

§ 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“⁷⁴⁰ 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.“⁷⁴¹ 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.⁷⁴² 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.⁷⁴³ Nicht zufällig hatte dieser sich schon früh mit dem richterlichen Urteil auseinandergesetzt⁷⁴⁴ und wird dann auch von Müller-Mall prominent am Anfang des Buches zitiert.⁷⁴⁵ 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.⁷⁴⁶

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.⁷⁴⁷ 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 denken⁷⁴⁸

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.⁷⁴⁹ 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.⁷⁵⁰ 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.“⁷⁵¹ 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).“⁷⁵²

Aus diesem Grund kann Menke folgerichtig behaupten: „Die politische Selbstregierung des aufständischen Sklaven ist praktizierte Dialektik.“⁷⁵³ 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.⁷⁵⁴ Er greift deshalb auf Adornos Auseinandersetzung mit der *prima philosophia*⁷⁵⁵ in der *Negativen Dialektik* zurück: „Unmittelbarkeit bleibt der Dialektik nicht, als was sie unmittelbar sich gibt. Sie wird zum Moment anstatt des Grundes“,⁷⁵⁶ 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.“⁷⁵⁷ So soll auch die sinnliche Evidenz „in der Selbstregierung durch die Vermittlung hindurch; nichts ist Grund, alles wird zum Moment.“⁷⁵⁸ 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.

Nerven⁷⁵⁹ oder explizit „philosophische Gedanke[n]“⁷⁶⁰ 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.“⁷⁶¹

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.“⁷⁶² 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“⁷⁶³ 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.

§ 2. Wie urteilen?

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.“⁷⁶⁴ 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.“⁷⁶⁵

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?⁷⁶⁶

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.⁷⁶⁷ 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.⁷⁶⁸ Ihre „Utopie der Erkenntnis wäre [es], das Begriffslose mit dem Begriff aufzuschließen, ohne es ihm gleichzumachen.“⁷⁶⁹ Was philosophisch oder gerade ästhetisch vielleicht noch einzuholen ist, dürfte mit den Mitteln Rechtswissenschaften deutlich schwerer fallen.⁷⁷⁰ 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*.⁷⁷¹

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“⁷⁷² 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.⁷⁷³ Es ist gerade das „Tätigsein jenseits des Handelns“⁷⁷⁴, 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“⁷⁷⁵ weil das Gute der Nichtteilnahme bedürfe.⁷⁷⁶

Das handlungstheoretisch bestimmte Leiden ist Passivität, ist Erleiden. Das im Sklavenaufstand als Reaktion auf das Leid artikulierte 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.⁷⁷⁷ 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.“⁷⁷⁸ 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.“⁷⁷⁹ 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“⁷⁸⁰ 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“⁷⁸¹ 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“.⁷⁸² 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.⁷⁸³ 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“⁷⁸⁴ 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 Dynamik⁷⁸⁵ durch „eingebaute Gegenprinzipien“⁷⁸⁶ zu begrenzen. Am Grund subjektiver Rechte liegt die Freigabe des Wollens. Diese am Böckenförde-Dilemma⁷⁸⁷ geschulte Problemstellung erklärt erst Menkes Emphase der Passivität. Sie liegt in der Einführung sozialer Gegenrechte.⁷⁸⁸ So heißt es: „Berücksichtigung und damit Rechte braucht, wer nicht an der Regierung teilnehmen kann.“⁷⁸⁹ 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“⁷⁹⁰ sind es deshalb, welche die „entpolitisierte Sphäre sozialer Herrschaft“⁷⁹¹ eindämmen sollen, die der private Eigenwille erst hervorruft. Da Menke aber nicht den Sozialstaat zur Lösung berufen sehen möchte,⁷⁹² muss eine Ebene tiefer (oder früher) angesetzt werden. Das Programm lautet daher: Eindämmung des zerstörerischen Eigenwillens durch moderne, selbstreflexive aber zugleich „nicht-liberale Politik“⁷⁹³ 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.⁷⁹⁴ *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“;⁷⁹⁵ „Recht wider Willen“;⁷⁹⁶ „widerwillige Regierung“.⁷⁹⁷ 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“;⁷⁹⁸ der bloß dazu verleite, „auf fremde Sterne einzustürmen“.⁷⁹⁹ 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“?⁸⁰⁰ Es ist „das aktive Wollen der Passivität“.⁸⁰¹ 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.⁸⁰² 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.“⁸⁰³ 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,⁸⁰⁴ 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.“⁸⁰⁵

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, erweise sich näherhin betrachtet als eine Vereinnahmung.“⁸⁰⁶

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“.⁸⁰⁷ Denkt man aber Leben und Urteilen als unauflöslich miteinander verbunden, dann heißt Leben immer auch Leiden. Das „aktive Wollen der Passivität“⁸⁰⁸ 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“⁸⁰⁹ 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“.⁸¹⁰ 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.“⁸¹¹

Zunächst sind sich Menke (und Adorno) einig mit der idealistischen Philosophie. Freiheit ist als Spontaneität zu verstehen,⁸¹² 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,⁸¹³ 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, warum 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.“⁸¹⁴ 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.“⁸¹⁵ 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.“⁸¹⁶ 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.“⁸¹⁷ 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.⁸¹⁸ 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.⁸¹⁹ 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*“.⁸²⁰ 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.“⁸²¹ Oder mytho-poetisch gesprochen, setzt Handeln immer ein Bad „im Tau aus Lethes Flut“⁸²² voraus. Wer nicht vergisst, kann auch nicht handeln. Ein Überhang der Erinnerung blockiert den Vollzug des Lebens.⁸²³

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.⁸²⁴ Das entspräche der Sache nach jedem kultischen Modell, welches gesicherte Räume für den Rückgang hinter seine eigene Normativität erlaubt.⁸²⁵ 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“. ⁸²⁶ Aus der reinen Unterbrechung, so darf man Menke hier verstehen, ergibt sich nichts, sie unterbricht einfach nur, bringt aber nichts hervor. ⁸²⁷ 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.“ ⁸²⁸ 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. ⁸²⁹ 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. ⁸³⁰ 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.“⁸³¹

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.⁸³² 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.⁸³³ 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 recurriert 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“.⁸³⁴ 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.⁸³⁵ 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.“⁸³⁶

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.⁸³⁷ 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.⁸³⁸ 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“.⁸³⁹ 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.⁸⁴⁰ 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.⁸⁴¹ 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.“⁸⁴² 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.“⁸⁴³ 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.“⁸⁴⁴

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.⁸⁴⁵ 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.⁸⁴⁶ 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.“⁸⁴⁷

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.“⁸⁴⁸ Gegen eine auch schon von Deleuze selbst befürchtete Selbstberaubung der Unterscheidungsfähigkeit durch den Verzicht auf das Urteilen,⁸⁴⁹ 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.“⁸⁵⁰ 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.⁸⁵¹

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 Herrschaft⁸⁵² ähnelt ebenfalls Menkes „Willen zur Ohnmacht“⁸⁵³ 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.“⁸⁵⁴

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.“⁸⁵⁵ 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.“⁸⁵⁶ 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“.⁸⁵⁷ 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.⁸⁵⁸ 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.⁸⁵⁹ 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“.⁸⁶⁰ 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.⁸⁶¹ 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 Subjektkonstitution. 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.“⁸⁶² 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 Handlungsvollzüge 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.“⁸⁶³ 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.⁸⁶⁴ Loick führt zwar eine „Ethik des Lesens“ ein,⁸⁶⁵ 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.⁸⁶⁶ 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,⁸⁶⁷ 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.“⁸⁶⁸ 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,“⁸⁶⁹ Im rituellen Vollzug des Gesetzes, das möchte Levinas deutlich machen, liegt allein die Möglichkeit, sich Gott zuzuwenden.⁸⁷⁰ 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.*“⁸⁷¹

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.“⁸⁷²

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.⁸⁷³

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 [...].⁸⁷⁴

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.⁸⁷⁵ 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.“⁸⁷⁶ 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.⁸⁷⁷ 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.⁸⁷⁸ Cohen sieht gerade in diesem Zug der kantischen Philosophie die „innerste Übereinstimmung“ mit der jüdischen Philosophie.⁸⁷⁹ 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.⁸⁸⁰

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.“⁸⁸¹

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.⁸⁸² 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.⁸⁸³

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.“⁸⁸⁴ 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 her⁸⁸⁵ 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.⁸⁸⁶ Ähnliches ist auch schon für das antike Rom belegt.⁸⁸⁷ 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“⁸⁸⁸ 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,⁸⁸⁹ 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 [...]“.⁸⁹⁰ 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“⁸⁹¹, 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 vorranglich 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.⁸⁹²

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.⁸⁹³ 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.“⁸⁹⁴ 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.⁸⁹⁵ 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 ‚Machtergreifung der Juristen‘, um Abneigung gegen ‚Justiz-Pfaffen‘. In diesen Symptomen der Krankheit erschließt sich nicht die Krankheit selbst.“⁸⁹⁶

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.“⁸⁹⁷

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 unterschläge.⁸⁹⁸ 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“.⁸⁹⁹ 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“.⁹⁰⁰ 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,⁹⁰¹ 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.⁹⁰² 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,⁹⁰³ 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.

