Opfer, so Günther, liegt in der „leiblich-reale[n] Erfahrung des gebrochenen Widerstands des Einzelnen [...]“.<sup>1041</sup>

Handelt es sich bei dieser Opferung im Dienste der Norm um einen grundsätzlichen Mangel der Norm? Brandom würde das so verstehen, deshalb bedarf es des Verzeihens. Bei Günther klingt die Hoffnung auf eine Beseitigung der Differenz zwischen Natur und Norm an, nämlich dann, wenn es „keine Differenz mehr gäbe, weil ich als MitgesetzgeberIn in meiner ganzen ethischen Freiheit anerkannt wäre [...]“.<sup>1042</sup> Gibt es einen Weg jenseits eines strukturell resignativen Verzeihens des Normbruchs mit Brandom auf der einen und einer Hoffnung auf eine perfektibilistische Norm im Sinne Günthers auf der anderen Seite? Gibt es einen Weg, der zudem nicht auf die Anwendung künstlicher Intelligenz zur Beseitigung möglicher Differenzen zwischen Subjekt und Norm setzt?<sup>1043</sup>

Ich wende mich vom Gesetzesbegriff ab und kehre noch einmal zur Frage dieser Arbeit, d. h. der Frage nach den Rechten zurück, insbesondere zur Frage, was Brandoms *Im Geiste des Vertrauens* zur Kritik einer ironischen Grundstruktur der Legalität beitragen kann. Die Parallelen zwischen Brandoms Konstellationen einer ironischen und daher entfremdeten Distanz zur Norm und meinem Vorschlag, die Legalität als Ironie ernst zu nehmen, habe ich schon kurz angedeutet. Brandom sieht das *Nonplusultra* der verfehlten Einstellung gegenüber Normen in der Selbstnaturalisierung des Handelnden im Moment seines Geständnisses. In diesem Moment zerfällt die Norm, wird doch vom Subjekt selbst explizit eingeräumt, dass es keine Allgemeinheit, sondern nur natürliche Individualität gibt. In dieser ironischen Distanz zur Norm liegt die Entfremdung der Moderne. Die Rechte kennen diese Selbstnaturalisierung ebenfalls, ja in

---

1039 Brandom räumt das auch ein, wenn er vom Subjekt im Zuge des Verzeihens die Aufopferung der eigenen Einstellungen verlangt, vgl. z. B. Brandom (2021), S. 939.

1040 Günther (2024), S. 159.

1041 Günther (2024), S. 158.

1042 Günther (2024), S. 159.

1043 Vielleicht ist dies durch das Gebot zu leisten, vgl. dazu Menke (2024).

der Legalität wird dieses Absehen von jeder Allgemeinheit und die Naturalisierung des Wollens zum Prinzip, sollen die Rechte nicht zur Pflicht werden. In der Folge sind die liberalen Rechte die konsequente Universalisierung des Kammerdieners: ein reduktiver (hier Teile ich Brandoms Kritik) Verweis auf Natur. Das bürgerliche Recht findet seinen Ausdruck in Gesetz und Rechten. Das moderne Subjekt verhält sich auf je unterschiedliche Art zu und in ihnen ironisch, beim Gesetz in ironischer Distanz zur Norm, bei den Rechten im ironischen Spiel mit Wesen und Erscheinung des eigenen Wollens. Doch eint Gesetz und Rechte nicht nur die geteilte Ironie, sondern die Ironie verweist jeweils auch auf die Natur bzw. die Natürlichkeit.

An diesem Punkt setzt der Übergang zum letzten Abschnitt dieser Studie ein. Aber ich deute schon an, wo ich eine mögliche Lösung des hier gestellten Problems einer *Ironie der Legalität* sehe. Denn die Überlegungen Brandoms fordern in gewisser Hinsicht zu der Frage heraus, ob diesem ironischen Verweis auf die Natur, zunächst auch in der defizitären Form des liberalen Naturalismus, nicht etwas abgewonnen werden kann. Ist die einzige Lösung wirklich die Sittlichkeit in ihrer Form geteilter Normen und ein zugesichertes Verzeihen des Normbruchs? Die Selbstnaturalisierung des liberalen Rechts ist vielleicht nicht wegen ihres Verweises auf die *Natur als solche* falsch, sondern weil sie halbherzig ist. Die Freisetzung, die das liberale Recht im Zuge seiner Selbstnaturalisierung unternimmt, macht sich gegenüber den Subjekten, die diese Freisetzung leben sollen, *schuldig*. Denn die Freisetzung konstituiert nur eine ironische, d. h. esoterische Freiheit.<sup>1044</sup> Und weil diese liberale Freigabe schuldig ist, muss sie zurückgenommen werden. Aber nicht unter dem Primat einer Norm, dem kategorischen Imperativ, wie Hermann Cohen das Verhältnis denkt, sondern die Rücknahme ironischer Freigabe erfolgt als eine Vertiefung des Naturverweises. Im Rahmen der Rechte bedeutet dies, dass die Leiblichkeit des Subjekts in den Vordergrund rückt. Denn die Leiblichkeit als konsequente Selbstnaturalisierung der Rechte lässt einen Blick auf die Möglichkeit der Rechte zu, die dann nicht mehr ironisch verstellt wären. Für die, mit Brandom gesprochen, *postmoderne* Legalität und darin nicht mehr entfremdete, nicht mehr ironische Legalität, würde dies bedeuten, dass wir die Selbstnegation eines ironischen Naturverhältnisses den-

1044 Vgl. dazu in dieser Studie § 3 I, Die Natur der Ironie.

ken müssen: die Selbstnegation der Willkür. Dass diese Selbstnegation der Willkür weder als externe Pflicht, noch als die Auslöschung derselben zu denken ist, versuche ich nun zu entfalten. Darin wird deutlich, dass die Aufhebung ironischer Legalität im Sinne einer konsequenten Selbstnaturalisierung der Rechte unter dem Begriff der Leiblichkeit nur in einem Modus denkbar ist, nämlich im Modus einer Ironisierung der Ironie.

### III. Die Ironisierung der Ironie

Die liberalen Rechte konstituieren in ihrem Modus ironischer Freisetzung, d. h. ihrem lustvollen Disponieren, ein Verhältnis des Geistes zur Natur. Folgt man der in dieser Arbeit untersuchten Rechtskritik, so fällt auf, dass die Praxis des Urteilens in allen Ansätzen zentral ist. Versteht man nun richtigerweise die Legalität als ironische Urteilspraxis, stellt uns diese Frage vor die Aufgabe, dem Subjekt ein vernünftiges, d. h. nicht-ironisches Naturverhältnis, zu ermöglichen. Auch die drei kursorisch durchlaufenen Entsetzungsversuche ironischer Freiheit weisen in diese Richtung. Deshalb werde ich im Folgenden das Problem der Ironie als Frage nach der Subjektkonstitution verhandeln. Die Frage der Ironie als entfremdetes Naturverhältnis im Sinne einer Subjektkonstitution zu denken, bedeutet aber, über die *Leiblichkeit* des Subjekts nachzudenken.

„Ich schaue nicht auf die Gegenstände; und die Gegenstände schauen mich an!“<sup>1045</sup>

#### 1. Innenwelthypothesen

Das liberale Recht hat eine Lücke. Nicht nur Jhering und Menke betonen das, sondern auch *Hermann Schmitz* spricht (völlig unberührt von einer Lektüre Menkes) im Hinblick auf die Willkür subjektiver

---

1045 Handke (1972), S. 32.

Rechte und der Vermittlung mit einem allgemeinen Gesetz von einer „Lücke im Rechtsverständnis“.<sup>1046</sup> Wie ist mit dieser Lücke umzugehen? Denkt man das Recht antik, kommt es auf eine politisch-imperative Schließung der Lücke im Recht an. Die Form des modernen Rechts besteht hingegen in dem Versuch, diese Lücke im Recht nicht zu schließen, sondern zu überbrücken, denn die Lücke des Rechts ist das Subjekt.

Die Lücke des modernen Formalrechts soll in Absicherung der Subjektivität nicht permanent geschlossen, sondern durch die Form der Rechte reflexiv abgesichert werden. Darin liegt der Fortschritt der Moderne. Ihr Nachteil liegt darin, dass in der liberalen Moderne die Form der Rechte als subjektive Rechte gedachte werden. Durch den Verweis der subjektiven Rechte auf die ironische Freiheit des Subjekts, läuft die Reflexion jedoch im wahrsten Sinne des Wortes ins Leere, das liberale Recht bricht, so Menke, die Reflexion durch die Naturalisierung des Eigenwillens ab. Es ist für Menke daher eine Selbstreflexion des jeweiligen Subjekts vonnöten, geleistet durch einen „Prozeß der nachdenkenden Umwandlung sinnlicher, affektiver Evidenz“.<sup>1047</sup> Die Legalität wird daher nicht durch eine inhaltlich ausgearbeitete Sittlichkeit eingeschränkt, die einen Rückfall in quasi antike Rechtsverhältnisse bedeuten würde, sondern durch den radikalen Vollzug der Selbstreflexion des einzelnen Subjekt. Wie könnte diese Selbstreflexion aussehen? Nach Menke kommt es auf das Denken der eigenen Affektionen an.

Ich würde an genau dieser Stelle die von mir so bezeichnete *Lust der Rechte* verorten. Denn die Rechte vermitteln dem Subjekt die Lust am ironischen Spiel mit der Verstellung und nehmen darin Bezug auf die Natur des Subjekts. Was es bedeutet diese Lusterfahrung im Recht zu denken, werde ich am Ende dieser Studie darlegen. Zwar legt Menke seiner Konzeption die von mir hier eingeführte *Lust der Rechte* nicht zugrunde, dennoch folge ich ihm in dem Vorschlag, die durch das liberale Recht vermittelten Affektionen zu denken. Denn dieser Vorschlag Menkes führt mich zu dem Begriff Leiblichkeit, der ein anderes Naturverhältnis andeutet.

Wie verhält sich das Recht jenseits der *Lust der Rechte* zu den Affekten? Dem Recht sind, ganz allgemein gesprochen, die Affekte

1046 Schmitz (2017), S. 55.

1047 Menke (2018d), S. 377.

erst einmal fremd. Eine Ausnahme zur Bestätigung dieser Regel stellt neben einigen anderen Normen der § 33 StGB dar, der eine Überschreitung der Notwehr entschuldigt, soweit diese Überschreitung „nicht-zornbedingt“,<sup>1048</sup> sondern gem. dem Wortlaut auf „Verwirrung, Furcht oder Schrecken“ beruht. Diese gemeinhin als asthenische Affekte beschriebenen Regungen werden, anders als die sthenischen – Nietzsche nennt sie „tonisch“<sup>1049</sup> – Affekte, durch das Recht durchaus prozessiert. Dies belegt eine etwas altertümliche, aber recht anschauliche Definition:

„*Sthenisch* nennen wir die Menschen, die von Selbstsicherheit getragen mit tatkräftiger Energie den Kampf mit dem Leben aufnehmen; Menschen, die von dem Trieb beseelt sind, sich um jeden Preis, selbst gegen den Widerstand von Umwelt und Mitmenschen, durchzusetzen. Es sind die zähen, eigensinnigen, egoistischen Kampfnaturen, die sich nur zum Herrschen geboren fühlen. Als *asthenisch* wollen wir die Naturen bezeichnen, deren Eigenart durch ein kampfloses, stumpfes Sichbeugen unter Schicksal und Mitwelt charakterisiert ist; zarte, sensible, duldsame Menschen, die im Dienen ihr Ideal verwirklicht sehen.“<sup>1050</sup>

Das Recht schützt die sog. „Schwächeaffekte“<sup>1051</sup> im Rahmen der „Grenzen personaler Selbstkontrolle in Extremsituationen“.<sup>1052</sup> Auch der § 20 StGB, welcher den Schuldausschluss bei fehlender Unrechtseinsicht aufgrund einer Selbststeuerungsverhinderung regelt, kann mit Blick auf die Affekte gedeutet werden, soweit diese so sehr in die Selbststeuerung des Subjekts eingreifen, dass eine Einsicht in das Unrecht der konkreten Handlung nicht mehr angenommen werden kann. Die Fälle affektiver Betroffenheit im Rahmen des § 20 StGB sind zwar denkbar, praktisch allerdings nicht relevant und führen regelmäßig nicht zum Ausschluss der Schuldfähigkeit.<sup>1053</sup> Aber deshalb ist das Nachdenken des Strafrechts über die Probleme der Affekte für mich vorliegend interessant. Denn es geht dem Strafrecht gar nicht um das reflexive Aufgreifen der eigenen Affektionen, vielmehr wird aus der Perspektive eines strafrechtlichen (Schuld-)Vor-

---

1048 Paeffgen/Zabel 2023, Rn. 274.

1049 Nietzsche (1988b), S. 172.

1050 Hoffmann (1923), S. 4 [Hervorhebung im Original, S. K.].

1051 Zabel (2020), S. 354. Vgl. ebenfalls Montenegro (2023), S. 5.

1052 Zabel (2020), S. 361.

1053 Schild/Zabel (2023), Rn. 95.

wurfs auf die fehlende Affektkontrolle eines (vermeintlichen) Täters geblickt. Im Gegenteil geht „die hA [herrschende Ansicht, S. K.] davon aus, dass grundsätzlich jeder geistig gesunde Mensch seine Affekte beherrschen müsse“.<sup>1054</sup> So kann wie üblich am Strafrecht als Grenzwissenschaft einmal mehr sehr schön abgelesen werden, was die Gesellschaft von sich selbst erwartet. Die Berücksichtigung der Affekte im Strafrecht dient so keinem verändernden Aufgreifen affektiver Momente, sondern nur der Herstellung der allgemeinen Norm. Diese allgemeine Norm besteht in der „personalen Selbstkontrolle“.<sup>1055</sup> Hierin kann eine Selbstreflexion des Rechts nicht zu suchen sein.<sup>1056</sup> Der Affekt ist für das liberale Recht eigentlich Anathema.<sup>1057</sup> Das Recht hätte kein Wort über den Affekt zu verlieren, beschäftigt es sich nicht doch noch mit Menschen, d. h. Lebewesen, die gelegentlich bei ihrer Affektsteuerung versagen. Dennoch leitet mich dieser Komplex der strafrechtlichen (Nicht-)Berücksichtigung affektiver Zustände vor dem Hintergrund eines Primats der Selbstbeherrschung zu meinem eigentlichen Punkt. An entscheidender Stelle in der *Kritik der Rechte* formuliert Menke eine Kritik an Arendts Lektüre der kantischen Urteilskraft. Ich zitiere noch einmal die kritische Stelle bei Hannah Arendt:

„Nur das, was einen in der Vorstellung berührt, affiziert, und zwar dann, wenn man nicht mehr durch seine unmittelbare Gegenwart affiziert wird [...]. Erst dann spricht man vom Urteil und nicht mehr vom Geschmack, weil man nun, obwohl noch wie von einer Angelegenheit des Geschmacks affiziert, mittels der Vorstellung den angemessenen Abstand hergestellt hat [...]. Indem man den Gegenstand wegräumt, hat man die Bedingung für die Unparteilichkeit geschaffen“.<sup>1058</sup>

Menkes Kritik bezog sich vor allem auf den Aspekt der Distanz, den der Einzelne zu dem Gegenstand des Denkens aufzubringen

1054 Schild/Zabel (2023), Rn. 88.

1055 Zabel (2020), S. 361.

1056 So auch in einer neueren Studie zu dem Verhältnis von Affekt, Schuld und Strafrecht und unter Hinweis auf den unterkomplexen Umgang des Rechts mit dem Feld der Emotionen und unter Plädoyer für eine rationale Aneignung der Emotionen unter Rückgriff auf deren Intentionalität als „urteilsempfindliche Einstellungen“: Montenegro (2023), S. 3–4, S. 121–146.

1057 Im Rahmen der Urteilsfindung hingegen für ein „affektives Momentum“ offen: Müller-Mall (2023), S. 236.

1058 Arendt (1985), S. 90.

habe.<sup>1059</sup> Hierin halte sich bis zuletzt noch die herrische Scheidung des Aristoteles in Geist und Körper durch.<sup>1060</sup> Diese richtige Einsicht bewegt sich in den bekannten Bahnen der *Dialektik der Aufklärung*,<sup>1061</sup> welche das Bürgertum als eine fragwürdige Erfolgsgeschichte unterdrückter Sinnlichkeit nacherzählt. Sein erster Vertreter ist der listenreiche Odysseus. Menke will diese Distanzierung brechen und zwar durch das Denken der sinnlichen Affektionen. Dieser Bruch der Distanzierung soll wiederum gelingen durch ein neues Urteilen, welches die Selbstreflexion des modernen Rechts wirklich vollzieht und nicht wie das liberale, subjektive Recht, diese Reflexion durch eine Naturalisierung des Willens verhindert. Für das liberale Recht endet die Selbstreflexion des modernen Rechts beim Subjekt, ab hier ist für es alles Natur, d. h. Nicht-Recht. An dieser vermeintlichen Natur setzt Menke an, hier soll das Denken der eigenen Affektionen ansetzen. Aber bei der Frage nach der Affektion bleibt Menke vage, wie dies schon bei Adorno der Fall war, dessen Ausführungen zum Affekt ebenfalls mehr Fragen aufwerfen, denn Antworten bieten.<sup>1062</sup> Es ist nicht nur unklar, welche Affektionen überhaupt gemeint sein könnten, sondern auch, wie diese zu denken sind.<sup>1063</sup>

Welche Lösung bietet sich noch an? Was nimmt sich noch grundsätzlicher aus, als Menkes Rückgriff auf die Geschichte unterdrückter Sinnlichkeit? Arendt schreibt in aller Klarheit von dem „Gegenstand“, der gedanklich wegzuräumen sei, und Menke stört sich an dieser herzustellenden Distanz zum Gegenstand des Nachdenkens. Wie wäre aber die Frage zu stellen, enthielte schon der Gegenstand,

---

1059 Bezogen auf das juristische Urteil betont auch Müller-Mall den subjektiv-allgemeinen Charakter des Urteilens. Dieses sei „gerecht“, wenn der Urteilende eine „quasi-sinnliche“ Erfahrung der Lust mache, welche von „Distanzierungsübungen“ gerade Abstand nehme. Diese Überlegungen werden entlang den Kategorien der *Kritik der Urteilskraft* entwickelt. Vgl. Müller-Mall (2023), S. 202–210.

1060 Waldenfels (2000), S. 17.

1061 „Die Distanz des Subjekts zum Objekt, Voraussetzung der Abstraktion, gründet in der Distanz zur Sache, die der Herr durch den Beherrschten gewinnt.“ Vgl. Horkheimer/Adorno (2016), S. 19.

1062 Besonders zu nennen wäre der gerade dieser Thematik gewidmete Text, der aber sonderbar opak bleibt, vgl. Adorno (1998).

1063 Zu dieser Kritik vgl. ebenfalls bereits Kneip (2023).

d. h. die Gegenständlichkeit des Denkens selbst, das hier vorliegende Problem?<sup>1064</sup>

Ich greife an dieser Stelle auf Überlegungen von Hermann Schmitz zurück, den ganz ähnliche Probleme beschäftigt haben. Auch er sieht im Übergang zwischen den beiden homerischen Epen einen entscheidenden Wandel eintreten, der uns Europäer bis heute wesentlich prägt und der aus Sicht von Schmitz einer Revision bedürfe.<sup>1065</sup> Ähnlich wie Adorno (und viele andere)<sup>1066</sup> deutet er diesen Wandel inhaltlich als Errichtung eines Primats der Selbstbeherrschung über „bloß“ sinnliche Erfahrungen und Regungen. Er vermag es jedoch, diesen Umstand auf ein paar recht präzise umrissene Momente zurückzuführen, die ich in diesem Zusammenhang des Urteilens für diskussionswürdig halte.<sup>1067</sup> Der gedankliche Hintergrund bei Schmitz ist stets die Revision einer von ihm so bezeichneten „europäischen Abstraktionsbasis“, wobei diese Abstraktionsbasis als Summe der kulturell geprägten Vorentscheidungen der Wahrnehmung zu verstehen ist. Diese Abstraktionsbasis fällt in jeder eigenständigen Kultur anders aus, hat sich aber für Schmitz spätestens seit Platon für den europäischen Kulturraum als Entscheidung zwischen Empedokles und Demokrit zugunsten des letzteren ergeben und besteht seitdem fort.<sup>1068</sup> Bevor die von Schmitz bestimmten Merkmale der europäischen Abstraktionsbasis dargestellt werden, ist auf das Programm hinzuweisen, auf das Schmitz hinarbeitet. Die europäische Abstraktionsbasis soll „tiefer in die unwillkürliche Lebenserfahrung“ verlegt werden.<sup>1069</sup> Man kann diesen Ansatz von Schmitz in das Projekt einer Selbstbefreiung des Denkens von der abendländischen Tradition einordnen, wie dies seit Heidegger regel-

1064 So auch Heidegger in seiner Unterscheidung zwischen meisterndem und wesentlichem Wissen. Das erste sei ein „Überrennen des Seienden. Das alles vollzieht sich in der Weise der Vergegenständlichung. Das wesentliche Wissen dagegen, die Achtsamkeit, ist das Zurücktreten vor dem Sein.“ Heidegger (1982), S. 5.

1065 Schmitz (1978), S. 223.

1066 Zur Destruktion der transzendentalen Subjektivität des Neukantianismus bei Heidegger und das Vorhaben Nietzsches, vgl. Gadamer (1958), S. 1307.

1067 Die genuin rechtsphilosophischen Aussagen von Schmitz (1973) halte ich hingegen im Hinblick auf die Problemanalyse für weniger relevant vgl. dazu insbesondere Schmitz (2017).

1068 Schmitz (1988), S. 358–360.

1069 Schmitz (1998), S. 7.

mäßig in Angriff genommen wird und sich seit der Mitte des letzten Jahrhunderts auch in dekolonialen Forderungen wiederfindet.<sup>1070</sup> Es geht der Sache nach darum – und hier sind Schmitz Überlegungen von denen Menkes nicht zu trennen –, die „klaffende Spanne zwischen Begreifen und Betroffensein“ zu überbrücken und das „Betroffensein der Besinnung anzueignen“.<sup>1071</sup> Menkes „Denken der eigenen Affektionen“ dürfte hierin ganz gut aufgehoben sein. Was schlägt Schmitz also vor?

Schmitz nennt folgende Punkte, welche die bis heute gültige europäische Abstraktionsbasis ausmachen sollen. Im Zuge der Selbst- und Weltbemächtigung sei es, hierin stimme ich Schmitz zu, zu einer folgensweren Entscheidung gekommen, die alte (empokleische) Abstraktionsbasis, die „aus vollständigen Eindrücken, die nicht mit mechanischer Exaktheit reproduziert, sondern nur durch einfühlsame Intuition verallgemeinerungsfähig eingepägt werden können“, bestand,<sup>1072</sup> zugunsten einer „brutale[n] Einseitigkeit des Denkens und Wollens“ zu ersetzen.<sup>1073</sup> Diese ergibt sich für Schmitz aus dem Streben nach personaler Machtergreifung im Sinne eines Kampfes gegen den *Thymos*<sup>1074</sup> sowie der Beherrschung der Natur durch die Reduktion der Umwelt auf ein paar Begriffe mit „bequem identifizierbarer und manipulierbarer Beschaffenheit“.<sup>1075</sup> Nietzsche wird diesbezüglich deutlich: „Hybris ist heute unsre ganze Stellung zur Natur, unsre Natur-Vergewaltigung mit Hülfe der Maschinen [...]“.<sup>1076</sup>

Hier schneiden sich Kunst- und Rechtstheorie. Als Beispiel mag die platonische Dichterkritik dienen, welche die Aufgabenteilung der neuen Zeit gut dokumentiert. Der ganze Bereich menschlichen Erlebens, der sich nicht auf die Manipulation der Umwelt festlegen lässt, bleibt den Dichtern überlassen (die dann von Platon dafür abgestraft werden). Es geht mithin darum, die seit Platon allein dem Bereich der Kunst zugeordnete Sphäre der Ergriffenheit, Begeisterung, Affektion, etc. auch für Bereiche zurückzugewinnen, die nicht der Sphäre

---

1070 Paradigmatisch z. B. Mignolo (2019).

1071 Schmitz (1998), S. 8.

1072 Schmitz (1988), S. 382.

1073 Schmitz (1993), S. 9.

1074 Schmitz (2011), S. 139f.

1075 Schmitz (1993), S. 9.

1076 Nietzsche (2020), S. 357.

der Kunst zugehörig sind. Dieser Reduktionismus der Außenwelt, den Schmitz als *gegenständliches Denken* bezeichnet und welcher ganz zwanglos der griechischen Seinsfrage entspringt, d. h. der Frage, unter welchen Umständen dieses Prädikat „an Begegnendes verliehen werden darf“,<sup>1077</sup> führte zu der genannten Aussonderung bestimmter Erfahrungen aus dem Bereich der Erkenntnis, die fortan exklusiv von den Künstlern bearbeitet werden.<sup>1078</sup> Menke greift diesen Punkt auf, indem er festhält: „Für Sokrates läßt diese Einsicht nur den Ausweg offen, das Kunstwerk aus der menschlichen Sphäre, die er als Sphäre gemeinsamer, vernünftiger Praxis versteht, auszuschließen.“<sup>1079</sup> Für Schmitz ist mit dieser Abspaltung aber noch mehr verbunden. Um die Hausmacht des Subjekts zu organisieren, welche nötig ist, um in dem „Konzert von Regungsherden“,<sup>1080</sup> in denen der Mensch sonst steht, bedarf es der „Innenwelthypothese“, d. h. der Möglichkeit eines Punktes, von dem aus die unwillkürlichen Regungen kontrolliert werden können.<sup>1081</sup> Der Ausdruck ändert sich, sei es „Seele“, „Gewissen“ oder „Selbstbewusstsein“, die Konzepte dahinter bleibt in dieser Hinsicht ähnlich.<sup>1082</sup> Dass für die *Entstehung des modernen Gewissens* gerade wieder die Technik, d. h. die Manipulation der Außenwelt, verantwortlich zeichnet, hat Kittsteiner in seiner unvergleichlichen Studie herausgearbeitet, indem er unter anderem die Erfindung des Blitzableiters für die Internalisierung der Strafinstanz *als Gewissen* verantwortlich macht, nachdem die Furcht vor dem Gewitter als Ausdruck des Zorn Gottes verschwunden ist.<sup>1083</sup> Besser ist das dialektische Verhältnis der Manipulation der Außenwelt und der Anreicherung der abgesonderten Innenwelt nie dargestellt worden, Technik und Innenwelthypothese gehen hier Hand in Hand.<sup>1084</sup>

---

1077 Schmitz (1988), S. 388.

1078 Mit Blick auf die Abgrenzung des Gegenstandsbegriffes vom Mythos: Hübner (1987), S. 254.

1079 Menke (2019), S. 38.

1080 Schmitz (1998), S. 10.

1081 So auch die Rekonstruktion bei Schulz (1972). Ebenso unter Rückgriff auf Nietzsche: Loick (2014), S. 63.

1082 Unter dem Begriff das Göttliche noch in der zweiten Abhandlung: Locke (2020), § 241.

1083 Kittsteiner (2015), S. 31–100.

1084 Auch wenn Kittsteiner die Zusammenhänge anhand des Materials eher erahnt, denn den innersten Zusammenhang selbiger darzulegen.

Das Ergebnis ist: „Die Gefühle werden in private Seelenzustände umgedeutet.“<sup>1085</sup> Dieser Gedanke ist für Schmitz eine ideologische Erfindung der Griechen, um Herr zu werden über die Regung, vor allem die „leiblichen und die durch sie eingreifenden Gefühle“.<sup>1086</sup> Ein anschauliches Beispiel bietet Goethe in den Wahlverwandtschaften, als Eduard seine (offensichtlich zerstörerische) Liebe zu Ottilie und seine daraus resultierende offen vorgetragene Verzweiflung gegenüber dem Mittler rechtfertigt, der ihn zu Ermannung, d. h. Selbstbeherrschung, auffordert. So sagt Eduard mit verdecktem Hinweis auf die Tränen des Achill und dessen Darstellung bei Homer:

„Verschmähst doch ein edler Grieche, der auch Helden zu schildern weiß, keineswegs, die seinigen bei schmerzlichem Drange weinen zu lassen. Selbst im Sprüchwort sagt er ‚Tränenreiche Männer sind gut.‘ Verlasse mich jeder, der trockenem Herzens, trockener Augen ist! Ich verwünsche den Glücklichen, denen der Unglückliche nur zum Spektakel dienen soll. Er soll sich in der grausamsten Lage körperlicher und geistiger Bedrängnis noch edel gebärden, um ihren Beifall zu erhalten, und, damit sie ihm bei Verscheiden noch applaudieren, wie ein Gladiator mit Anstand vor ihren Augen umkommen.“<sup>1087</sup>

Zuständig für die Bearbeitung dieses ausgesonderten Feldes unmittelbarer Ergriffenheit ist der Künstler. Klar ausgesprochen und dabei ganz unfreiwillig illustriert, wird dieses Meisterstück europäischen Umgangs mit den vermeintlich *eigenen* Affektionen von *Sir Paul McCartney*, indem er im gleichnamigen Stück der *Beatles* gleich zu Beginn wie selbstverständlich kundtut: „*I’ve got a feeling – A feeling deep inside*“. Hier muss man mit Schmitz skeptisch werden. Da man ein *feeling* nämlich nicht eigentlich besitzt und vor allem nicht *deep inside* (wo wäre das auch?), sondern es erst, so die These Schmitz’, nachträglich zu *seinem* Gefühl macht, nachdem man es sich in reduktionistischer Manier vorab versagt hat, dies als taugliche Erkenntnis anzunehmen. So widerfährt Paul McCartney das Unvermeidliche, da es zwei Zeilen später heißt: „*I’ve got a feeling*

---

1085 Schmitz (1978), S. 231; zu diesem Punkt des Gefühls vgl. ebenfalls Hübner (1987), S. 246.

1086 Schmitz (2011), S. 5.

1087 Goethe (2005), S. 355–356. Gerade für diesen Hemmungscharakter der Form gegenüber der Ergriffenheit und damit gegen die griechische Variante eines Zulassens von Emotionalität spricht sich freilich aus: Plessner (2002), S. 91.

(soweit bekannt) *a feeling I can't hide*“. Nun ist es geschehen. Das Gefühl, welches man für sein Eigentum gehalten hat (insofern man es hat), drängt mit aller Macht nach draußen. Dieses Hinausdrängen geschieht in einer Form, die sich für einen Gegenstand, den man sein Eigen nennt, eigentlich nicht schickt, nämlich mit Gewalt. Es bleibt nichts weiter zu sagen als „*oh no*“. Hat sich das in die Privatheit vermeintlich sicher abgeschobene Gefühl für sein Heraus-schießen entschieden, lässt es seinem ehemaligen Inhaber bloß noch eine Statistenrolle zukommen.<sup>1088</sup> Für McCartney *als Künstler* ist das kein Problem, es ist sogar höchst wünschenswert, um die von den Künstlern geforderte Bearbeitung des Feldes der Emotionen bewerkstelligen zu können. Für den Rest der Menschheit ist diese Form der plötzlichen Wiederkehr von zuvor dem Erkennen entzogenen Umständen höchst misslich.<sup>1089</sup>

Ich komme zurück zur Kritik der Affektionen. Ich hatte festgestellt, dass Menke in der *Kritik der Rechte* an diesem entscheidenden Punkt der Affektionen etwas abstrakt bleibt. Verharrt man beim Denken der ansonsten vernachlässigten Situationen affektiver Betroffenheit, nimmt diese Ratlosigkeit Menkes wenig Wunder, bewegt er sich doch mit dem Rückgriff auf die Kritische Theorie Adornos in einem gedanklichen Rahmen, der über Affektionen eigentlich wenig zu berichten weiß. Der von Adorno im Hinblick auf das Problem der Idiosynkrasie zentrale Text, trägt zur Beantwortung der Frage, was Adorno sich eigentlich unter seiner „nervlichen“ Reaktion vorstellt, wenig bei.<sup>1090</sup> Auch der für die Konzeption Menkes offenbar einflussreiche Terminus Martin Seels, entwickelt in der gleichnamigen Studie *Sich bestimmen lassen*, schlägt einen erwartbaren Bogen von der Notwendigkeit der Moderation eigener Antriebe und Affinitäten<sup>1091</sup> zu einem „Sinn für Moral“, der sich aus der Ansprechbarkeit durch andere ergibt

1088 Ob man daraus eine Faschismustheorie machen sollte, bleibt eine andere Frage. Schmitz glaubt den Nationalsozialismus als aufgestaut und dann falsch hinausgeratene Triebunterdrückung lesen zu können, vgl. Schmitz (1998), S. 8.

1089 Es geht mir – ich hoffe, dass diese Betonung überflüssig ist – ausdrücklich nicht um den Rekurs auf Gefühle im Sinne Humes und anderer, d. h. eines sensualistischen Konzepts. Diese sind als subjektive Tatsachen für die vorliegende Betrachtung uninteressant. Eine Einordnung diesbezüglich findet sich bei Zabel (2019a), S. 29–31.

1090 Adorno (1998).

1091 Seel (2002), S. 292.

und worin explizit ein Gedanke von Anerkennung und Gleichheit angelegt ist.<sup>1092</sup>

Nach der Lektüre Schmitz' ist die Ratlosigkeit der Kritischen Theorie aber durchaus kein Mangel, sondern findet ihren Grund darin, dass Stimmungen, Atmosphären oder sonstige affektive Zustände dem Subjekt nicht unmittelbar gehören und es sie nicht sein Eigen nennen kann. Insofern ist es von vornherein fraglich, ob es dieses Denken der *eigenen* Affektionen überhaupt geben kann. Das Nachdenken über die Affektionen des Subjekts, wird zum Nachdenken über die Limitationen der Perzeption des Subjekts und seiner ihm eigenen Form der „Innenwelthypothese“ und eröffnet den Blick auf die Leiblichkeit.

## 2. Leiblichkeit

Die Leiblichkeit beschreibt nicht nur einen Akt des Denkens über die eigenen Affektionen, sondern einen ganz anderen Blick auf das abendländische Subjekt selbst. Zum Konzept Autonomie hält Schmitz daher fest:

„Diese Konzeption ist nicht ganz falsch, aber zu einfach und bedarf der Korrektur durch die Einsicht, dass die Person nur Person sein kann, wenn sie zugleich präpersonal existiert, eingetaucht ins leiblich-affektive Betroffensein.“<sup>1093</sup>

Auch hier bewegt Schmitz sich in Bahnen, die auch von Menke so gezeichnet werden. Menke deutet seine Figur der Selbstreflexion als Rückgang hinter das Subjekt, d. h. die Sphäre der Vermögen und Fähigkeiten:

„Durch die ästhetische Selbstreflexion zerfällt daher die Einheit des Vermögens, die Instanz des Subjekts. Zurück bleibt: die ästhetische Natur des Menschen, das Spielen dunkler Kräfte.“<sup>1094</sup>

Aber die „ästhetische Natur des Menschen“ ist sein Leib. Bei der Feststellung, dass der hier verwendete Begriff Leib nicht identisch mit dem (bloßen) Körper ist, dürfte es sich um eine Trivialität han-

---

1092 Seel (2002), S. 297f.

1093 Schmitz (2017), S. 57.

1094 Menke (2017), S. 82.

deln; diese Differenz sei dennoch kurz erläutert. Damit ist nun aber lediglich in negativer Absicht etwas über den Leib gesagt, nämlich, dass er im Begriff Körper nicht aufgeht. Man muss sich der Beschreibung des Leibes, z. B. bei Merleau-Ponty, als „Medium einer Welthaube“<sup>1095</sup> und „Verankerung in einer Welt“<sup>1096</sup> nur vergegenwärtigen, um zu sehen, worauf es bei der Unterscheidung zwischen Körper und Leib ankommt. Während der Körper als (biologischer) bloßer Gegenstand unter Gegenständen betrachtet, gemessen, begutachtet oder behandelt werden kann, soll unter dem Begriff Leib hier die situative Einbindung des Körpers in seine Umgebung verstanden werden, in welcher er von einer „Durchstimmtheit“<sup>1097</sup> getragen ist, die sich nicht sensualistisch über die Sinne erschließen lässt.<sup>1098</sup> Erst aus dieser Perspektive ist ersichtlich, dass die „nervlichen Reaktionen“ Adornos das hoffnungslose Unterfangen darstellen, eine Situation zu beschreiben, derer man mit dem (medizinisch-biologischen) Begriff der Nerven, egal, wie allegorisch dieser gemeint sein mag, nicht beizukommen vermag. Denn Nerven habe ich nur für mich, die nervliche Reaktion findet nur im Subjekt selbst statt. Adorno kommt hier selbst aus der Innenwelthypothese nicht hinaus (als Theoretiker des freien Subjekts möchte er das vielleicht auch gar nicht); er verharrt bei einem Begriff des Körpers und seines Subjekts.

Ein emphatischer Begriff der Leiblichkeit ist damit aus dem Gedanken der Offenheit für Stimmungen, Emotionen oder Gefühlen heraus entwickelt und setzt die Fähigkeit voraus, sich von diesen betreffen, d. h. berühren, zu lassen. Im Begriff Berühren liegt der Gedanke eines nicht bloß innerlichen Vorhandenseins dieser Umstände, sondern der, wenn auch gerade nicht körperliche Gestalt annehmenden, Existenz jenseits des bloß subjektiven Erlebens. So ist zwar zu sehen, dass der Leib nicht etwas grundsätzlich anderes ist als der Körper. Die Betroffenheit durch den körperlichen Schmerz ist gerade immer auch Erfahrung des Leibes. Aber auch die nicht-körperlichen Momente situativer Gebundenheit fallen unter den Begriff Leib, der sich damit der rein biologischen Betrachtung entzieht. Darin liegt die Wahrheit der oft zitierten, aber dennoch bedeutsamen

1095 Waldenfels (2019), S. 354.

1096 Waldenfels (2019), S. 355.

1097 Schmitz (1978), S. 227.

1098 So ebenfalls Schmitz (1998).

Aussage Nietzsches von der großen Vernunft des Leibes, des Selbst, die der kleinen Vernunft des Geistes, der sich Ich nennt, vorangeht: „Dein Selbst lacht über dein Ich und seine stolzen Sprünge.“<sup>1099</sup> Lachen kann es aus einem bestimmten Grund, denn für Nietzsche ist das leibliche Selbst das „Gängelband des Ich's und der Einbläser seiner Begriffe.“<sup>1100</sup> Für Nietzsche ist klar, dass die Eitelkeit, der Stolz des Geistes, der sich in seiner (vermeintlichen) Selbsterkenntnis als den Grund aller Empfindung setzt,<sup>1101</sup> gebrochen werden muss durch das Wissen darum, dass der Geist lediglich ein Werkzeug des leiblichen Selbst ist. Diesem eitlen Stolz des Geistes, ist mit Schmitz ein anderer Stolz, ein *vitaler Stolz* entgegenzusetzen. Der im Selbst, d. h. dem Leib, sich durchsetzende Wille zum Leben bedarf nämlich der Einbettung in die den Menschen umgebenden Kontexte. Dieser vitale Stolz ist nicht der Stolz des Geistes, der sich zu „stolzen Sprünge[n]“<sup>1102</sup> hinreißen lässt, er ist das Gegenteil *souveräner Undankbarkeit* des Geistes.<sup>1103</sup> Dazu sei auf eine kurze Interpretation Schmitz' des Bamberger Reiters hingewiesen, die sehr deutlich macht, worin der Fortschritt des Leibbegriffes für eine kritische Theorie des Subjekts liegt:

„Wichtig für die Verankerung des Lebenswillens in der Gegenwart, die allein dem Leerlauf der Projektionen ein Ende setzen kann, ist die Ermutigung des vitalen Stolzes, der sich nicht mehr von oben, aus der Herrschaft der Vernunft über die Triebe, speist, sondern im leiblichen Selbstgefühl seinen Sitz hat. Dieser vitale Stolz, der sich entfalten kann, wenn der Mensch lernt, ohne Scham und ohne Übermut seinen Kopf hoch zu tragen und sich dem Schicksal seines Leiblichseins mit allen Chancen und Gebrechen anzuvertrauen, trägt in sich ein Regulativ der Haltung, der Formfindung und des Maßes, etwas im Sinne der griechischen Sophrosyne, ehe Platon diese zum anspruchslosen Gehorsam der Triebe gegen die Vernunft entwürdigte. Dies ist die Botschaft des Bamberger Reiters, der im vitalen Stolz des Reitens und des Einver-

---

1099 Nietzsche (1988a), S. 40.

1100 Nietzsche (1988a), S. 40.

1101 Nietzsche (1988a), S. 39.

1102 Nietzsche (1988a), S. 40.

1103 Kalatzis (2014).

ständnisses von Mensch und Tier entspannt sitzt und ohne Anmaßung, aber mit gelassener Selbstsicherheit blickt und die Zügel hält.<sup>1104</sup>

Wo aber liegt die Bedeutung der Affektionen und des Leibes für die hier intendierte Kritik ironischer Legalität? Die Kritik der Affektionen eröffnet den Blick auf den Leib des Menschen und dieser Leib lacht bei Nietzsche laut über stolzen Sprünge des Ich. Dieses Lachen kann rechtsphilosophisch formuliert werden. Denn die stolzen Sprünge des Ich sind nichts anderes als dessen Urteile. Und die Urteile des *Subjekts ironischer Legalität* sind nichts anderes als der praktische Vollzug der Rechte, denn jede Ausübung eines Rechts ist ein Urteil. Lacht nun also der Leib zu Recht über die Urteile des ironischen Subjekts, kommt es für die Rechtsphilosophie darauf an, diesem Lachen Geltung zu verleihen. Dieser Aufgabe widme ich mich in dem letzten Kapitel dieser Arbeit, wenn ich nach der Praxis und damit der Handlung der Rechtsgenossen frage.

### 3. Nietzsches Lachen

Wir nehmen also die „stolzen Sprünge“ des Subjekts in den Blick, d. h. seine Urteile und damit seine Praktiken. Aber hat es in seinen Praktiken auch eine Praxis? Die „Lücke im Recht“, die „Legalität“ oder das „Formalrecht“ – all dies sind Beschreibungen für die offenkundige Tatsache, dass ein Begriff Handlung (und damit Praxis) im klassischen Sinne für die Moderne nicht mehr besteht.<sup>1105</sup> Wer noch unbefangen von Handlungen spricht, meint entweder bloße „Tätigkeiten“ oder hängt einem vormodernen Handlungsbegriff an, der das Bestehen einer sittlichen Substanz (fälschlicherweise) unterstellt. Der Schwund sittlicher Konzeptionen ist eins mit dem Untergang eines emphatischen Handlungsbegriffes. Insofern ist es bemerkenswert, wenn Kalthöner in seiner Studie zur Verteidigung des liberalen Rechts schreibt, dass

1104 Schmitz (1993), S. 11–12. Diese Figur ähnelt Schlegels Begriff der Anmut, denn diese ist „korrektes Leben; Sinnlichkeit, die sich selbst anschaut, und sich selbst bildet.“ Vgl. Schlegel (1967), S. 149.

1105 Bubner (1976), S. 288–289.

### § 3. Ironie der Legalität

„das Recht Handlungen ermöglicht, zeigt sich insbesondere an den Grundrechten in ihrer Funktion als subjektive Abwehr-, Freiheits-, Gleichheits- oder Gewährleistungsrechte oder den verschiedenen Rechtsinstituten, wie dem Eigentum, das auf dem Boden relativ klarer Zuordnungsregeln errichtet ist.“<sup>1106</sup>

Hier können Handlungen nur als „Tätigkeiten“ begriffen werden, die der Einzelne in seinem Leben so unter Zuhilfenahme des Rechts vornimmt: man kauft ein Auto oder ein Lastenrad, man wählt eine progressive oder regressive Partei, man ist Eigentümer eines Einfamilienhauses am Stadtrand. Das sind sicherlich alles Tätigkeiten, aber im strengen Sinne keine Handlungen, denn Handlungen gibt es nur in einer sittlichen Praxis. Verstünde man sie dennoch als Handlungen, dann bliebe zu fragen, in welches Handlungskonzept die von Kalthöner beschriebenen subjektiven Eigentumsrechte eingebettet sind, damit von einer Handlung gesprochen werden kann. Dass diese sittliche Einbettung nicht wiederum durch die Verfassung mit ihren subjektiven, d. h. ironischen Rechten garantiert werden kann, scheint mir nach dem bereits Gesagten evident. Die Sittlichkeit der Rechte liegt nicht in den Rechten selbst.<sup>1107</sup> Bleibt man deshalb intellektuell redlich, dann muss man Luhmanns These einer fehlenden Substanz, jedenfalls im Sinne eines sinnvollen Bezugs von Handlungen aufeinander,<sup>1108</sup> zunächst akzeptieren:

„Der Systembegriff rückt damit in das Zentrum jenes Spannungsfeldes, das durch die Auslegung von Sein und Zeit konstituiert ist. Er verdrängt den Begriff der Substanz. Und deshalb wird es notwendig, die vom Substanzbegriff her konzipierte, wenn auch längst von ihm abgelöste und verselbstständigte Theorie des Handlungszweckes durch eine Theorie der Zweckfunktionen in Handlungssystemen zu ersetzen.“<sup>1109</sup>

Um diesen zentralen Punkt noch einmal zu betonen, sei gesagt: Es ist hier nicht um die Rückkehr zu einer Substanz zu tun, hingegen um eine Kritik der Legalität. Diese Kritik der Legalität kann die Abdankung des Handlungsbegriffes zugunsten einer liberalen Kon-

---

1106 Kalthöner (2021), S. 146.

1107 a.A. der Verfassungspatriotismus.

1108 Um die negative Vermittlung der Individuen unter dem Kapital zu beschreiben, ist der Substanzbegriff nach wie vor aktuell, vgl. dazu Ruschig (2017).

1109 Luhmann (1968), S. 34.

stellation, in der „alles erlaubt sei, was nicht verboten ist [...]“<sup>1110</sup> zwar als Zustandsbeschreibung, nicht aber als Desiderat begreifen, d. h. die Kritik der Legalität wird den subjektiven Rechten, anders als Kalthöner, keine Handlungsqualität zuschreiben. Die Lektüre Luhmanns beugt an dieser Stelle liberalem Selbstbetrug vor.

Ich schlage daher einen anderen Weg, jenseits von Liberalität und klassischer Sittlichkeit vor, und zwar eine Ironisierung der Ironie. Dazu greife ich das von Nietzsche beschriebene Lachen noch einmal auf. Nietzsche postuliert eine Spaltung des Subjekts in ein leibliches Selbst und ein urteilendes Ich, wobei das leibliche Selbst über die stolzen Sprünge des Ich in ein Gelächter ausbricht: „Dein Selbst lacht über dein Ich und seine stolzen Sprünge.“<sup>1111</sup> Man darf sich dieses Lachen aber nicht als ein höhnisches, sondern vielmehr als ein befreiendes Lachen vorstellen: Nietzsche lacht mit uns über das permanente Scheitern an unserer ironischen Freiheit – und das zu Recht, da es sich um eine zutiefst komische Konstellation handelt.

Genau das scheint *Thomas Khurana* zu meinen, wenn er mit Blick auf eine Fotografie, die festhielt, wie Autos, die durch ein Hochwasser in aberwitzige Positionen versetzt wurden bemerkt, dass hier die Natur als „Installationskünstlerin“ auftrete, „die sich gleichsam über uns lustig macht.“<sup>1112</sup> Als ästhetisches Programm fordert er dazu auf, den Gedanken einer falschen Versöhnung zwischen erster und zweiter Natur, die sich klassischerweise als das Schöne oder Erhabene zeigt, zugunsten eines anderen Verständnisses aufzugeben. Khurana zufolge seien die „Spannungen und Ironie im Verhältnis von Geist und Natur“ auszutragen.<sup>1113</sup> Dieses neue Verhältnis nennt er das komisch Erhabene und die Komik ergibt sich aus der Vertauschung von Objekt und Subjekt, Notwendigkeit und Freiheit, welche die Komik ausmacht.<sup>1114</sup> Indem die Natur sich nach Khurana über uns lustig macht, nimmt sie ein freies Verhältnis ein, wird Subjekt, während der Mensch plötzlich der Kategorie der Notwendigkeit unterworfen ist. Die Rollen zwischen freiem Subjekt und schicksalhafter Natur werden aufgebrochen und vertauscht. Dadurch gerät

1110 Luhmann (1968), S. 11.

1111 Nietzsche (1988a), S. 40.

1112 Khurana (2023), S. 188.

1113 Khurana (2023), S. 184.

1114 Schelling (1990), S. 355.

die strikte Trennung zwischen beiden zu einem unmöglichen Unterfangen.

Um diese Spannung zwischen erster und zweiter Natur jedoch nicht zu versöhnen, sondern auszutragen, bedarf es eines weiteren Begriffes, der die in dieser Spannung angelegte Reflexion vollziehen kann. Am Beispiel des Vertragsrechts hatte *Gregor Albers* schon darauf hingewiesen, welchen Unterschied es macht, ob ich als Schuldner zur Leistung einer Handlung *in natura* gezwungen werden kann oder ihm nur der billige Ersatz in Geld zusteht. Für Albers liegt darin der Unterschied zwischen Autonomie und Sklaverei. Er führt den entscheidenden Gegenbegriff für einen entfremdeten Vollzug ein, indem er festhält: „Seine Handlungen hat der Mensch nicht, er *lebt* sie.“<sup>1115</sup> Das Leben bedarf also, so können wir die These Albers' reformulieren, eines Schutzes vor den Rechten der Vertragsparteien. Man kann, so Albers, eine Handlung in letzter Konsequenz nicht zum Gegenstand des Rechts machen. Lässt das Recht dies trotzdem zu, verstößt es gegen diesen Begriff des Lebens und verfehlt seinen Zweck. Mit anderen Worten: Das Recht spricht in einem solchen Fall ein negativ-unendliches Urteil über sich selbst aus, weil es, so verstehe ich Albers, den anspruchsvollen Begriff Recht verfehlt.

Aber was heißt leben? Beginnt man mit einem ersten Verständnis, dann bedeutet Leben die Entfaltung von Differenz.<sup>1116</sup> Dieser Begriff des Lebens ist aber kein vulgärer Naturalismus, sondern er artikuliert jene „Spannung von zweiter und zweiter Natur“<sup>1117</sup> und zwar im Hinblick, auf ihr Verhältnis zur ersten Natur. Ist dieses Verhältnis der zweiten zur ersten Natur befreiend oder ist es entfremdet? Wie verhalten wir uns zum komisch Erhabenen der Natur im Recht? Darin ist der Begriff Leben reflexiv, weil er sich auf die Sozialität und „gegen die ihr eigene Grausamkeit und Verletzlichkeit“ richtet.<sup>1118</sup> Diese Grausamkeiten des liberalen Rechts haben wir bereits kennengelernt: Es sind die melancholische Lust ironischer Freiheit und das Opfer. Das Opfer stellt begrifflich die erzwungene Einheit (oder

---

1115 Albers (2025), S. 403 [Hervorhebung von mir, S. K.].

1116 Diesen Gedanken, das Lebens als Entfaltung der Differenz zu verstehen, verdanke ich C. Menke, der diesen in seiner Frankfurter Vorlesung im WiSe 2024/25 eingeführt hat.

1117 Diese Formulierung mit Bezug auf Marx' Begriff des Gattungswesens findet sich bei Khurana (2024), S. 904.

1118 Khurana (2022a), S. 398.

Identität) dar, die sich das Leben nur unter Anwendung von Gewalt abpressen lässt. Wir haben diese Zusammenhänge bei Ernst Jünger und anhand des vertragsrechtlichen Problems des Selbstverkaufs in die Sklaverei nachvollzogen. Leben und Opfer sind damit kontradiktorisch ineinander verschränkt, sie gewinnen aus ihrem komplexen Gegensatz ihren jeweiligen Sinn, nur aus der Absetzbewegung des Lebens vom Opfer kann das Leben wie das Opfer verstanden werden. Ähnliches gilt für die ironische Freiheit, die ebenfalls in Konflikt mit dem Begriff des Lebens gerät, weil sie den Zugriff auf Natur nur als suchthafte Lust des Subjekts kennt und darin einen anspruchsvollen Bezug auf die Natur verfehlt. Ich habe auf diesen Punkt mehrfach hingewiesen.

Ob Opfer oder ironisches Urteil – ein rechtliches Begehren, welches sich gegen die Entfaltung der Differenz wendet, ist eine sinnlose Aussage, ein unendliches Urteil. Hier schließt sich der Kreis zur Diskussion des Verhältnisses von Geist und Natur. Wenn die Rechte in ihrer ironischen Distanz alles überfliegen, dann liegt darin der Grund für Nietzsches Lachen über die „großen Sprünge“ des Ich. Die schon bei Albers angeklungenen Ansatzpunkte für eine Begrenzung der rechtlichen Bindungskraft des Willens als (teilweiser) Verabschiedung einer ironischen Urteilspraxis sind hier aus der thematischen Verbindung mit dem Vertragsrecht zu lösen und für die Diskussion der Rechte allgemein fruchtbar zu machen.

Das ist nur zu leisten, wenn die Kritik der ironischen Legalität auf die Form der Rechte selbst zurückwirkt. Denn das ironische Subjekt hat sein Urteilen im Modus der Legalität nicht einfach so, sondern das Recht bringt das Wollen des Subjekts im Recht selbst hervor, indem es dem Wollen eine Form gibt. Was bedeutet dies für eine neue Form jenseits ironischer Legalität? Es bedeutet, dass das Recht die Verantwortung für den *eros der Rechte* übernehmen muss. Es trägt nicht die Verantwortung für die inhaltliche Ausgestaltung des Wollens, sondern für das, was über die Form ausgetragen werden kann. Dieser Gedanke ist dem bürgerlichen Recht eigentlich nicht so fremd. Das Begehren des Subjekts ist, jedenfalls dort, wo Rechte in Rede stehen,<sup>1119</sup> sein ureigenster Gegenstand. Im Verwaltungsrecht,

1119 Nach dem Verwaltungsrecht haben die subjektiven Rechte sich nun auch das Strafrecht vorgenommen und zwar in Person von Hirsch (2021). Die liberale Utopie rückt damit näher, d. h. alles wird Vertrag.

bei den Grundrechten, im gesamten Zivilprozess – alles dreht sich um das Begehren des Subjekts.

Aber dieser Lusterfahrung der Rechte, steht eine andere Erfahrung entgegen, die Unlusterfahrung der Strafe. Im Begriff (Un-)Lust kreuzen sich die dogmatischen Fächer. Denn beide Zugriffe auf die Lusterfahrung des Subjekts, privatautonome Dispositionslust und Kriminalstrafe, sind auf die Natur des Subjekts gerichtet. Darin liegt das doppelte Naturverhältnis ironischer Freiheit: Lusterfahrung in der Disposition, Unlusterfahrung in der intentionalen Einwirkung auf die Natur des Subjekts durch die Strafe. Um diesen Zugriff des liberalen Rechts auf die Natur vollständig darzustellen, werde ich kurz auf die Strafe und die darin praktizierte Unlusterfahrung eingehen.

*a. Brothers in Crime – Brüder im Nebel*

Das Strafrecht ist in doppelter Hinsicht an die Ironie gebunden. Einerseits kann man sich zu den strafrechtlichen Normen ganz im Sinne ironischer Legalität verhalten, d. h. im Sinne Brandoms in *entfremdeter Art* und zwar dann, wenn man den Normen zwar äußerlich folgt (ggf. aus Sorge vor Strafe), diese aber nicht zur Triebfeder des eigenen Handelns erhebt. Das gilt selbst noch für den Moment eines Strafausspruches. Im Falle einer Verurteilung hat sich das Subjekt zwar ganz praktisch für seine „Handlung“ zu verantworten, aber schon mit der Urteilsverkündung kann das Subjekt die ironische Spannung wieder aufbauen, denn es muss keine Reue zu zeigen, sondern allein den Urteilsspruch zur Kenntnis nehmen.<sup>1120</sup> Bisherige Versuche, eine (rechtliche) Reue in den Strafprozess zu implementieren, waren erfolglos. Zu weiteren Handlungen im Rahmen des Prozesses wird das Subjekt nicht gezwungen. Dieser Aspekt des Verhältnisses von Strafe und Ironie wird mich im Folgenden nicht weiter interessieren.

Interessanter ist es jedoch, die Strafe als die Existenzbedingung ironischer Freiheit zu verstehen. Die Strafe ist darin nicht das Andere der Ironie, sondern die Bedingung ihrer Möglichkeit. Nicht

---

1120 Hirsch geht von der Möglichkeit einer rein rechtlichen Reue aus. Dies wird m. E. aber durch das Verwischen des Unterschieds zwischen Verständnis in die rechtliche Bewertung und (moralische) Einsicht der Richtigkeit der Normen erkauf. Vgl. dazu Hirsch (2021), S. 229, Fn. 105.

umsonst sind die Grenzen der (grund-)rechtlichen Freiheiten häufig durch das Strafrecht markiert. Man kann hier schöne Begriffspaare bilden, z. B. Meinungsfreiheit und Beleidigungsdelikte, Eigentumsfreiheit bzw. Privatautonomie und Vermögensdelikte (Diebstahl, Betrug, Raub), Handlungsfreiheit und Nötigung. Zu jeder Freiheit findet sich ein passender Straftatbestand, das Strafrecht ist die Kehrseite der bürgerlichen Freiheiten. Diese Einsicht in eine gegenseitige Verwiesenheit von Strafrecht und Freiheitsrechten hatten wir schon dem Zitat *Benno Zabels* entnommen, wonach das Strafrecht fortlaufend zur Sittlichkeitsproduktion – und das bedeutet hegelianisch gesprochen zur *Freiheitsproduktion* – berufen ist.

Aber die Mängel des ironischen Freiheitsbegriffs schlagen auch hier voll durch, nämlich der Zugriff auf die Natur. Denn schon eine ganze Generation bevor der Philosoph Ludwig Feuerbach das sinnliche Wesen in seiner Auseinandersetzung mit Hegel „entdeckte“ und zur Befreiung desselben aufrief, hatte sein Vater, Strafrechtler und Rechtsphilosoph, Paul Johann Anselm von Feuerbach, das sinnliche Wesen schon längst für das Strafrecht nutzbar gemacht. Diese „sinnliche Familie“ Feuerbach war von Anfang an mit einem Fluch belegt, den der Vater heraufbeschwor, als er mit der Sinnlichkeit des Menschen dessen schwächsten Punkt ausmachte, um diesen dann planmäßig zu exploitieren. Wenn es so etwas wie eine „Einheit der Rechtsordnung“ geben sollte, dann liegt sie in diesem instrumentellen Naturbegriff, ob als Lust an der Disposition im Sinne eines *Eros der Rechte* oder als Abschreckung des *sinnlichen Wesens* im Strafrecht. Dabei kommt der Feuerbach'sche Zwang gegen die Sinnlichkeit zunächst ganz aufgeklärt daher. Dieser Zwang werde, so Feuerbach Senior, zunächst nur angedroht. Bei einer Drohung kommt es auf die freie Entscheidung des Subjekts an, diese Drohung niemals aus der Latenz zu holen. Wohlwollend könnte man die Idee also so formulieren: Die Drohung mit dem Schmerz der Strafe, überwindet den Schmerz der Strafe. Die ursprüngliche Intention dieses Spiels mit der Latenz der Drohung möchte ich hier nicht bewerten, es hat den Strafschmerz, d. h. die intentionale Übelzufügung, jedenfalls bis heute nicht beseitigt. Vielmehr noch, es ist uns gleichsam eingeschrieben die Strafe als körperliches Übel zu denken.<sup>1121</sup> Für das Strafrecht und seinen Strafschmerz gilt die alte These Mc Luhans,

1121 Abraham (2018), Günther (2004) und Zabel (2025).

denn auch hier gilt *the medium is the message*. Darin liegt der hier relevante Verstoß des Strafrechts, es verstößt gegen den hier eingeführten Begriff Leben, denn der Strafe ist das Opfer inhärent und das Opfer der Strafe ist der Täter. Diesen Gedanken kann man wiederum nur entlang der dem Strafrecht bis heute eigenen Theatralität<sup>1122</sup> erfassen.

Die szientistische Kälte, welche die Analysen des großen Strafrechtlers *Günther Jakobs* zu dem hier verhandelten Thema durchdringt, hat weniger mit einer wissenschaftlichen Objektivität zu tun denn mit der andächtigen Strenge eines Priesters kurz vor der rituellen Opferung. So operationalisiert er den Naturbegriff auf doppelte Art. Zunächst wird in der strafrechtlichen Zurechnung „Handlung von Natur getrennt“,<sup>1123</sup> d. h. der Zufall begrifflich als Natur ausgeschieden. Denn verurteilt wird man nur wegen der „freien“ Handlungen, nicht wegen der „natürlichen“ Zufällen (man denke an Ödipus, wie hätte er es wissen sollen). In einem zweiten Schritt wendet Jakobs die im höchst aufwendigen Prozess strafrechtlicher Zurechnung ausgeschiedene Natur wiederum auf das Subjekt an, indem es, mit Feuerbach gesprochen, „den Regeln der Natur unterworfen“, d. h. auf seinen Leib, seiner Natur (heute in Form der Freiheitsstrafe), strafend zugegriffen wird.<sup>1124</sup> Die Abspaltung der Natur ermöglicht erst deren Erscheinung. So dialektisch ist die Moderne. Wir haben diese Figur einer Aneignung durch Abspaltung schon bei Ernst Jünger festgestellt. Die zwangsläufige Erscheinung der zunächst verdrängten Natur im Strafschmerz ist schicksalhaft, d. h. wir sind in diesem Verhältnis zur Strafe unfrei.

Ist diese Trennung von Natur und Handlung in der strafrechtlichen Zurechnung und die anschließende Unterwerfung unter die Natur in der Strafe aber wirklich nötig bzw. ist sie vernünftig? Vernünftig ist jedenfalls die Kritik an der Strafe, wenn sie sich als Aufklärung über eine mythologische Praxis versteht, die Praxis der strafrechtlichen Übelszufügung, die planmäßige Unterwerfung eines Subjekts unter die Regeln der Natur. Die vermeintlichen Gründe für diese bis heute gängige Praxis sind so verschieden, wie je für sich

---

1122 Ich verwende diesen Begriff ausdrücklich in Abgrenzung zur (dramatischen) Tragödie, vgl. dazu Bayer (2021).

1123 Jakobs (2008a), S. 134.

1124 Jakobs (2008a), S. 134.

unhaltbar.<sup>1125</sup> Man hat nicht wenig zur Verteidigung der Strafe ins Feld geführt: Vergeltung, Abschreckung, Normstabilisierung, Opferunterstützung, Reue, Triebabfuhr, Artikulation eines anthropologischen Strafbedürfnisses, neuerdings sogar (vermeintlich auf der Höhe der Soziologie): Strafe als Ausdruck von Resonanz.<sup>1126</sup> Diese Aufzählung ist nicht abschließend, man wird sich immer neue Gründe für die Übelzufügung im Rahmen der Strafe einfallen lassen. Dabei soll nicht bestritten werden, dass sich mit der wechselnden Begründung der Strafe auch deren Form verändert. Aber sie ändert sich an einem entscheidenden Punkt nicht, nämlich der intentionalen Unterwerfung des Subjekts unter die Regeln der Natur. Welche Schlüsse sind daraus zu ziehen? Wir wollen die Strafe als Überstellung an die Natur nicht deshalb, weil sie vernünftig ist, sondern weil es dem instrumentellen, bürgerlichen Naturbegriff entspricht. Dieser Bezug der Strafe auf die Natur ist mythologisch geschickt abgesichert und deshalb, so die These, gar nicht auf dem Wege einer argumentativen Widerlegung der Straftheorien zu überwinden. Deshalb werde ich im Folgenden die Punkte benennen, an denen die Mythologie dieses schmerzhaften Naturbegriffs ins Strafrecht hineinragt.

Als Einstieg dient mir die Habilitationsschrift Bernhard Haffkes, in der er sich mit einer psychoanalytischen Kritik der Strafe auseinandersetzt, welche die Funktion der Strafe wesentlich über den Neid erklärt:

„Noch mobilisiert das Verbrechen unsere Affekte und Ängste, weil wir dem Delinquenten die Freiheit, die er sich gegenüber den sozialen Erwartungen herausgenommen hat, im Grunde neiden.“<sup>1127</sup>

Diese Kritik sieht die Strafe als klassisches Sühneopfer, in dessen ritueller Opferung das Gemeinwesen sich mit sich selbst versöhnt. Die Exponenten dieser Kritik, z. B. Eduard Naegeli oder Karl Menninger, arbeiten wenig überraschend aus einer christlichen Perspektive an einer Sublimierung des Opfers. Aber selbst wenn man diesen psychoanalytischen Ansatz nicht teilt, wendet er den Blick weg vom Täter, hin zur Gemeinschaft. Ernst Jünger hat diesen Zusammenhang betont, denn für ihn ist am „Morde nicht der individuelle Anteil

1125 Ausführlich gewürdigt hat das Abraham (2018).

1126 Rostalski (2024).

1127 Haffke (1976), S. 163.

des Mörders gefährlich, sondern das Kollektive, das ihm mit allen anderen gemeinsam ist.“ Denn jeder Mord mache den Blick frei auf Gründe, „die alle bedrohen, weil sie in jedem verborgen sind.“<sup>1128</sup> Erst von hier aus kann dann das Subjekt des Normbruchs überhaupt als Opfer der Gemeinschaft erkannt werden. Deutlich wird das in Shakespeares *Kaufmann von Venedig*.

Denn ohne hier den Inhalt des Stücks zu referieren, kommt es im Laufe der Handlung zu einer entscheidenden juristischen Operation. Der Kaufmann hat zwar das Recht auf ein Stück Fleisch seines Schuldners, allerdings nicht, so die Bedingung, auf das darin befindliche Blut. Eine unmögliche Operation. Denn diese Verweigerung des Zugriffs auf (christliches) Blut ist entscheidend. Denn offenbar ist es nicht jedermann verboten, sich ein Stück seines Schuldners bei dessen Nichtleistung aus diesem herauszuschneiden; verboten ist es aber dem Juden Shylock. Es besteht also zwischen Shylock und der christlichen Bevölkerung eine Differenz und diese Differenz sagt mit Blick auf die Frage, wer, wann, wo und wie Blut vergießen darf, etwas über die Strafe selbst aus.

Was hat nun das liberale Strafrecht mit dem Blutvergießen zu tun? Ich würde behaupten: eine Menge. Denn im Begriff Strafschmerz (wie er z. B. bei Jakobs prominent verwendet wird) ist die blutige Variante der Strafe noch aufbewahrt oder wie *Daria Bayer* festhält: „Auch ohne Geständnis und Todesstrafe wollen wir heute noch Blut sehen, zumindest in sublimierter, symbolisch gehegter Form [...]“<sup>1129</sup> Wir haben diese Form des Blutvergießens heutzutage vermittelt, d. h., es sind verschiedene Vermittlungsschritte erfolgt, die Schmerzen werden nicht mehr unmittelbar, sondern auf Umwegen zugefügt. Das ist der zivilisatorische Punkt in der Freiheitsstrafe; Zivilisation heißt einfach nur: Vermittlungssteigerung. Aber man darf über jeden Fortschrittsoptimismus nicht die Strafpraxis vergessen. Die Strafpraxis ist professionelle Leid- und Schmerzzufügung. Nichts anderes meint die Rede von der „Unterwerfung unter die Regeln der Natur“, man blutet, wenn man verletzt wird. Das ist die älteste Regel der Natur. Mehr kann man als leibliches Wesen den Regeln der Natur nicht unterworfen sein. Der Schmerz vergisst die Wunde, die Wunde das vergossene Blut nicht. Akzeptiert man diese These, wonach

---

1128 Jünger (1954), S. 66.

1129 Bayer (2025), S. 10.

im Strafschmerz das Blutvergießen aufbewahrt ist, ist ein weiterer Schritt zum Verständnis der mythologischen Praxis des Strafens erforderlich. Denn das Blut wird nicht einfach nur vergossen. Das wäre aus mythologischer Perspektive auch eine unverzeihliche Verschwendung, sondern es muss sich rituell angeeignet werden.

Einer der hellstichtigsten Denker in diesem Zusammenhang ist Einar Schleef. Denn er verbindet zwei Aspekte miteinander, die das heutige Strafrecht verkörpern, den Chor und die gemeinsame Drogeneinnahme in Form des Blutes. Der Chor ist eindeutig charakterisiert:

„Figuren rotten sich zusammen, stehen dicht bei dich, suchen Schutz beieinander, obwohl sie einander energisch ablehnen, so, als verpöste die Nähe des anderen Menschen einem die Luft. Damit ist die Gruppe in sich gefährdet, sie wird jedem Angriff auf sich nachgeben, akzeptiert voreilig angstvoll ein notwendiges Opfer, stößt es auf, um sich freizukaufen. Obwohl sich der Chor des Verrats bewußt ist, korrigiert er seine Position nicht, bringt vielmehr das Opfer in die Position des eindeutig Schuldigen. Das ist nicht nur ein Aspekt des antiken Chors, sondern ein Vorgang, der sich jeden Tag wiederholt.“<sup>1130</sup>

Der Chor erhält sogar eine formelle Inkorporation in den Strafprozess, denn das „Urteil ergeht im Namen des Volkes“; § 286 Abs. 1 Strafprozessordnung. Aber mit dem Chor ist nur die erste Bedingung dieses mythologisch-rituellen Vollzuges beschrieben. Denn zum Chor gehört für Schleef noch mehr. „Drogeneinnahme und Chor-Bildung gehören zusammen, bedingen einander.“<sup>1131</sup> Denn die Droge, so Schleef, ist notwendig, um eine gesellschaftliche Utopie zu verwirklichen und dieses Abendmahl-Motiv lässt seit 2000 Jahren eigentlich nur eine Substanz als Droge zu, das Blut.<sup>1132</sup>

Aus dieser Perspektive ist die Rede vom Strafschmerz die letzte mythologische Bastion einer Erinnerung an die Möglichkeit rituellen Blutvergießens. Ist das Strafrecht also der letzte Gesamt-Chor der BRD? Das wäre nicht weit von der bereits mehrfach erwähnten Einschätzung des Strafrechts als Kohärenzstrafrecht entfernt. Vielleicht müsste man diese rationale Erzählung von der kohärenzstiftenden Funktion des Strafrechts, um die soeben eingeführte, etwas

1130 Schleef (1997), S. 14.

1131 Schleef (1997), S. 18.

1132 Schleef (1997), S. 7.

düstere, mythologische Erzählung, ergänzen. Die ungeheure Spannkraft, der es bedarf, um mit dem Strafrecht die ihm aufgebürdete Kohärenz herzustellen, muss sich möglicherweise mythologischen Materials bedienen. Dazu gehörte die Geschichte vom blutigen Opfer, das wir noch in der Rede vom Strafschmerz wiederentdecken können und uns deshalb auch des Strafschmerzes nicht entledigen können. Man sollte sich gelegentlich an die Aufschrift auf einem Aktenordner des Kölner Erzbistums erinnern. Denn auf diesem für die Missbrauchstäter ordnungsgemäß angelegten Ordner stand folgende sehr instruktive Aufschrift: *Brüder im Nebel*. Möglicherweise überfordert diese radikale Haltung, den bzw. die andere(n) als Bruder bzw. Schwester zu sehen, eine ausdifferenzierte, hochmoderne Gesellschaft. Die Bruder- oder Schwesternschaft ruft zwar auch noch leise die Erinnerung an ein Naturverhältnis (das Geschwisterverhältnis) wach. Aber diese Brüder sind Brüder im Geiste und dazu: im Nebel. Die Überlegungen Brandoms zum *Vertrauen* dürften hier an der richtigen Stelle verortet sein.<sup>1133</sup>

b. *Eigentum, Opfer, Pöbel*

Kehren wir zurück zur Frage nach der *Lust der Rechte*. Ich erläutere die relevanten Probleme anhand des subjektiven Rechts schlechthin, dem Eigentum. Denn im Eigentum kreuzt noch ein drittes Naturmoment die Konstellation. Nicht nur die Lust des Subjekts und die äußerliche Begrenzung derselben im Strafschmerz (Stichwort: Diebstahl) spielen hier eine Rolle, sondern auch die Bearbeitung der äußeren, ersten Natur. Da in jüngerer Zeit wieder vermehrt die Frage des Eigentums diskutiert wird,<sup>1134</sup> greife ich diese Diskussion zum Abschluss dieser Arbeit auf und verbinde diese einerseits mit Anregungen Ernst Jüngers und andererseits mit einer entschiedenen Einsicht, die in der Rechtstheorie der DDR gewonnen wurde. Beginnen werde ich mit der eingangs zitierten Aussage Kalthöners. Denn seine Verteidigung des liberalen Rechts stützt er ausdrücklich auf den Gedanken, Rechtsinstitute wie das Eigentum, würden Handlungen ermöglichen. So schreibt er, dass

---

1133 Eine Rezeption Brandoms für die Straftheorie steht noch aus, hätte sich aber gut eingefügt in das Konzept einer Refiduzierung bei Abraham (2018), S. 267–269.

1134 Angebauer/Blumenfeld/Wesche (2025).

„das Recht Handlungen ermöglicht, zeigt sich insbesondere an [...] den verschiedenen Rechtsinstituten, wie dem Eigentum, das auf dem Boden relativ klarer Zuordnungsregeln errichtet ist.“<sup>1135</sup>

Das Eigentum steht also auf dem Boden klarer Regeln. Rhetorisch beleiht Kalthöner hier geschickt den *grundsoliden* Klang, der im Wort „Boden“ mitschwingt. Aber damit nicht genug. Auf diesem soliden Grund werden nun *relativ klare Zuordnungsregeln* errichtet. Ist also alles solide, klar und deutlich im Reich des Eigentums? Oder käme es nicht auf die präzisere Frage an, *welches* Eigentum, d. h. welche Eigentumsform, uns die von Kalthöner beschriebenen Handlungen ermöglicht?

Aber um dem erwartbaren Einwand der Verflüssigungsromantik direkt entgegenzutreten, sei gesagt: Dem Wunsch nach einer eindeutigen Zuordnung körperlicher Gegenstände, ist gar nicht zu widersprechen. Doch alleine eine solche Zuordnung ermöglicht dem Subjekt noch keine Handlung. Dass eine verlässliche Strukturierung der Dinge im Raum mir als Subjekt eine Orientierung erlaubt, Möglichkeiten zur Entäußerung in und Aneignung von Welt bietet sowie in gewissen Grenzen Verantwortlichkeiten regelt, ist nicht zu beanstanden. Damit ist aber noch nicht sonderlich viel darüber gesagt, welche Lebensform diese „relativ klaren Zuordnungsregeln“ des Eigentums uns ermöglichen. Betrachten wir daher zur Erhellung des Problems die einschlägige Norm, § 903 S. 1 BGB:

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Zunächst lässt der Regelungsort erkennen, dass es sich um (1) Privateigentum handelt. Wir haben (2) den Eigentümer, d. h. das Subjekt des Eigentums und (3) eine Sache, Gegenstand des Eigentums. Wir haben (4) das Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere auszuschließen. Dem kann höchstens (5) das Gesetz oder (6) Rechte Dritter entgegenstehen. An welchem Punkt muss also die hier entwickelte Kritik der Legalität ansetzen, um die ironische Struktur liberaler Rechte aufzubrechen? Ich beginne bei der Kategorie des Privateigentums.

---

1135 Kalthöner (2021), S. 146.

Es gibt im deutschen Recht *ausschließlich* Privateigentum. Da es neben dem Privateigentum kein anderes Eigentum gibt, ist § 903 BGB mit *Eigentum* überschrieben, kurz: Das Eigentum nach deutschem Recht ist das Privateigentum. Wer Privateigentum sagt, legt dadurch nahe, es gäbe noch eine andere Art des Eigentums. Diese andere Art des Eigentums gibt es aber im positiven Recht nicht. Das kann man als „monistischen Eigentumsbegriff“ des deutschen Rechts bezeichnen. Von dieser Frage des Privateigentums strikt zu trennen, ist die später noch zu behandelnde Frage, *wer* Eigentümer einer Sache sein kann. Diese Frage betrifft die Subjektposition des Eigentümers. Der Staat kann z. B. Eigentümer sein, ohne darin die Form des Privateigentums zu überschreiten. Bloß weil kein Individuum (juristisch: eine natürliche Person) Eigentümer ist, ändert sich nicht die Form des Privateigentums.

Allerdings ist es nicht ganz richtig, dass es im deutschen Recht keine andere Form als die des Privateigentums gäbe bzw. gegeben hat und zwar aus zwei Gründen. Ersten wegen § 4a des Hamburgischen Wassergesetzes und zweitens wegen den §§ 17 ff. des Zivilgesetzbuches der DDR. Beide Gesetze sehen einen anderen Eigentumsbegriff vor, der dem in § 903 BGB unterschieden ist. Zunächst zu § 4a HaWG. Diese Norm des Hamburgischen Landesrechts stellt in § 4 a Abs. 1 S. 1 HaWG fest, dass bestimmte Hochwasserschutzanlagen in *öffentlichem Eigentum* stehen. Die Existenz dieser Rechtsform eines „öffentlichen Eigentums“ wird von der Norm vorausgesetzt, der folgende zweite Absatz stellt noch einmal fest, was diese Rechtsform ausmacht:

„Das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft. Die in öffentlichem Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, werden nicht angewendet.“<sup>1136</sup>

Die Norm hat ausweislich ihres Normtextes überwiegend negierenden Charakter, da sie sich gegen die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts stellt. Der zweite Satz hält insbesondere fest, dass die Gegenstände des öffentlichen Eigentums *extra commercium* sind. Eine Erklärung darüber, was das öffentliche Eigentum jenseits

---

1136 § 4a Abs. 2 HaWG.

einer hoheitlichen Sachherrschaft genau sein soll, bleibt die Norm jedoch schuldig. Insofern ist *Hans-Jürgen Papier* zuzustimmen, der erklärt, es handele sich bei der Einführung dieses „öffentlichen Eigentums“ Mitte der 1960er Jahre um einen „Etikettenschwindel“, sei doch nicht klar, wodurch der Begriff des öffentlichen Eigentums, jenseits der Abgrenzung zum bürgerlichen Recht, rechtlich strukturiert sei.<sup>1137</sup> Es wäre sicherlich lohnenswert, diese Rechtsform des öffentlichen Eigentums mit einigen rechtlichen Bestimmungen zu versehen und dadurch überhaupt erst zum Leben zu erwecken. *Ernst Forsthoff*, ebenfalls kein Freund der Rechtsform des öffentlichen Eigentums, verwies im Zuge dieser Diskussion auf einen Artikel des Schweizer Zivilgesetzbuches (Art. 664 S. 2), wonach an öffentlichen Gewässern und kulturunfähigem Land kein „Privateigentum“ bestehen kann.<sup>1138</sup> Dass diese Abkehr vom Privateigentum nicht unbedingt förderlich sein muss, zeigt der nächste Satz der Norm, wonach das kantonale Recht über die „Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebrauch der öffentlichen Sachen“ entscheidet. Es scheint dasselbe Problem wie beim Hamburger Wassergesetz zu bestehen: Ohne eine Festlegung darüber, was öffentliches Eigentum ausmacht, setzt sich die Logik des Privateigentums in der Ausübung des „öffentlichen Eigentums“ durch. Es gibt, so ist festzuhalten, bislang kein Konzept des öffentlichen Eigentums im bundesdeutschen Recht (zum Eigentum an öffentlichen Sachen sogleich), da es kein nennenswertes öffentliches Eigentum in der deutschen Rechtsordnung *gibt*.

Neben dem Schweizer Zivilgesetzbuch und § 4a des HaWG kannte auch das Zivilgesetzbuch der DDR einen dualistischen Eigentumsbegriff. Die §§ 17 ff. regelten dort das „sozialistische Eigentum“, welches in § 18 Abs. 1 ZGB als das „Volkseigentum, das Eigentum sozialistischer Genossenschaften und das Eigentum gesellschaftlicher Organisationen der Bürger“ beschrieben wird. Sinn und Zweck des sozialistischen Eigentums war es gem. § 17 ZGB, die ökonomische Grundlage für die materielle und kulturelle Entwicklung von Gesellschaft und Bürgern bereitzustellen. Die §§ 19 – 21 ZGB stellen dann eine Trias aus Befugnis, Schutz und Benutzung dieser neuen Eigentumsform auf. Wenn der Zweck in der Beförderung der „schöpferi-

1137 Papier (1984), S. 8.

1138 Forsthoff (1966), S. 350.

schen Kräfte“ (§ 17 Abs. 2 ZGB) liegt, dann kann die Befugnis zum Umgang nur an diesem Zweck orientiert sein. Ähnlich wie in § 4a HaWG und Art. 664 des Schweizer ZGB ist auch nach § 20 Abs. 3 ZGB die Schutzfunktion als Veräußerungsverbot ausgestaltet, während § 21 ZGB einen Nutzungsanspruch der Bürger konstituiert. Erst diesem sozialistischen Eigentum ist dann das persönliche (nicht das private) Eigentum nachgeordnet: „Das sozialistische Eigentum, seine Mehrung und sein Schutz sind Grundlage für die Entwicklung des persönlichen Eigentums.“ (§ 22 Abs. 1 S. 1 ZGB). Dieses persönliche Eigentum war dann wiederum auf bestimmte Gegenstände begrenzt, z. B. Arbeitseinkünfte, Gegenstände des persönlichen Bedarfs oder das Wohneigentum. Die Absicht ist bekannt, es galt, das Eigentum an Produktionsmitteln gerade nicht mehr als Privateigentum auszugestalten.

Bietet sich eine solche Differenz im Eigentumsbegriff, entweder in öffentliches und Privateigentum bzw. sozialistisches und persönliches Eigentum auch heute noch an? Diese Frage werde ich am Ende noch einmal aufgreifen. Denn ohne einen Blick auf das Subjekt und sein Urteilen zu werfen, kann die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines dualistischen Eigentumsbegriffs nicht beantwortet werden. Klar ist aber, dass die Spaltung des Eigentumsbegriffs nur dann überhaupt im Sinne der hier vorgebrachten Kritik erfolgreich sein kann, wenn sich in ihr ein anderer Freiheitsbegriff zeigt. Dieser ist aber, auch das habe ich bereits mehrfach betont, von einem zugrunde liegenden Naturbegriff nicht zu trennen. Wenn am Ende doch wieder nur ein instrumenteller Zugriff auf Natur abgesichert wird, auf fremde Sterne also nun wieder unter Anleitung des Staates, statt unter dem Kommando Elon Musks eingestürzt wird, dürfte wenig mit einer weiteren Eigentumsform gewonnen sein. Solange man also annimmt, dass „Maschinen [...] neutral den Klassen gegenüber sind, wie die Sprache, und ebenso einem kapitalistischen System wie einem sozialistischen dienen können“,<sup>1139</sup> sollte man sich nicht allzu viel von der Einführung einer weiteren Eigentumsform erwarten.

Verbleiben wir bei § 903 BGB, so wird deutlich, dass grundsätzlich jede Person Eigentum erlangen kann, auf die faktische Erlangung desselben kommt es nicht an. Aber neben einzelnen Personen kommt eine Vielzahl anderer Subjektkonstellationen im Rahmen des

---

1139 Stalin (1968), S. 26.

Privateigentums in Frage: Miteigentum, Gesamthandseigentum bei Gesellschaften, in der Ehe, die Miterbengemeinschaft oder die neue Form eines Verantwortungseigentums.<sup>1140</sup> Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften können Eigentümer im Sinne des Gesetzes sein. Sie sind z. B. Eigentümer von Sachen im Gemeingebrauch (Straßen, Plätze etc.),<sup>1141</sup> aber als Eigentümer im Sinne von § 903 BGB. Darin liegt der Unterschied zum „öffentlichen Eigentum“, welches nicht an diese Norm gebunden ist. All diesen Subjekten ist jedenfalls eigen, dass sie einen Willen bilden können und in der Lage sind, ihr Eigentumsrecht zu artikulieren, d. h. auszuüben.

Gegenstand des Eigentums ist jede *Sache*. Darin zeigt sich die Differenz zum Zivilrecht der DDR. Denn § 903 BGB erlaubt ohne Weiteres das Eigentum auch an Produktionsmitteln, welches in der DDR nach § 18 Abs. 2 i. V. m. § 23 ZGB ausgeschlossen war. Aber diese Fragen sind vorliegend nur mittelbar von Bedeutung, die Kritik der Legalität setzt nicht bei der Einschränkung des Privateigentums zugunsten einer kollektiven Eigentumsform an, sondern bei einer Begrenzung des Eigentums durch die Rechte Dritter und das dem Eigentümer eingeräumte „Belieben“ im Umgang mit der Sache, noch einmal der entsprechende § 903 S. 1 BGB:

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Diese beiden Punkte die Rechte Dritter und das willkürliche Verfügen über die Sache, sind zusammenzulesen. Dogmatisch sind die im Gesetz genannten Rechte Dritter eng begrenzt und betreffen beschränkte dingliche Rechte an der Sache, z. B. Nießbrauch an einem Grundstück oder Pfandrechte an einer Sache. Verlassen wir aber den engen dogmatischen Zugriff auf diese in § 903 S.1 BGB erwähnten Rechte Dritter, dann bieten sich uns andere Perspektiven, z. B. die Lektüre des Hegel'schen Notrechts bei Thomas Khurana und die Deutung des Hegel'schen Pöbels durch Frank Ruda. Beide Ergebnisse dieser Lektüren gehören zusammen, denn dort zeigt sich für Khurana 1. ein *Recht des Lebens* gegen das *formale Recht des Eigentümers* und für Ruda 2. ein *unendliches Urteil des Pöbels*, wel-

1140 Reiff (2024).

1141 MüKoBGB/Brückner, 9. Aufl. 2023, BGB § 903 Rn. 16–19.

cher sich in dieser Urteilsform den üblichen Kategorien des liberalen Rechts entzieht.

Khurana sieht in dem Hegel'schen Begriff der Rechte eine Spannung angelegt und zwar im Hegel'schen Absatz zum Notrecht, § 127 der *Grundlinien*. Dieses Notrecht soll der Lebensgefahr des Einen ein Recht des Lebens gegen das Recht des Eigentümers einer Sache geben, stünde doch einerseits im Falle des Todes die „totale Rechtslosigkeit“<sup>1142</sup> (wie soll man den Tod besser beschreiben?) gegen die Verletzung eines einzelnen Rechts des Eigentümers. Gegen ein „Recht auf Rechte“ möchte Khurana hier also ein Recht gegen Rechte, ein Recht des Lebens gegen das formelle Recht des Eigentümers setzen. Das bürgerliche Recht kennt diese Konstellation des Notrechts bis heute, geregelt direkt nach dem Eigentum in § 904 S. 1 BGB:

„Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.“

Und Khurana erkennt auch die Schwäche dieses Notrechts, denn einerseits ist es nur ein Notfall-Recht und andererseits ist es selbst wiederum ein individuelles, subjektives Recht, welches sich nur auf eine konkrete Situation und auf eine konkrete Person beziehen kann. Das liberale Recht individualisiert den Konflikt strukturell:

“In this sense, this ‘right against rights’ does not concern a more general entitlement to sustainable conditions of living, independent of immediate threats to survival, and it does not concern our collective and shared right to such conditions.”<sup>1143</sup>

Diese Konstellation erinnert an die Analyse Frank Rudas zu *Hegels Pöbel*. Denn auch dort produzieren die Eigentumsverhältnisse einen menschlichen Rest, der nach Rudas Lesart ein Recht auf Subsistenz einklagt, ohne dies in der klassischen Rechtsform des individuellen Anspruchs artikulieren zu wollen. Der Pöbel formuliert gerade keinen Anspruch auf Mundraub (in Köln: Fringsen) oder Sozialhilfe, sondern er verweigert sich den Urteilsformen des Rechts. Es han-

---

1142 Hegel (1986b), § 127.

1143 Khurana (2022b), S. 162.

delt sich weder um ein positives Urteil im Sinne eines Anspruchs („Dies steht mir zu“) noch um das einfach-negative Urteil, mit dem ein Rechtsanspruch bestritten wird. Es handelt sich auch nicht um die unendlichen Urteile von Verbrechen und Betrug, d. h. weder um ein „negativ-unendliches Urteil [...] – er ist kein Verbrecher – noch ein positiv-unendliches Urteil, sondern vielmehr eine Art *unendlich-unendliches Urteil* [...].“<sup>1144</sup> Der Pöbel stelle sich mit diesem unendlich-unendlichen Urteil ins Un-Recht, denn das „Recht ohne Recht des Pöbels ist ein Un-Recht in der Weise, dass es noch die Unterscheidung von Recht und Unrecht unterminiert [...].“<sup>1145</sup> Gleichzeitig handele es sich um ein Recht, „das die bestimmungslose Vorhandenheit als einzigen Ausgangspunkt nimmt [...].“<sup>1146</sup> Darin ist nichts anderes zu sehen, als ein Aufbegehren des Lebens gegen das formale Recht des Eigentums.

Das Recht des Lebens im Sinne Khuranas und das unendlich-unendliche Urteil des Pöbels im Sinne Rudas, sind der Einspruch des Lebens gegen das Recht in nicht mehr rein rechtlicher Form. Deshalb kann das Recht sie auch nicht verstehen, sie können an die Kommunikation des Rechtssystems nicht anschließen, für das Recht sind sie *sinnlos*. Das Recht kann zwar die Performanz dieses Einspruches vernehmen, allerdings nur als Verbrechen, d. h. als vermeintlich negativ-unendliches Urteil über das Recht. Aber dieser Einspruch möchte kein Einspruch gegen die Sphäre des Rechts als solche sein, sondern gegen *diese* rechtliche Ordnung. Indem der Liberalismus diesen Punkt übersieht, immunisiert er sich gegen jede wahrhafte Kritik mit den Mittel des Strafrechts. Kritik an den Rechten wird so zur Kritik an den Rechten *an sich* imaginiert. Nirgends ist der Liberalismus ideologischer als an dieser Stelle. Es mag ein Recht auf Rechte geben, der Liberalismus kennt aber nur *sein Recht* auf subjektive Rechte.

Worauf kann aber ein nicht mehr nur formales Recht des Eigentums gegründet werden, welches die Einsprüche Khuranas und Rudas vernehmen kann? Ernst Jünger hatte für ein neues Naturverhältnis unter dem Begriff des Elementaren geworben, denn in dieses Elementare sei der Arbeiter existenziell einbezogen. Jedenfalls

---

1144 Ruda (2011), S. 199.

1145 Ruda (2011), S. 200.

1146 Ruda (2011), S. 200.

kann eine Einbettung des Menschen in die Natur nicht gelehrt werden, wir sind auch Teil der Natur und an sie gebunden. Aber Jünger versteht dasjenige, worin wir einbezogen sind, falsch. Für ihn sind wir allein einem Prozess der Verschmelzung aus Technik und natürlichen Mächten unterworfen und zwar unter dem Primat der Notwendigkeit, des Schicksals und damit des Opfers. Dieser Naturbegriff ist für einen ehemaligen Stoßtruppführer biographisch erklärbar, gedanklich ist er, gelinde gesagt, nicht zwingend. Aber richtig bleibt die Betonung einer elementaren Einbezogenheit, die gegen ein liberales, d. h. ironisches Verhältnis zur Natur in Stellung gebracht wird. Jünger bestimmt lediglich den Ansatzpunkt der Kritik falsch, indem er den Vertrag der elementaren Einbeziehung entgegenstellt. Denn noch dem bürgerlichen Vertrag lag das Opfer zugrunde. Aber gäbe es nicht auch einen Vertrag ohne Opfer? Eine Rettung des Vertrages, wie Gregor Albers sie vorzunehmen versucht?

Dazu muss man festhalten, was der Vertrag überhaupt bewirkt. Im klassisch-liberalen Verständnis *begründet* der Vertrag ein Rechtsverhältnis, welches zuvor nicht bestand. In den Worten der Zivilrechtswissenschaft: „Regelmäßig können Schuldverhältnisse ohne Weiteres [!] durch Vertrag begründet werden, § 311 I (sog. Vertragsfreiheit).“<sup>1147</sup> Hier ist die Kritik *Gregor Albers* zu verschärfen. Albers schlug vor, die Bindungskraft rechtlichen Wollens abzuschwächen, d. h. den Willen u. a. mit Blick auf die Möglichkeit einer Selbstverpflichtung zeitlich zu begrenzen.<sup>1148</sup> Das begrenzt die „sog. Vertragsfreiheit“ in quantitativer Hinsicht. Genügt das? Indem für die Zivilrechtsdogmatik ein Rechtsverhältnis „ohne Weiteres“ (!) durch Vertrag begründet werden kann, so zeigt sich in diesem lapidaren Attribut das ganze Problem der Ironie. In dem „ohne Weiteres“ liegt die ganze abstrakte Urteilspraxis schlechter Unendlichkeit. Verschärft wird die Kritik Albers' daher, wenn man die Verpflichtungskraft des Willens auch in qualitativer Hinsicht einschränkt. Das gelingt, indem man im Vertrag nicht die *Begründung* eines Verhältnisses sieht, sondern lediglich dessen *Ausgestaltung*. So sahen es Teile der sozialistischen Kritik am Vertragsrecht. Nach *Oberländer* kann der

---

1147 Medicus/Petersen (2024), S. 41.

1148 Mit Konsequenzen einer zeitlichen Begrenzung für das Erbrecht vgl. Gosepath (2025).

Vertrag das ihm vorgängige Verhältnis nur gestalten,<sup>1149</sup> nach *Posch* kann er dieses lediglich konkretisieren.<sup>1150</sup> Dieses auszugestaltende Verhältnis, auf welches sich die Ausübung von Rechten überhaupt nur beziehen kann, ist unser gemeinsames (d. h. politisches) Verhältnis zur Natur und unser arbeitsteiliger Bezug auf diese. Genau davon muss man aber abstrahieren (wollen), wenn man „ohne Weiteres“ zwischen zwei Subjekten ein Vertragsverhältnis entstehen lassen möchte.

Zwar war die rechtstheoretische Diskussion in der DDR jedenfalls in den Fällen latent kollektivistisch überdeterminiert, in denen die Rechte allein als Ausdruck ökonomischer Verhältnisse angesehen wurden.<sup>1151</sup> Die daraus gezogene Forderung „[d]er Gegensatz zwischen Individuum und Gesellschaft wird aufgehoben“<sup>1152</sup> soll allerdings nicht übernommen werden. Die These Poschs und Oberländers von der qualitativ begrenzten Wirkungskraft des Vertrages ist davon jedoch nicht betroffen, sondern bleibt ein gewichtiger Einwand, der sogar noch auszuweiten ist. Er gilt nicht nur für den Vertrag, sondern für jedes subjektive Recht, nicht zuletzt für das Eigentumsrecht in § 903 BGB. Denn die Rechte Dritter sind diejenigen Umstände, von denen man nach der liberalen Rechtswissenschaft mit dem Vertrag so kühn und „ohne Weiteres“ zu abstrahieren vermag. Versteht man diesen „Dritten“ im Vertrag weiter als es die Dogmatik tut, d. h. im Sinne Khuranas und Rudas, dann steht jedes rechtliche Urteil eines Subjekts unter dem Vorbehalt, dass es nicht von dem abstrahiert, was es ermöglicht. Tut es dies dennoch, handelt es sich bei diesem Urteil um eine unsinnige Aussage, ein negativ (oder positiv) unendliches Urteil, bei dem Subjekt und Prädikat unwiderruflich auseinanderfallen, nämlich in das Recht und das Recht auf Leben.

### c. Eros der Rechte

Daraus erwächst ein Anspruch der Kritik. Die Rechte können ein gesellschaftliches Verhältnis gestalten, aber nicht begründen. Genau

1149 Oberländer (1961), S. 14.

1150 Posch (1959), S. 838.

1151 Zum Wiederaufleben des subjektiven Rechts mit Einführung des ZGB vgl. Zabel (2018), S. 158.

1152 Posch (1959), S. 841.

darin liegt die Ironisierung der (ironischen) Rechte. Denn die Verstellung der Verstellung bewirkt nicht die Aufhebung der Rechte, sondern deren Korrektur. Das zwingt die Rechte zu einer Selbstreflexion, die nicht schon in ihrer Materialisierung liegt, sondern im Blick auf das Verhältnis, welches den Rechten zugrunde liegt, zu suchen ist. In der Diskussion des Eigentums ist das allein über eine Verdoppelung des Eigentumsbegriffs in Privat- und Gemeineigentum wohl nicht zu leisten. Denn es ist juristisch recht einfach, einen Gegenstand dem ironischen Urteil des Privatrechts zu entziehen. Allein diese Verschiebung löst das Problem nicht, wenn nicht gleichzeitig die Urteilspraxis des handelnden Subjekts verändert wird, sei es eine natürliche oder eine juristische Person, z. B. der Staat.

Die Urteilspraxis des Subjekts hängt mit etwas zusammen, was ich als den eigentlichen Grund der Rechte bezeichnet habe, es ist die Lust des ironisch disponierenden Subjekts. Loick kam dem Problem auf anderem Wege sehr nahe, als er dem Recht statt dem kantischen Rechtszwang, die Freude entgegenhalten wollte. Nicht mehr der Zwang sollte herrschen, sondern die Freude an der Gesetzesbefolgung; ich habe diesen Punkt ausführlich diskutiert.<sup>1153</sup> Darin berührt Loick ohne die hier entwickelten Zusammenhänge vorauszusetzen zwei entscheidende Fragen: Was ist der Zentralbegriff des liberalen Rechts und was setze ich diesem Konzept entgegen? Loick sah den Zentralbegriff des Rechts im „Zwang“ und wollte diesen Zwang mit dem Konzept Freude überwinden. Aber dem rechtlichen Zwang die Freude an der Gesetzesbefolgung entgegenzuhalten, geht fehl. Denn der Kern des liberalen Rechts ist nicht der Rechtszwang, sondern die ironische Lust. Diese Kategorie der Lust kann gegen den Liberalismus selbst gewendet werden, indem man statt der Lust das griechische Wort *eros* verwendet. Denn der griechische Begriff verweist, anders als der deutsche Begriff, eindeutig auf eine Form der Liebe. Im Ergebnis hat *Marietta Auer* durchaus Recht, indem sie sagt, „Privatrecht ist *doch* wie Liebe.“<sup>1154</sup> Setzt man also beim Begriff des *eros* an, liegt die kritische Operation in einer Transformation des Liebesbegriffes, der dem Recht zugrunde liegt.

---

1153 Vgl. in dieser Studie, § 2 II. Nr. 3, „Freude statt Zwang“.

1154 Auer (2017), S. 117 [Hervorhebung im Original]. Ich danke Jakob Knapp für seinen Hinweis auf diese Textstelle.

Genau eine solche Verschiebung macht Žižek zu Recht in Wagners *Ring* aus, wenn er dort die Verwandlung des *eros* zur *agape* abgebildet sieht. Denn im *Ring* kann die erotische Liebe das Gesetz nicht überwinden,<sup>1155</sup> genau wie die Lust des bürgerlichen Rechts nicht bei sich bleiben kann, seriell ist und schließlich melancholisch wird. Die Transformation der Lust zur *agape* scheint hier im Recht wie im *Ring* nötig zu sein, denn „*Agape* ist das, was bleibt, nachdem wir die Konsequenz des Scheiterns des *Eros* angenommen haben.“<sup>1156</sup> In der Frage der Rechte haben wir dieses Scheitern ironischer Lust als *Eros der Rechte* ausführlich nachvollzogen. Der *Eros der Rechte* muss abgelöst werden und er wird abgelöst werden durch eine *agape*. Denn zwischen *eros* und *agape* besteht ein relevanter Unterschied: Der *eros* bezieht sich auf die Spezies, die *agape* bezieht sich auf die Gattung, die, wie Žižek es beschreibt, „sich selbst als ihre Art umfasst“<sup>1157</sup>

Dass die liberalen Rechte als *eros* aber nur auf den Menschen als Spezies rekurrieren, hält *Khurana* überzeugend im Zusammenhang mit den Menschenrechten als Paradigma subjektiver Rechte fest:

„Menschenrechte sprechen von angeborenen Rechten, so als gründeten diese Rechte in unserer biologischen Spezieszugehörigkeit; die subjektiven Rechte adressieren den Einzelnen, so als ginge es in ihnen um ein im Grunde asoziales Wesen [...].“<sup>1158</sup>

Die neuen Rechte, denen nicht mehr der *eros* und damit die Spezies zugrunde liegt, d. h. nicht zuvorderst auf das „Tier“ in der Rede vom Menschen als sozialem Tier abgestellt wird, müssen sich auf die Gattung beziehen, soweit ein Gattungswesen „den allgemeinen Charakter aller Spezies erkennt und im Ausgang von und im irreduziblen Rückbezug auf seine besondere Spezies eine Lebensform anderer Art konstituiert: die Lebensform eines Gattungswesens.“<sup>1159</sup> *Khurana* möchte den Gattungsbegriff zu Recht als Reflexionsfigur auf die soziale Praxis verstanden wissen.<sup>1160</sup> Greift man diesen Gedanken auf und liest ihn mit der Transformation der ironischen Lust zur

1155 Žižek (2010), S. 166.

1156 Žižek (2010), S. 166.

1157 Žižek (2010), S. 166.

1158 *Khurana* (2022a), S. 396f.

1159 *Khurana* (2022a), S. 385.

1160 *Khurana* (2022a), S. 398.

### § 3. Ironie der Legalität

*agape* zusammen, dann ist diese Anwendung des Gattungsbegriffs in der Urteilspraxis der Rechte zu verorten. Das heißt, die neue Lust am Grunde einer Urteilspraxis der Rechte ist die politische Liebe zur Gattung. Dieses neue Urteilen, damit holen wir die Ausgangsthese ein, erkennt, dass die Rechte ein Verhältnis nicht begründen, sondern nur gestalten können, weil sie sich der Perspektive der Spezies zugunsten der Gattung verweigern. Subjektive Rechte werden zu *Gattungsrechten*.

# Thesen zur Ironie der Legalität

1. Kirkegaard bringt die Ironie auf den Begriff. Es handelt sich um das lustvolle Disponieren über die Identität von Wesen (dem gemeinten Sinn einer Äußerung) und Erscheinung (dem gesprochenen Wort).
2. In diesem lustvollen Disponieren fühlt sich das ironische Subjekt *frei*, aber die Freiheit der Ironie ist eine einsame Freiheit, schlechte Unendlichkeit, sie kann nur alleine genossen werden. Das ironische Subjekt ist ein einsames Subjekt, es wird *melancholisch*.
3. Gleichzeitig beschreibt dieses lustvolle Spiel mit Wesen und Erscheinung einen Modus des Urteilens. Das ironische Subjekt ist ein urteilendes Subjekt, indem es über die Identität von Wesen und Erscheinung *urteilt*.
4. In ihrem Bezug auf die Lust, welche das ironische Subjekt im Vollzug seiner Urteile empfindet, setzt die Ironie einen Naturbegriff voraus. Denn in ihrem Zugriff auf die Lust des Subjekts, greift die Ironie auf die Natur des Subjekts zu. Dieser Zugriff ist instrumentell.
5. Ein ähnliches Spiel mit Wesen und Erscheinung liegt auch den Rechten des liberalen Rechts zugrunde, wir nennen diesen Modus des Urteilens im Recht schlicht: „Legalität“.
6. Die Ironie ist der kritische Begriff für die Legalität. Die Ironie soll den Naturbegriff am Grunde des modernen, liberalen Rechts sichtbar machen. Denn anders als Kant, Hegel und ihre Nachfolger denken, liegt diesem Recht nur eine Freiheit zugrunde, die sich als ironische Lust zeigen kann.
7. Diese Freiheit ist aber nur die halbe Freiheit des Menschen. Denn die Lust des ironischen Rechtssubjekts ist seriell oder mit anderen Worten: Das liberale Recht erlaubt keine Handlung, sondern ein bloßes „Wimmeln der Willkür“ (Hegel).
8. Alle bisherigen Versuche seit Hegel, die Freiheit von der Ironie zu entsetzen, sind gescheitert. Die Entsetzungsversuche lassen

entweder die Ironie bestehen und suchen, sie in einem Sittlichkeitskonzept einzuhegen. So gelingt es ihnen nicht, den Naturbegriff des Rechts zu kritisieren, sie bleiben reformistisch. Oder sie sind radikal antiironisch und damit in der Moderne in letzter Konsequenz faschistisch.

9. Zudem steht der *Lust der Rechte*, die *Unlust der Strafe* gegenüber. Diese greift ebenfalls auf die Natur des Subjekts zu, der Strafschmerz überstellt das Subjekt „den Regeln der Natur“. In diesem instrumentellen Naturbegriff von Zivil- und Strafrecht liegt die Einheit der Rechtsordnung.
10. Die Leiblichkeit setzt bei diesem Naturbegriff an, indem sie versucht, das Subjekt von seiner souveränen Undankbarkeit gegenüber der Natur zu befreien. Die Befreiung des Subjekts beginnt mit Nietzsches These von der Vernunft des Leibes: „Dein Selbst lacht über dein Ich und seine stolzen Sprünge.“<sup>1161</sup>
11. Dieses Lachen kann rechtsphilosophisch reformuliert werden. Denn die ironische Lust der Rechte steht für das liberale Naturrecht, das Recht der Spezies. Diesem liberalen Naturrecht ist ein anderes Naturrecht entgegenzustellen. Es ist das Recht der Gattung als Reflexionsbegriff auf die Grausamkeiten der zweiten Natur.
12. Dieses neue Recht weiß, dass der rechtliche Wille ein Verhältnis niemals begründen, sondern immer nur das gestalten kann, was schon da ist. Der Vertrag kann nichts begründen, er kann lediglich Vorhandenes gestalten.
13. Darin kassiert das neue Recht die Lust als Grund der Rechte. Indem es an der Lust der Rechte ansetzt, setzt es am Naturbegriff selbst an. Anstatt das Recht radikal von der Natur zu trennen, vollzieht es den Verweis des liberalen Rechts auf die Natur.
14. Aus dem *Eros der Rechte* wird so die *agape*, denn „*Agape* ist das, was bleibt, nachdem wir die Konsequenz des Scheiterns des *Eros* angenommen haben.“<sup>1162</sup> Das neue Rechtsurteil kann nur ein Urteil der politischen Liebe zur Gattung sein, subjektive Rechte werden zu *Gattungsrechten*.

---

1161 Nietzsche (1988a), S. 40.

1162 Žižek (2010), S. 166.

# Literaturverzeichnis

- Abensour, Miguel (2012), *Demokratie gegen den Staat*, 1. Aufl. Berlin: Suhrkamp.
- Abraham, Markus (2018), *Sanktion, Norm, Vertrauen*, 1. Aufl. Berlin: Duncker & Humblot.
- Adorno, Theodor W. (1951), *Minima Moralia*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. (1966), *Negative Dialektik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. (1970), *Minima Moralia*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. (1973), *Ästhetische Theorie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Adorno, Theodor W. (1998), *Anmerkungen zum philosophischen Denken, Gesammelte Schriften 10 – 2. Kulturkritik und Gesellschaft II*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 599–607.
- Adorno, Theodor W. (2001), *Zur Lehre von der Geschichte und von der Freiheit, Nachgelassene Schriften, Bd. 13*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. (2007), *Vorlesung über Negative Dialektik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. (2015), *Probleme der Moralphilosophie*. Berlin: Suhrkamp.
- Agamben, Giorgio (2006), *Die Zeit, die bleibt*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Akbarian, Samira (2023), *Ziviler Ungehorsam als Verfassungsinterpretation*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Albers, Gregor (2025), *Selbstverkauf in die Sklaverei als Problem des Vertragsdenkens*, in: *JZ* (9), S. 395–403.
- Angebauer, Niklas; Blumenfeld, Jaob; Wesche, Tilo (Hg.) (2025), *Umkämpftes Eigentum. Eine gesellschaftstheoretische Debatte*. Berlin: Suhrkamp.
- Angehrn, Emil (2006), *Das Leiden und die Philosophie*, in: Lore Hühn (Hg.), *Die Ethik Arthur Schopenhauers im Ausgang vom deutschen Idealismus (Fichte/Schelling)*, Würzburg: Ergon-Verl., S. 119–132.
- Arendt, Hannah (1985), *Das Urteilen*. München, Zürich: Piper.
- Aristoteles (1976), *Politik*. München: Deutscher Taschenbuch Verlag.
- Aristoteles (2009), *Metaphysik*, 4. Aufl. Hamburg: Meiner.

- Arndt, Andreas (2023), *Die Sache der Logik*. Hamburg: Meiner.
- Auer, Marietta (2014), *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Auer, Marietta (2017), *Privatrecht ist doch wie Liebe*, in: Nils Jansen und Michael Grünberger (Hg.), *Privatrechtstheorie heute*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 98–117.
- Auer, Marietta (2025), *Privatrecht und Grundrechte*, in: *Archiv für die civilistische Praxis*, S. 2–45.
- Badiou, Alain (2002), *Paulus*. München: Sequenzia-Verl.
- Badiou, Alain (2010), *Ist Politik denkbar?* Berlin: Merve Verlag.
- Baumotte, Manfred (1975), *Hermann Cohens »Ethik des reinen Willens« als durchgeführte systematische Theologie*, in: *Neue Zeitschrift für Systematische Theologie und Religionsphilosophie* 17 (1), S. 33–38.
- Bayer, Daria (2021), *Tragödie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Bayer, Daria (2025), *Szenen des Schweigens im Strafprozess*, in: *Zeitschrift für Ideengeschichte* (XIX/2), S. 5–20.
- Benjamin, Walter (1965a), *Geschichtsphilosophische Thesen*, Walter Benjamin. *Zur Kritik der Gewalt und andere Texte*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 78–94.
- Benjamin, Walter (1965b), *Zur Kritik der Gewalt*, Walter Benjamin. *Zur Kritik der Gewalt und andere Texte*. 13. Aufl. Hg. v. Günther Busch, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 29–65.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1974), *Grundrechtstheorie und Grundrechtsinterpretation*, in: *NJW* (35), S. 1529–1538.
- Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1976), *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: *Staat, Gesellschaft, Freiheit. Studien zur Staatstheorie und zum Verfassungsrecht*, Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag, S. 42–64.
- Brandom, Robert B. (2021), *Im Geiste des Vertrauens*. Berlin: Suhrkamp.
- Brandt, Per; Hobus, Jens (2012), *Die Lust am Unendlichen: Melancholie und Ironie bei Robert Walser*, in: *Edinburgh German Yearbook* (6), S. 113–134.
- Brandt, Reinhard (2009), *Die Bestimmung des Menschen bei Kant*. Hamburg: Meiner.
- Brentel, Helmut (1989), *Soziale Form und Ökonomisches Objekt*. Opladen: Westdeutscher Verlag.
- Bubner, Rüdiger (1974), *Logik und Kapital*, in: *Dialektik und Wissenschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 44–88.
- Bubner, Rüdiger (1976), *Handlung, Sprache und Vernunft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Buckel, Sonja (2015), *Subjektivierung und Kohäsion*. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.

- Buckel, Sonja (2017), Die Bürde der subjektiven Rechte, in: Kritische Justiz 50 (4), S. 461–474.
- Butler, Judith (2023), Wo fängt das Grauen an?, in: der Freitag, 19.10.2023 (Nr. 42), S. 18–19.
- Castoriadis, Cornelius (2011), Getan und zu tun, in: Michael Halfbrodt und Harald Wolf (Hg.), Philosophie, Demokratie, Poiesis. Lich/Hessen: Edition AV, S. 183–260.
- Céline, Ferdinand (2022), Leben und Werk des Philipp Ignaz Semmelweis. Wien: Karolinger.
- Cohen, Hermann (1924), Innere Beziehung der Kantischen Philosophie zum Judentum, in: Bruno Strauß (Hg.), Hermann Cohens Jüdische Schriften. Ethische und religiöse Grundfragen. Mit einer Einleitung von Franz Rosenzweig. Berlin: C.A. Schwetschke & Sohn / Verlagsbuchhandlung, S. 284–305.
- Cohen, Hermann (2001), Kants Begründung der Ethik. Hildesheim: Olms.
- Cohen, Hermann (2002), Ethik des reinen Willens. Hildesheim: Olms.
- Deggau, Hans-Georg (1983), Die Aporien der Rechtslehre Kants. Stuttgart-Bad Cannstatt: Friedrich Frommann.
- Deleuze, Gilles (2000), Schluss mit dem Gericht, in: Karl Heinz Bohrer (Hg.), Kritik und Klinik. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 171–183.
- Derbolav, Josef (1965), Hegels Theorie der Handlung, in: Hegel Studien 1965, S. 209–223.
- Derrida, Jacques (2013), Gesetzeskraft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Dreier, Horst (2012), Recht und Willkür, in: FAZ, 31.07.2012 (Nr. 176), S. 6.
- Dübgen, Franziska (2022), Transformative Strafrechtskritik. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Eribon, Didier (2017), Gesellschaft als Urteil. Berlin: Suhrkamp.
- Feuerbach, Johann Paul Anselm (1996), Lehrbuch des peinlichen Rechts. Goldbach: Keip.
- Feuerbach, Ludwig (1843), Das Wesen des Christentums. Leipzig: Otto Wigand.
- Feuerbach, Paul Johann Anselm (1963), Kritik des natürlichen Rechts. Hildesheim: Georg Olms Verlag.
- Finistrella, Paolo (2020), Walter Benjamins Begriff der Naturgeschichte. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Fink, Eugen (1957), Zur Ontologischen Frühgeschichte von Raum – Zeit – Bewegung. Den Haag: Martinus Nijhoff.
- Fischer-Lescano, Andreas; Franzki, Hannah; Horst, Johan (Hg.) (2018), Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts, Tübingen: Mohr Siebeck.

## Literaturverzeichnis

- Forsthoff, Ernst (1966), Lehrbuch des Verwaltungsrechts. München: C.H. Beck.
- Freud, Sigmund (2010), Der Mann Moses und die monotheistische Religion. Ditzingen: Reclam.
- Gadamer, Hans Georg (1958), Geisteswissenschaften, in: Kurt Gallium (Hg.), Die Religion in Geschichte und Gegenwart, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 1304–1308.
- Goethe, Johann Wolfgang (1979), Faust II, Faust. Sonderausgabe – Grundlage: Goethes Werke, Band III (Hamburger Ausgabe), München: C.H. Beck.
- Goethe, Johann Wolfgang (2005), Die Wahlverwandtschaften, Goethes Werke. Romane und Novellen I. 15. Aufl. Hg. v. Erich Trunz, München: C.H. Beck, S. 242–513.
- Gosepath, Stefan (2025), Befristetes Privateigentum, in: Niklas Angebauer, Jaob Blumenfeld und Tilo Wesche (Hg.), Umkämpftes Eigentum, Berlin: Suhrkamp, S. 269–300.
- Grassie, Ernesto (1994), Arbeit – Vorrang des rationalen Denkens, in: Ernesto Grassie und Hugo Schmale (Hg.), Arbeit und Gelassenheit, München: Fink, S. 17–56.
- Greco, Luís (2009), Lebendiges und Totes in Feuerbachs Straftheorie. Berlin: Duncker & Humblot.
- Grimm, Dieter (1987), Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Guénon, René (1945), La règle de la quantité et les signes des temps. Paris: Gallimard.
- Günther, Klaus (2004), Kritik der Strafe I, in: WestEnd – Neue Zeitschrift für Sozialforschung 1 (1), S. 117–131.
- Günther, Klaus (2024), Das (Un-)Recht der ethischen Freiheit und seine Verzeihung. Eine Marginalie zum Motivationsproblem in der Moral, in: Mahmoud Bassiouni, Eva Buddeberg, Mattias Iser, Anja Karnein und Martin Saar (Hg.), Die Macht der Rechtfertigung, Berlin: Suhrkamp, S. 153–172.
- Habermas, Jürgen (2017), Naturrecht und Revolution, in: Christoph Menke und Francesca Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte, Berlin: Suhrkamp, S. 108–149.
- Haffke, Bernhard (1976), Teifenpsychologie und Generalprävention. Aarau: Sauerländer.
- Handke, Peter (1972), Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Harms, Andreas (2000), Warenform und Rechtsform. Baden-Baden: Nomos.

- Haverkamp, Anselm (1994a), Ein unabwerfbarer Schatten: Gewalt und Trauer in Benjamins Kritik der Gewalt, in: Anselm Haverkamp (Hg.), Gewalt und Gerechtigkeit, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 162–184.
- Haverkamp, Anselm (Hg.) (1994b), Gewalt und Gerechtigkeit. Derrida – Benjamin. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hegel, G. W. F. (1988), Phänomenologie des Geistes. Hamburg: Meiner.
- Hegel, G. W. F. (1999), Wissenschaft der Logik. Die Lehre vom Wesen (1813), 2., verb. Aufl. Hamburg: F. Meiner.
- Hegel, G. W. F. (2003), Wissenschaft der Logik. Die Lehre vom Begriff (1816), 2., verb. Aufl. Hamburg: Meiner.
- Hegel, G. W. F. (2008), Wissenschaft der Logik. Die Lehre vom Sein (1832). Hamburg: Meiner.
- Hegel, G. W. F. (2017), Vorlesungen über die Philosophie der Geschichte. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hegel, G. W. F. (1986a), Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften II. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Hegel, G. W. F. (1986b), Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Heidegger, Martin (1982), Parmenides, Gesamtausgabe. II. Abteilung: Vorlesungen 1923–1944, Bd. 54. Hg. v. Manfred S. Krings, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, S. 1–250.
- Heinig, Hans Michael (2008), Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Helbig, Jan-Luca; Hoff, Jonas Maria (2024), Losverfahren zwischen Recht und Religion, in: Dieter Krimphove und Markus Brodthage (Hg.), Zugänge zu Recht und Religionen. Baden-Baden: Nomos, S. 59–84.
- Hermanni, Friedrich (1995), Vom Bösen, das noch stets das Gute schafft, in: Jahrbuch für Philosophie, S. 29–46.
- Heuser, Martin (2020), Zur Positivität des Rechts in der kritischen Naturrechtslehre Immanuel Kants. Berlin: Duncker & Humblot.
- Heyde, Ludwig (1999), Politik und Ironie, in: Hegel-Jahrbuch (1), S. 30–35.
- Himmelman, Beatrix (2023), Kant und Paulus über Gesetz, Liebe und Gnade, in: Michael Kühnlein (Hg.), Religionsphilosophie nach Kant, Berlin, Heidelberg: Springer Berlin Heidelberg; Imprint J.B. Metzler, S. 137–155.
- Hindricks, Gunnar (2017), Philosophie der Revolution. Berlin: Suhrkamp.
- Hirsch, Alfred (2004), Recht auf Gewalt? München: Wilhelm Fink Verlag.
- Hirsch, Philipp-Alexander (2021), Das Verbrechen als Rechtsverletzung. Berlin: Dunker & Humblot.
- Hoffmann, Hermann (1923), Über Temperamentsvererbung. Munich: J. F. Bergmann Verlag GmbH & Company KG.

## Literaturverzeichnis

- Hoffmann, Thomas Sören (2004), Georg Wilhelm Friedrich Hegel. Wiesbaden: Marix-Verlag
- Holzey, Helmut (1994), Neukantianismus und Sozialismus, in: Helmut Holzey (Hg.), Ethischer Sozialismus, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 7–38.
- Honneth, Axel, Vorwort, in: Axel Honneth (Hg.), Frankfurter Beiträge zur Soziologie und Sozialphilosophie, Frankfurt am Main, New York: Campus Verlag, S. 9–17.
- Honneth, Axel (2011a), Das Recht der Freiheit. Berlin: Suhrkamp.
- Honneth, Axel (2011b), Zur Kritik der Gewalt, in: Burkhardt Lindner (Hg.), Benjamin Handbuch, Stuttgart, Weimar: J.B. Metzler, S. 193–210.
- Honneth, Axel (2023), Der arbeitende Souverän. Berlin: Suhrkamp.
- Horkheimer, Max (2007), Zur Kritik der instrumentellen Vernunft. Frankfurt am Main: Fischer Taschenbuch.
- Horkheimer, Max; Adorno, Theodor W. (2016), Dialektik der Aufklärung. Frankfurt am Main: Fischer Verlag.
- Hörl, Erich (2006), Römische Machenschaften, in: Cornelia Vismann und Thomas Weitin (Hg.), Urteilen/Entscheiden, München: Wilhelm Fink, S. 236–253.
- Horn, Christoph (1997), Geschichtsdarstellung, Geschichtsphilosophie und Geschichtsbewusstsein, in: Otfried Höffe (Hg.), Augustinus, De civitate dei: Akademie Verlag, S. 171–194.
- Horn, Christoph (2014), Nichtideale Normativität. Berlin: Suhrkamp.
- Hubig, Christoph (1981), Instrumentelle Vernunft und Wertrationalität, in: Friedrich Rapp (Hg.), Naturverständnis und Naturbeherrschung, München: Fink, S. 161–185.
- Hübner, Kurt (1987), Die moderne Mythos-Forschung – eine noch nicht erkannte Revolution, in: Dieter Borchmeyer (Hg.), Wege des Mythos in der Moderne, München: dtv, S. 238–259.
- Hühn, Lore (2002), Die Wahrheit des Nihilismus, in: Günter Figal (Hg.), Interpretationen der Wahrheit, Tübingen: Attempto, S. 143–181.
- Hunter, Rosemary (2006), Law's (Masculine) violence: Reshaping Jurisprudence, in: Law and Critique 17 (1), Artikel 2, S. 27–46.
- Jakobs, Günther (2008a), Norm, Person, Gesellschaft. Berlin: Duncker & Humblot.
- Jakobs, Günther (2008b), Rechtszwang und Personalität. Düsseldorf, 05.03.2008 (Vortrag).
- Japp, Uwe (2021), Theorie der Ironie. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Jhering, Rudolph von (1970) Der Zweck im Recht. Zweiter Band. Hildesheim, New York: Georg Olms Verlag, S. 1–593.

- Jünger, Ernst (1954), *Der gordische Knoten*. Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann.
- Jünger, Ernst (2014), *Der Arbeiter*. Stuttgart: Klett-Cotta.
- Kaiser, Benedikt (2025), *Der Hegemonie entgegen*. Dresden: Jungeuropa Verlag.
- Kalatzis, Antonios (2014), „Souveräne Undankbarkeit“? Natürlichkeit, Geistigkeit und Hegels antimoderne Logik der Befreiung, in: *Hegel-Jahrbuch 2014* (1), S. 254–259.
- Kalthöner, Christian (2021), *Die Gewalt des Rechts*. Baden-Baden: Nomos.
- Kambas, Chryssoula (1992), Walter Benjamin liest Georges Sorel: „Réflexions sur la violence“, in: Michael Opitz und Erdmut Wizisla (Hg.), *Aber ein Sturm weht vom Paradiese her*, Leipzig: Reclam, S. 250–269.
- Kant, Immanuel (1900aff.), *AA VI, Metaphysik der Sitten*. Immanuel Kant's gesammelte Schriften. Hrsg. vo der königlichen preussischen Akademie der Wissenschaften =AA. Berlin.
- Kant, Immanuel (1900bff.), *Kritik der reinen Vernunft*. Immanuel Kant's gesammelte Schriften. Hrsg. vo der königlichen preussischen Akademie der Wissenschaften =AA. Berlin.
- Kauffmann, Clemens (1993), *Ontologie und Handlung*. München: Karl Alber.
- Kersting, Wolfgang (1984), *Wohlgeordnete Freiheit*. Berlin, New York: De Gruyter.
- Kervégan, Jean-Francois (2018), Unsittliche Sittlichkeit?, in: Pirmin Stekeler-Weithofer und Benno Zabel (Hg.), *Philosophie der Republik*, Tübingen: Mohr Siebeck, S. 367–381.
- Khurana, Thomas (2022a), *Gattungswesen*, in: *DZPhil 70* (3), S. 373–399.
- Khurana, Thomas (2022b), *True Right Against Formal Right*, in: Dean Moryar, Kate Padgett Walsh und Sebastian Rand (Hg.), *Hegel's Philosophy of Right*, London: Routledge, S. 147–168.
- Khurana, Thomas (2023), *Altera Natura*, in: *Dritte Natur 6* (1), S. 175–188.
- Khurana, Thomas (2024), *Ressurektion der Natur*, in: *DZPhil 72* (6), S. 881–907.
- Kierkegaard, Sören (1976), *Über den Begriff der Ironie*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Kindhäuser, Urs (2021), *Analytische Strafrechtswissenschaft*. Baden-Baden: Nomos.
- Kittsteiner, Heinz-Dieter (1980), *Naturabsicht und unsichtbare Hand*. Frankfurt am Main: Ullstein.
- Kittsteiner, Heinz-Dieter (2015), *Die Entstehung des modernen Gewissens*. Berlin: Suhrkamp.

## Literaturverzeichnis

- Kneip, Simon (2023), Die Revolution im Urteilen in Christoph Menkes Rechtskritik, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 109 (3), Artikel 3, S. 339–354.
- Kneip, Simon (2024), Von der bürgerlichen Freiheit der Wissenschaften, in: BdWi-Studienheft (14), S. 7–10.
- Kneip, Simon (im Erscheinen), Urteil/Urteilen, in: Benno Zabel und Eric Hilgendorff (Hg.), Praktische Philosophie, Ethik und Recht, Stuttgart: utb, Im Erscheinen.
- Krause, Robert (2019/20), Kritik der Gewalt, in: Sonja Becker und Robert Krause (Hg.), Jahrbuch zur Kultur und Literatur der Weimarer Republik: edition text+kritik, S. 57–79.
- Krüger, Herbert (1964), Allgemeine Staatslehre. Stuttgart: Kohlhammer.
- Kutting, Isabelle M. (2023), Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte. Berlin: Duncker & Humblot.
- Laclau, Ernesto; Mouffe, Chantal (1991), Hegemonie und radikale Demokratie. Wien: Passagen Verlag.
- Ladeur, Karl-Heinz (2006), Der Staat gegen die Gesellschaft. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Lenin, Wladimir Iljitsch (1977), Drei Quellen und drei Bestandteile des Marxismus. in: Werke Bd. 19. Berlin: Dietz Verlag.
- Lepsius, Oliver (2024), § 31 Freiheit (II), in: Handbuch des Staatsrechts II.
- Lévinas, Emmanuel (1996), Schwierige Freiheit. Frankfurt am Main: Jüdischer Verlag.
- Locke, John (2020), Zwei Abhandlungen über die Regierung. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Loick, Daniel (2012), Kritik der Souveränität. Frankfurt am Main, New York: Campus Verlag.
- Loick, Daniel (2014), Römische Subjekte ARSP 100 (1), S. 53–76.
- Loick, Daniel (2017), Juridismus. Berlin: Suhrkamp.
- Loick, Daniel (Hg.) (2018), Kritik der Polizei. Frankfurt am Main, New York: Campus Verlag.
- Loick, Daniel (2021), The Ethical Life of Counter-Communities, in: Critical Times 4 (1), Artikel 1, S. 1–28.
- Loick, Daniel; Thompson, Vanessa E. (Hg.) (2022), Abolitionismus. Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Löwith, Karl (1981), Von Hegel zu Nietzsche. Hamburg: Meiner.
- Luhmann, Niklas (1968), Zweckbegriff und Systemrationalität. Tübingen: J.C.B. Mohr (Paul Siebeck).
- Luhmann, Niklas (1987), Soziale Systeme. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- Luhmann, Niklas (1993a), *Das Recht der Gesellschaft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1993b), *Die Paradoxie der Form*, in: Dirk Baecker (Hg.), *Kalkül der Form*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 197–215.
- Luhmann, Niklas (1999), *Grundrechte als Institutionen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Lukacs, Georg (1975), *Geschichte und Klassenbewusstsein*. Darmstadt, Neuwied: Luchterhand.
- Lütkehaus, Ludger (2019), *Krähengeschrei: Friedrich Nietzsche auf Winterreise*, in: Andreas-Urs Sommer, Sebastian Kaufmann und Ralph Häfner (Hg.), *Nietzsches Literaturen*, Berlin, Boston: De Gruyter, S. 9–17.
- Marx, Karl (1983), *Das Kapital (Erstauflage 1867)*, in MEGA II. Abteilung, Bd. 5. Berlin: Dietz Verlag.
- Marx, Karl (2017), *Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie*, in: MEW I. Berlin: Karl Dietz, S. 201–333.
- Marx, Karl, Engels, Friedrich (1990), *Die deutsche Ideologie*, in MEW 3. Berlin: Karl Dietz.
- Marx, Karl (2018), *Das Kapital*, MEW 23. Berlin: Karl Dietz.
- Marx, Karl (1968), *Differenz der demokritischen und epikureischen Naturphilosophie*, in MEW 40. Berlin: Dietz Verlag.
- Maurer, Reinhart (1973), *Entfremdung*, in: Hermann Krings, Hans Michael Baumgartner und Christoph Wild (Hg.), *Handbuch philosophischer Grundbegriffe*, München: Kösel-Verlag, S. 348–360.
- Medicus, Dieter; Petersen, Jens (2024), *Grundwissen zum Bürgerlichen Recht*. München: Franz Vahlen.
- Meister Eckehart (1979), *Beati pauperes spiritu, quia ipsorum est regnum coelorum (Matth. 5,3)*, *Deutsche Predigten und Traktate*. Hg. v. Josef Quint: Diogenes, S. 303–309.
- Menke, Christoph (1993), *Das Leben als Kunstwerk gestalten?*, in: Rudolf Maresch (Hg.), *Zukunft ohne Ende*. Grafrath: Boer, S. 391–407.
- Menke, Christoph (1996), *Tragödie im Sittlichen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Menke, Christoph (2009), *Das Nichtanerkennbare*, in: Reiner Forst, Martin Hartmann und Jaeggi, Rahel, Saar, Martin (Hg.), *Sozialphilosophie und Kritik*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, S. 87–108.
- Menke, Christoph (2017), *Kraft*. Frankfurt am Main: Suhrkamp Verlag.
- Menke, Christoph (2018a), *Am Tag der Krise*, in (ders.) *Am Tag der Krise*. Kolumnen, Berlin: August Verlag.
- Menke, Christoph (2018b), *Autonomie und Befreiung*. Berlin: Suhrkamp.
- Menke, Christoph (2018c), *Die Lücke in der Natur*, in (ders.) *Am Tag der Krise*. Kolumnen, Berlin: August Verlag.

- Menke, Christoph (2018d), *Kritik der Rechte*. Berlin: Suhrkamp.
- Menke, Christoph (2018e), *Recht und Gewalt*, Neuauflage. Berlin: August Verlag.
- Menke, Christoph (2019), *Die Kraft der Kunst*. Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Menke, Christoph (2020), *Im Schatten der Verfassung. Die Krise des Liberalismus*, in: Emmanuel Alloa, Michael G. Festl, Federica Gregoratto und Thomas Telios (Hg.), *Quertreiber des Denkens*, Bielefeld: transcript Verlag, S. 177–200.
- Menke, Christoph (2022), *Theorie der Befreiung*. Berlin: Suhrkamp Verlag.
- Menke, Christoph (2023), *The Right of Nonlaw*, in: *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 109 (3), S. 400–408.
- Menke, Christoph (2024), *Moral und Freiheit, Gesetz oder Gebot*, in: Mahmoud Bassiouni, Eva Buddeberg, Mattias Iser, Anja Karnein und Martin Saar (Hg.), *Die Macht der Rechtfertigung*, Berlin: Suhrkamp, S. 173–193.
- Mensing, Günther (1992), *Das Allgemeine und das Besondere*. Stuttgart: J.B. Metzler.
- Meyer-Pritzl, Rudolf (2008), *Die „Kieler Schule“ und das Römische Recht*, in: Andreas Hoyer, Hans Hattenhauer, Rudolf Meyer-Pritzl und Werner Schubert (Hg.), *Gedächtnisschrift für Jörn Eckert*, Baden-Baden: Nomos, S. 555–584.
- Mignolo, Walter D. (2019), *Epistemischer Ungehorsam*. Wien, Berlin: Verlag Turia + Kant.
- Möllers, Christoph (2015), *Die Möglichkeit der Normen*. Berlin: Suhrkamp.
- Montenegro, Lucas (2023), *Die Schuld des Menschen*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Mosebach, Martin (2003), *Häresie der Formlosigkeit*. Wien, Leipzig: Karolinger.
- Mouffe, Chantal (2019), *Für einen linken Populismus*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Müller-Mall, Sabine (2023), *Verfassende Urteile*. Berlin: Suhrkamp.
- Mulsow, Martin (2025), *Naturrecht und Emotion*. Göttingen: Wallstein Verlag.
- Naucke, Wolfgang (1962), *Kant und die psychologische Zwangstheorie Feuerbachs*: Hansischer Gildenverlag, Joachim Heitmann & Co.
- Nietzsche, Friedrich (1988a), *KSA 4*. Berlin, New York: De Gruyter.
- Nietzsche, Friedrich (2020), *KSA 5*. Berlin, New York: De Gruyter.
- Nietzsche, Friedrich (1988b), *KSA 6*. Berlin, New York: De Gruyter.
- Nörr, Dieter (1974), *Rechtskritik in der römischen Antike*. München: Verlag der bayrischen Akademie der Wissenschaften.

- Nörr, Dieter (1981), Das Verhältnis von Fall und Norm als Problem der reflektierenden Urteilskraft, in: Manfred Fuhrmann, Hans Robert Hauf und Wolhart Pannenberg (Hg.), Text und Applikation, München: Wilhelm Fink Verlag, S. 395–407.
- Oberländer, Helmuth (1961), Zur Regelung der Pflichten des sozialistischen Handelns im künftigen Zivilgesetzbuch, in: Neue Justiz 15 (1), Artikel 1, S. 13–16.
- Paeffgen, Hans-Ullrich; Zabel, Benno (2023), Vor §§ 32–35. In: Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen und Frank Saliger, NK-StGB. Band 1. 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos (Nomos Kommentar, 1), S. 1440–1700.
- Papier, Hans-Jürgen (1984), Recht der öffentlichen Sachen. New York, Berlin: Walter de Gruyter.
- Paschukanis, Evgenij (2013), Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Freiburg: Ça Ira.
- Patterson, Orlando (1982), Slavery and social death. Cambridge, Massachusetts, London: Harvard University Press.
- Pfordten, Dietmar von der (2020), Zur Beschränkung rechtlicher Verpflichtungen auf das äußere Verhalten bei Gottfried Achenwall, in: Rechtsphilosophie 6 (4), S. 368–387.
- Plessner, Helmuth (2002), Grenzen der Gemeinschaft. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Posch, Martin (1959), Überwindung privatrechtlicher Vorstellungen im Zivilrecht, in: Neue Justiz 13 (24), 837–841.
- Potepa, Maciej (1999), Der Begriff der Ironie in Hegels „Vorlesung über die Ästhetik“, in: Hegel-Jahrbuch (1), S. 163–167.
- Quante, Michael (1993), Hegels Begriff der Handlung. Stuttgart-Bad Cannstatt: frommann-holzboog Verlag.
- Reiff, Marvin (2024), Verantwortungseigentum. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Ritter, Joachim (1963), Landschaft. Münster: Verlag Aschendorff.
- Ritter, Joachim (1969), Metaphysik und Politik. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Ritter, Joachim; Bollnow, Otto (1991), Davoser Disputation zwischen Ernst Cassirer und Martin Heidegger, Gesamtausgabe Bd. 3. Kant und das Problem der Metaphysik, Frankfurt: Vittorio Klostermann, S. 274–296.
- Röd, Wolfgang (1970), Geometrischer Geist und Naturrecht. München: Verlag der bayrischen Akademie der Wissenschaften.
- Rohs, Peter (1969), Form und Grund. Bonn: H. Bouvier und Co.

- Ross, William (2025), Benjamin's Trauerspiel, in: Daria Bayer, Sören Deister, Marcus Döller, Simon Kneip, Hannah Offerdinger und Jan-Robert Schmidt (Hg.), *Utopie einer neuen normativen Ordnung*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, S. 127–150.
- Rostalski, Frauke (2024), Strafe als Resonanz, in: *Goldammer's Archiv für Strafrecht* (8), S. 441–455.
- Ruda, Frank (2011), *Hegels Pöbel*. Konstanz: Konstanz University Press.
- Rüping, Hinrich (1968), *Die Naturrechtslehre des Christian Thomasius und ihre Fortbildung in der Thomasius-Schule*. Bonn: Ludwig Röhrscheid Verlag.
- Ruschig, Ulrich (2017), Der Begriff der Substanz bei Marx, in: *Zeitschrift für kritische Sozialtheorie und Philosophie* 4 (1–2), S. 49–85.
- Sarr, Felwine (2020), *Afrotopia*. Bonn: Bundeszentrale für politische Bildung.
- Schäferling, Kristian (2025), Kritik des Rechtssubjekts als absolutes Verhältnis des Tragischen zum Komischen, in: Daria Bayer, Sören Deister, Marcus Döller, Simon Kneip, Hannah Offerdinger und Jan-Robert Schmidt (Hg.), *Utopie einer neuen normativen Ordnung*, Stuttgart: Franz Steiner Verlag, S. 151–171.
- Scheit, Gerhard (2015), Kelsen für Anarchisten, Schmitt für Sozialdemokraten, in: *Zeitschrift für kritische Sozialphilosophie und Philosophie* 2 (1), S. 118–138.
- Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph (1982), *Neue Deduction des Naturrechts*, Werke 3. Stuttgart: frommann-holzboog Verlag, S. 113–175.
- Schelling, Friedrich Wilhelm Joseph (1990), *Philosophie der Kunst*. Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Schestow, Leo (1994), *Athen und Jerusalem*. München: Matthes & Seitz.
- Schild, Wolfgang; Zabel, Benno (2023), § 20, in: Urs Kindhauser, Ulfrid Neumann, Hans-Ullrich Paeffgen und Frank Saliger, *NK-StGB*. Band 1. 6. Aufl., Baden-Baden: Nomos (Nomos Kommentar, 1), S. 992–1076.
- Schleef, Einar (1997), *Droge Faust Parsifal*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Schlegel, Friedrich (1967), *Lyceum, Charakteristiken und Kritiken I. (1796–1801)*. München, Paderborn, Wien, Zürich: Ferdinand Schöningh; Thomas-Verlag, S. 147–163.
- Schmale, Hugo (1994), *Arbeit und Persönlichkeit*, in: Ernesto Grassie und Hugo Schmale (Hg.), *Arbeit und Gelassenheit*, München: Fink, S. 113–128.
- Schmid, Peter A. (1995), *Ethik als Hermeneutik*. Würzburg: Königshausen & Neumann.
- Schmitt, Carl (1914), *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*. Tübingen: J. C. B. Mohr.
- Schmitt, Carl (2002), *Römischer Katholizismus und politische Form*. Stuttgart: Klett-Cotta.

- Schmitt, Carl (2003), *Verfassungslehre*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (2009), *Gesetz und Urteil*. München: C. H. Beck-Verlag.
- Schmitt, Carl (2015a), *Der Begriff des Politischen*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (2015b), *Politische Theologie*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitt, Carl (2017), *Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Schmitz, Herrmann (1973), *Der Rechtsraum, System der Philosophie*. Dritter Band: *Der Raum*. Bonn: Bouvier Verlag Herbert Grundmann, S. 1–712.
- Schmitz, Herrmann (1978), *Leib und Seele in der abendländischen Philosophie*, in: *Philosophisches Jahrbuch* 85 (3), S. 221–241.
- Schmitz, Herrmann (1988), *Der Ursprung des Gegenstandes*. Bonn: Bouvier.
- Schmitz, Herrmann (1993), *Die Liebe*. Bonn: Bouvier.
- Schmitz, Herrmann (1998), *Der Leib, der Raum und die Gefühle*. Stuttgart: edition tertium.
- Schmitz, Herrmann (2011), *Der Leib*. Berlin, Boston: De Gruyter.
- Schmitz, Herrmann (2017), *Befreiung des Rechts aus der Introjektion*, in: Hilge Landweer und Dirk Koppelberg (Hg.), *Recht und Emotion I*, Freiburg, München: Verlag Karl Alber, S. 51–64.
- Schopenhauer, Arthur (2016), *Die Welt als Wille und Vorstellung*. 2 Bände. Hg. v. Arthur Hübscher. Stuttgart: Reclam.
- Schorch, Grit (2012), *Carl Schmitt und die Hamann-Mendelssohn-Kontroverse*, in: *Germanisch-Romanische Monatszeitschrift* Band 62 (2), S. 147–174.
- Schorkopf, Frank (2025), *Demokratie ohne Adjektive*, in: *FAZ*, 02.06.2025 (Nr. 126), S. 6.
- Schröder, Wolfgang M. (2022), *Schellings Neue Deduction des Naturrechts (1976/97) als aphoristische Rechtsphilosophie.*, in: Lore Hühn und Sebastian Schwenzfeuer (Hg.), *„Wir müssen also auch über den Staat hinaus!“*, Baden-Baden: Nomos, S. 81–115.
- Schulz, Walter (1972), *Verinnerlichung, Philosophie in der veränderten Welt*. Pfullingen: Verlag Günther Neske, S. 247–334.
- Schwenzfeuer, Sebastian (2019), *Zwischen Moralität und Sittlichkeit*, in: Michael Spieker, Sebastian Schwenzfeuer und Benno Zabel (Hg.), *Sittlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, S. 71–89.
- Seel, Martin (2002), *Sich bestimmen lassen*. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Sohn-Rethel, Alfred (2018a), *Das Geld, die bare Münze des Apriori*, Schriften IV. Teilband 2. *Geistige und körperliche Arbeit*. Theoretische Schriften 1947–1990. 1. Aufl. Hg. v. Carl Freytag, Oliver Schlaudt und Françoise Willman, Freiburg, Wien: ca ira, S. 721–797.

- Sohn-Rethel, Alfred (2018b), Eine Kritik (der Kantischen Erkenntnistheorie), Schriften IV. Teilband 1. Geistige und körperliche Arbeit. Theoretische Schriften 1947–1990. 1. Aufl. Hg. v. Carl Freytag, Oliver Schlaudt und Françoise Willman, Freiburg, Wien: ca ira, S. 49–82.
- Somek, Alexander (2018), Wissen des Rechts. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Spencer-Brown, George (1997), Laws of Form. Lübeck: Bohmeier Verlag.
- Spengler, Oswald (1978), Der Untergang des Abendlandes. Berlin, Darmstadt, Wien: Deutsche Buchgemeinschaft.
- Stalin, Josef (1968), Marxismus und Fragen der Sprachwissenschaft. München: Rogner & Bernhard.
- Stegmaier, Werner (2001), Die Substanz muss Fluktuanz werden, in: Berliner Debatte Initial 12 (4), S. 3–12.
- Steinhauer, Fabian (2015), Vom Scheiden. Berlin: Duncker & Humblot.
- Stekeler-Weithofer, Pirmin (2014), Hegels Phänomenologie des Geistes. Hamburg: Felix Meiner Verlag.
- Stekeler-Weithofer, Pirmin (2019), Die Sittlichkeit der Person, in: Michael Spieker, Sebastian Schwenzfeuer und Benno Zabel (Hg.), Sittlichkeit, Baden-Baden: Nomos, S. 49–70.
- Stirner, Max (1969), Der Einzige und sein Eigentum, Der Einzige und sein Eigentum und andere Schriften. München: Carl Hanser, S. 33–225.
- Stolleis, Michael (1996), Juristenbeschimpfung, oder: Juristen, böse Christen, in: Theo Stammen, Heinrich Oberreuter und Paul Mikat (Hg.), Politik – Bildung – Religion, Paderborn, München: Ferdinand Schöningh, S. 163–170.
- Strauss, Leo (1977), Naturrecht und Geschichte. Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Strauß, Simon; Sedlmaier, Tobias (2018), Interview. Jungautor Simon Strauss: „Man muss das Konservative von dem älteren Herren mit Mundgeruch wegbekommen“, in: Neue Züricher Zeitung, 12.11.2018.
- Taubes, Jacob (1993), Die Politische Theologie des Paulus. München: Wilhelm Fink.
- Teubner, Gunter (2012), Verfassungsfragmente. Berlin: Suhrkamp.
- Thein, Christian (2023), Normativität als Problem der genealogischen Formkritik der bürgerlichen Rechte, in: Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 109 (3), Artikel 1, S. 308–317.
- Thomas von Aquin (1985), Gott und Schöpfung, Summe der Theologie, Bd. 1. Nachdruck der 3., Stuttgart: Kröner.
- Vischer, Benedict (2021), Die Fremdheit des Rechts. Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
- Waldenfels, Bernhard (2000), Das leibliche Selbst. Frankfurt am Main: Suhrkamp.

- Waldenfels, Bernhard (2019), Das Problem der Leiblichkeit bei Merleau-Ponty, in: *Philosophisches Jahrbuch* 75 (3), S. 347–365.
- Waldhoff, Christian (2008), *Staat und Zwang*. Paderborn, München, Zürich, Wien: Ferdinand Schöningh.
- Waldhoff, Christian (Hg.) (2014a), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?* Berlin: Duncker & Humblot
- Waldhoff, Christian (2014b), Hat Gnade im demokratischen Verfassungsstaat (noch) eine Daseinsberechtigung?, in: Christian Waldhoff (Hg.), *Gnade vor Recht – Gnade durch Recht?*, Berlin: Duncker & Humblot, S. 131–149.
- Welsch, Wolfgang (1989), Adornos Ästhetik: eine implizite Ästhetik des Erhabenen, in: Christine Pries (Hg.), *Das Erhabene*, Weinheim: VCH, S. 185–213.
- Welsch, Wolfgang (2022), *Umdenken. Miniaturen zu Hegel*. Berlin: Matthes & Seitz.
- Wieland, Wolfgang (1998), Kants Rechtsphilosophie der Urteilskraft, in: *Zeitschrift für philosophische Forschung* 52 (1), Artikel 1, S. 1–22.
- Wielsch, Dan (2020), Die Ermächtigung von Eigen-Sinn im Recht, in: Ino Augsburg, Steffen Augsburg und Ludger Heidbrink (Hg.), *Recht auf Nicht-Recht*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft, S. 179–201.
- Wiethölter, Rudolf (1970), *Rechtswissenschaft*. Frankfurt, Hamburg: Fischer Verlag.
- Willaschek, Marcus (2004), „Verhinderung eines Hindernisses der Freiheit“ und „Zweiter Zwang“, in: Barbare Merker, Georg Mohr und Michael Quante (Hg.), *Subjektivität und Anerkennung*, Paderborn: mentis, S. 271–283.
- Winter, Eggert (1980), *Ethik und Rechtswissenschaft*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Zabel, Benno (2007), *Schuldtypisierung als Begriffsanalyse*. Berlin: Duncker & Humblot.
- Zabel, Benno (2017), *Die Ordnung des Strafrechts*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Zabel, Benno (2018), Zwischen Kritik und Ideologie – Rechtsphilosophie und realexistierender Sozialismus in der DDR, in: Georg Steinberg (Hg.), *Sozialistische Straftheorie und -praxis in Europa*, Baden-Baden: Nomos, S. 149–183.
- Zabel, Benno (2019a), Hat die Idee der Sittlichkeit noch eine Zukunft?, in: Michael Spieker, Sebastian Schwenzfeuer und Benno Zabel (Hg.), *Sittlichkeit*, Baden-Baden: Nomos, S. 15–45.
- Zabel, Benno (2019b), Schützende Formen?, in: Martin Böse und Schumann, Kai, Toepel, Friedrich (Hg.), *Festschrift für Urs Kindhäuser zum 70. Geburtstag*, Baden-Baden: Nomos, S. 1087–1102.

## Literaturverzeichnis

- Zabel, Benno (2020), Affekt und Strafrecht, in: Michael Pawlik und Urs Kindhäuser (Hg.), Notwehr in Deutschland und China, Baden-Baden: Nomos, S. 351–362.
- Zabel, Benno (2021), Vulnerable Täter, in: JuristenZeitung 76, S. 1035–1044.
- Zabel, Benno (2025), Kritik der strafenden Vernunft. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Žižek, Slavoj (2010), Ich höre Dich mit meinen Augen. Konstanz: Konstanz University Press.
- Zupančič, Alenka (2014), Der Geist der Komödie. Berlin: Merve Verlag.

## Danksagung

Die vorliegende Arbeit wäre ohne großzügige und zahlreiche Unterstützung nicht möglich gewesen. Zunächst möchte ich meinem Doktorvater, Benno Zabel, danken und zwar zunächst dafür, dass er mich als Doktorand zu diesem Thema überhaupt angenommen hat, mir große Freiheiten im Schreibprozess ließ und sich in jeder Situation für mich und meine Forschung eingesetzt hat. Allein dafür bin ich Ihm schon zu großem Dank verpflichtet. Aber über das Betreuungs- und Mitarbeiterverhältnis hinaus hat mich Benno Zabel intensiv in seine Forschung eingebunden, nicht zuletzt durch das gemeinsame Abhalten von Seminaren und Kolloquien. Darin kam ein großes Zutrauen, eine Ermutigung und eine Wertschätzung zu Ausdruck, die ich – neben den zahlreichen Erkenntnissen die ich dort gewonnen habe – immer in dankbarer Erinnerung bewahren werde.

Danken möchte ich ebenfalls meinem Zweitgutachter Klaus Günther. Auch er hat in seinen Seminaren vorgelebt, wie Lehre und Forschung in einem produktiven Miteinander gedeihen können, einem Verhältnis auf Augenhöhen zwischen – im Hinblick auf das erworbene Wissen – Ungleichen. Dieser Habitus wird mir selbst stets Vorbild sein. Mein Dank gilt auch Günther Frankenberg, der sich freundlicherweise und zudem recht kurzfristig bereit erklärt hat, den Vorsitz meiner Disputation zu übernehmen.

Weiter danke ich Franziska Dübgen für die Organisation einer Meisterklasse mit Christoph Menke in Münster, bei der ich die Gelegenheit erhalten habe einen Vortrag zur Diskussion zu stellen und diesen dann auch – unter großzügiger Betreuung ebenfalls von Franziska Dübgen – zu publizieren. Christoph Menke selbst möchte ich für die Diskussion und die anschließende Kommentierung der Beiträge herzlich danken.

Gedenken möchte ich an dieser Stelle auch Rainer Zaczyk. Die (später gemeinsam mit Benno Zabel) zu Kant und Hegel abgehaltenen Bonner Seminare zählen bis heute zu meinen prägenden univer-

sitären Erlebnissen. Unter den Teilnehmern des Seminars möchte ich insbesondere Carsten Kalla danken, der sich meiner Fragen zur Hegelschen Philosophie äußerst geduldig angenommen hat. Des Weiteren gilt mein herzlicher Dank einem Bonner Kreis aus Gleichgesinnten, die sich – allen Widrigkeiten, die sich in Bonn entlang der offiziellen Rechtsphilosophie entsponnen haben – zu zahlreichen Diskussionen und Lektüren zusammengefunden haben, darunter: Ricarda Lachner, Antonia Mertens, Christian Nienhaus, Jan-Luca Helbig und Lucas Tomiak. Letzterem gilt noch ein besonderer Dank für die ausdauernden Gespräche über Kants (Rechts-)Philosophie. Die vorliegende Arbeit verdankt diesen Gespräch sehr viel.

Ebenso danke ich Daria Bayer für die zahlreichen Gespräche und Diskussion vor und nach unserer Frankfurter Zeit, die darin zum Ausdruck kommende Ermutigung und Freundschaft. In diesem Zusammenhang danke ich – neben Daria Bayer – auch den übrigen Mitgliedern des Organisationsteams der JFR Tagung im März 2023 in Hamburg, Hannah Ofterdinger, Sören Deister, Marcus Döller und Jan-Robert Schmidt für diese einzigartige Erfahrung. Viele der bei der Tagung angesprochenen Themen haben die vorliegende Arbeit äußerst produktiv beeinflusst, sodass auch den Vortragenden und Teilnehmern mein herzlicher Dank gilt.

Auch in Frankfurt durfte ich einem Kreis rechtsphilosophischer Mitstreiter angehören, denen ich hiermit meinen großen Dank aussprechen möchte, insbesondere: Daria Bayer, Marcus Döller, Gregor Albers, Jakob Knapp, Felix Fischer, Charlotte Vec, Madina Westphal, Nico Weber und darüber hinaus meinen hervorragenden Frankfurter Kollegen, Samira Akbarian, Leonie Wilke, Max Klarmann, Fynn Wenglarczyk und Finn Schmidt für die gemeinsamen Projekte, Kolloquien und Gespräche.

Dass meine Familie diese Arbeit so ausdauernd unterstützt hat, war nicht selbstverständlich. Allzu oft haben sie meine (geistige) Abwesenheit ertragen müssen. Sie haben das in großer Liebe und Zuneigung getan und ich bin ihnen dafür außerordentlich dankbar.

Abschießend möchte ich meinen guten Freund und Doktorbruder Necip Ozan Kural danken. Ohne die Gemeinschaft mit Dir wäre diese Arbeit nicht möglich gewesen.