

§ 1. Zur neueren deutschen Rechtskritik

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

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

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

I. Form

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

7 Hegel (1986b), § 4.

8 Marx (2018), S. 74.

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

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

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

Buckel hingegen möchte

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

während Menke festhält:

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

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

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

11 Loick (2017), S. 109.

12 Buckel (2015), S. 226.

13 Menke (2018d), S. 9.

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

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

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

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

14 Adorno (1966), S. 400.

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

Paschukanis und die Rechtsform

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

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

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

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

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

15 Paschukanis (2013), S. 47.

16 Paschukanis (2013), S. 76.

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

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

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

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

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

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

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

19 Paschukanis (2013), S. 64.

20 Paschukanis (2013), S. 69.

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

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

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

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

21 Paschukanis (2013), S. 72.

22 Paschukanis (2013), S. 79.

23 Paschukanis (2013), S. 81.

24 Paschukanis (2013), S. 103.

25 Paschukanis (2013), S. 104.

26 Paschukanis (2013), S. 109.

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

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

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

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

„Außerdem verweist der Begriff der Form auf die Marxschen Begriffe der Warenform des Wertes oder der Wertform der Ware im Kapital. Diesen begriffsgeschichtlichen Fragen ist nicht weiter nachzugehen.“³⁰

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

27 Paschukanis (2013), S. 47.

28 Paschukanis (2013), S. 117.

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

30 Harms (2000), S. 67–68.

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

Das Begriffspaar Form/Inhalt ist von der Antike durch Hegel in den Marxismus oder aber auch in den Marxismus-Leninismus überliefert worden. Noch fragwürdiger als diese beiden „begriffsgeschichtlichen Fragen“ jeweils nur für sich genommen, ist deshalb ihre fehlende Verbindung. Einerseits ist es die Tradition, von Ionien bis Jena³² bzw. bis Moskau via London, aber „[a]ußerdem verweist der Begriff der Form [...]“³³ auf die Marx'schen Kategorien. „Außerdem“ kann man aber nur sagen, wenn die zweite zu bezeichnende Sache „außerhalb“ der ersten liegt. Das würde aber bedeuten, die Frage nach der Marx'schen Wertformanalyse läge „außerhalb“ des Hegel'schen Kosmos. Man müsste daher vielmehr fragen: Was hat die Marx'sche Formanalyse mit Hegel zu tun? Ich werde darauf zurückkommen.

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

31 Harms (2000), S. 67.

32 Taubes (1993), S. III.

33 Harms (2000), S. 67.

34 Paschukanis (2013), S. 45.

35 Paschukanis (2013), S. 47.

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

Formbegriff bei Marx

Zwar führt Marx den Formbegriff auf neuartige Weise ein, greift aber selbstredend gleichzeitig auf eine Tradition zurück. Die Form ist traditionell ein Begriff aus der Metaphysik bzw. die Metaphysik eine Wissenschaft von der Form.³⁶ Bei dem deutschen Ausdruck Form handelt es sich um eine Übersetzung des griechischen εἶδος, welcher bei Aristoteles in Vereinigung mit der Materie das Wesen darstellt.³⁷ Die Hegel'sche Wesenslogik bzw. die dort dargelegten Reflexionsbestimmungen³⁸ greifen diese Konzeption recht offensichtlich auf und so bestimmt Hegel das Wesen zunächst als Reflexion.

36 Rohs (1969), S. 12.

37 Aristoteles (2009), 1035a.

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

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

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

39 Hegel (1999), S. 70.

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

41 Marx (1983), S. 32.

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

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

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

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

45 Marx (1983), S. 634.

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

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

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

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

47 Marx (2018), S. 74.

48 Rohs (1969), S. 19.

49 Marx (1983), S. 109.

50 Kittsteiner (1980), S. 86.

51 Marx (2018), S. 165.

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

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

52 Ruschig (2017), S. 64.

53 Marx (1983), S. 109.

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

Es sei an dieser Stelle die grundsätzliche Natur dieser Marx'schen Formbestimmung zusammengefasst. Marx vermag es, im Rahmen der Formbestimmung noch die Einheit der Unterscheidungen in einer Substanz zu grundieren – nämlich der unfreien Auseinandersetzung mit der Natur, d. h. der Arbeit. Das ist weit von den, der Systemtheorie zugrundeliegenden, differenztheoretischen Formbestimmungen eines Spencer-Brown entfernt, bei dem die Form weder Wesen noch Grund kennt und nicht kennen kann. Diese radikale Differenz muss jeden Substanzbegriff verdrängen. Marx hält an diesem zumindest in kritischer Absicht fest⁵⁴ und vermag es, die Antinomien zu denken, welche ihm erst den Begriff dafür liefern, was zu negieren ist.⁵⁵

Noch einmal Paschukanis...

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

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

54 Ruschig (2017), S. 49.

55 Ruschig (2017), S. 75.

56 Paschukanis (2013), S. 84.

57 Hegel (1986b), § 189.

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

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

58 Hegel (1986b), § 4.

59 Lenin (1977).

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

Die Form des Rechts beruht hingegen bei Paschukanis bloß auf derselben Bewegung, die für ihn den Wert kennzeichnet: die Äquivalenz. „Ist einmal die Form des Austauschs von Äquivalenten gegeben, so ist auch die Form des Rechts [...] gegeben.“⁶⁰ Aus solchen Missverständnissen des Wertes gehen Sätze dieser Art hervor: „Der Mensch wird zum Rechtssubjekt kraft derselben Notwendigkeit, die das Naturprodukt in die mit der rätselhaften Eigenschaft des Wertes ausgestattete Ware verwandelt.“⁶¹ Aber ist Paschukanis in der Lage anzugeben, was für ihn die rechtliche Form ausmacht? Gewiss, es ist die subjektive Berechtigung.⁶² Damit hat Paschukanis zwar nicht unrecht. Paschukanis' Problem ist aber, dass er den Wert *ausschließlich* als Abstraktion⁶³ versteht (die er *auch* ist). So ist der Wert natürlich genauso eine Abstraktion wie das Subjekt. Der Tauschwert hebt sich von dem konkreten Gegenstand genauso ab, wie das Subjekt von dem einzelnen lebendigen Menschen. Damit ist aber die Funktion des Wertes verkürzt. Im Tauschwert liegt schon das An-Sich des Geldes, aus Geld und Ware wird der berühmte Strich: G-W-G'. Paschukanis sieht, indem er das Spiel der Abstraktion immer weiter treibt, die höchste Abstraktion im bürgerlichen Staat. Das ist alles nicht ganz falsch, aber es hat mit der Selbstbewegung des Kapitals nichts zu tun.⁶⁴ Auch einem Etatisten gilt der Einzelne als Ausdruck des Allgemeinen.⁶⁵ Insofern kann auch Marx' Aufgreifen⁶⁶ der Hegel'schen Bestimmung des positiven Urteils „Das Einzelne ist allgemein“⁶⁷ auf den Staat angewandt werden, insbesondere im Falle

60 Paschukanis (2013), S. 60.

61 Paschukanis (2013), S. 66.

62 Paschukanis (2013), S. 103.

63 Paschukanis (2013), S. 113.

64 Paschukanis (2013), S. 115.

65 Schmitt (1914).

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

67 Hegel (2003), S. 68.

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

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

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

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

Zwischenfazit

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

68 Grimm (1987), S. 11.

69 Paschukanis (2013), S. 117.

70 Paschukanis (2013), S. 117.

Analyse erstmals ausführlich zur Anwendung gebracht. Diese Form, auf dem Begriff der Substanz ruhend, ist als Urteil strukturiert, in dem das Einzelne (fälschlicherweise) als das Allgemeine ausgewiesen wird. Dieses Allgemeine bemächtigt sich im Fortlaufenden der Bewegung (und darin liegt die eigene Historie des Kapitals) und macht damit jede menschliche Selbstermächtigung im Sinne einer (natur- oder vernunftrechtlichen) Geschichtsphilosophie zunichte. Paschukanis möchte die Rechtswissenschaft neben der Ökonomie in den sowjetischen Wissenschaften etablieren und greift dafür auf eine Formanalyse zurück. Der Gegenstand dieser Analyse ist aber nun nicht mehr der Wert, sondern das Recht, mithin die Form des Rechts, die *Rechtsform*. Damit muss Paschukanis implizit behaupten, es gäbe etwas der Form des Wertes im Bereich des Rechts Vergleichbares, nämlich ein Subjekt, das laufend neue Unterscheidungen hervorbringt, sich verselbstständigt hat und sich damit dem Zugriff der Menschen absolut⁷¹ entzogen hat.⁷² Indem Paschukanis aber die Frage der Substanz für das Recht dadurch verfehlt, dass er das Recht an die Substanz des ökonomischen Wertes kettet, verfehlt er das Ziel seiner Untersuchung: einer Rechtsformanalyse gleich der Marx'schen Analyse der Wertform.

2. Rechtsform (Buckel)

Einführung

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

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

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

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

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

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

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

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

73 Buckel (2015), S. 237.

74 Buckel (2015), S. 230–231.

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

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

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

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

75 Buckel (2015), S. 230.

76 Damit wird später die Fachsprache der Juristen gemeint sein.

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

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

Allgemeine Theorie sozialer Formen

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

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

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

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

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

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

80 Buckel (2015), S. 238.

Kann es mehrere Formen im Marx'schen Sinne geben?

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

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

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

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

81 Buckel (2015), S. 230.

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

83 Mouffe (2019), S. 20.

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

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

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

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

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

86 Kant (1900bff.), B130.

87 Kant (1900bff.), B130.

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

89 Kant (1900bff.), B132.

90 Kant (1900bff.), B132.

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

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

Kann es eine Form der Formen geben?

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

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

91 Kant (1900bff.), B130.

92 Buckel (2015), S. 226.

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

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

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

93 Buckel (2015), S. 226.

94 Buckel (2015), S. 231.

95 Buckel (2015), S. 234.

96 Buckel (2015), S. 236.

97 Buckel (2015), S. 251.

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

Wie bestimmt Buckel die Form an sich?

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

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

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

98 Brentel (1989).

99 Brentel (1989), S. 14.

100 Hegel (1986b), § 192.

101 Hegel (1999), S. 104.

102 Buckel (2015), S. 231.

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

103 Buckel (2015), S. 231.

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

105 Brentel (1989), S. 154.

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

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

Überleitung Zur Rechtsformanalyse

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

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

107 Buckel (2015), S. 235.

108 Marx (2018), S. 98.

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

Recht als Form im Marx'schen Sinne

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

Rechtsform I. Abstraktion.

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

109 Buckel (2015), S. 237.

110 Buckel (2015), S. 242.

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

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

111 Buckel (2015), S. 238.

112 Paschukanis (2013), S. 109–116.

113 Buckel (2015), S. 239.

114 Buckel (2015), S. 239.

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

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

Rechtsform II. Verdinglichung und Verselbstständigung: der gerichtliche Prozess.

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

115 Buckel (2015), S. 37.

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

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

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

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

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

118 Paschukanis (2013), S. 41.

119 Buckel (2015), S. 231.

120 Buckel (2015), S. 242.

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

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

121 Buckel (2015), S. 242.

122 Hunter (2006), S. 40.

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

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

123 Hunter (2006), S. 40.

124 Buckel (2015), S. 237.

125 Buckel (2015), S. 242.

126 Buckel (2015), S. 243.

127 Buckel (2015), S. 245.

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

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

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

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

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

129 Spengler (1978), S. 650.

130 Buckel (2015), S. 228.

131 Buckel (2015), S. 228.

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

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

132 Buckel (2015), S. 228.

133 Buckel (2015), S. 229.

134 Buckel (2015), S. 229.

135 Buckel (2015), S. 229.

136 Brentel (1989), S. 161.

137 Buckel (2015), S. 228.

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

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

Resultat

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

138 Buckel (2015), S. 322.

139 Buckel (2015), S. 322.

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

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

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

„Die moderne Form der Rechte ist die Form der Differenz.“¹⁴¹

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

140 Buckel (2015), S. 236.

141 Menke (2018d), S. 106.

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

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

142 Menke (2018d), S. 101.

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

144 Menke (2018d), S. 19.

145 Menke (2018d), S. 17.

philosophie an einer Stelle explizit systematisch entwickelt wird und nur selten erwähnt wird.¹⁴⁶

„Geschichtsphilosophie der Form“

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

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

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

147 Horn (1997), S. 172.

148 Kittsteiner (1980).

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

150 Benjamin (1965b), S. 63–64.

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

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

Zur Rekapitulation der Einsichten Menkes

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

derung zwischen einem Recht und dem Recht ist der Ausdruck einer *Revolution der rechtlichen Form*. Sie definiert das Recht als das *Recht der Rechte*.¹⁵¹ Wie ist dann das (alte) Recht bestimmt, wenn das neue Recht das Recht der Rechte sein soll?

Recht an sich: Die „Lücke im Recht“

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

Formen des Rechts: Antike

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

151 Menke (2018d), S. 29.

152 Menke (2018d), S. 111.

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

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

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

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

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

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

156 Dieser Primat ist Gegenstand der ersten geschichtsphilosophischen Abhandlung.

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

Worauf beruht der Begriff modernes Rechts? Das moderne Recht hat seinen Grund in einem ontologischen Umbruch hin zur Legalität,¹⁵⁸ ich hatte dies bemerkt. Damit einher geht ein neues Verhältnis zur außerrechtlichen Natur, dem Nichtrecht, der Materie. Diese Lücke zur Faktizität, auf der das Recht zwar selbst nicht gründet, aus der es jedoch seine Autonomie aufnehmend herleiten muss, wird im modernen Recht reflexiv aufgegriffen. Dieses Wesen treibt eine Form aus sich heraus, welche die Selbstreflexion operationalisiert. Diese Selbstreflexion wird von Menke nicht als Dogmatik, Rechtsphilosophie, ziviler Ungehorsam¹⁵⁹ oder sonstige Möglichkeiten der Reflexion einzelner Menschen bestimmt, sondern liegt in der Möglichkeit, überhaupt *Rechte* zu haben. Die Tatsache, dass die Rechte dem Recht vorgeordnet sind, ist für Menke der Formausdruck der modernen Selbstreflexion des Rechts auf sein Anderes, das Nichtrecht. Selbstreflexion bedeutet immer auch das Denken der Selbsthervorbringung.¹⁶⁰ Für dieses Denken der Selbsthervorbringung stehen damit gerade die Rechte in Form ihrer (funktionalen) Vorordnung vor dem Recht.

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

157 Menke (2018d), S. 102.

158 Menke (2018d), S. 103.

159 Akbarian (2023).

160 Menke (2018d), S. 132.

161 Menke (2018d), S. 165.

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

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

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

162 Menke (2018d), S. 165.

163 Adorno (1966), S. 27.

164 Menke (2018d), S. 164.

165 Menke (2018d), S. 165.

166 Menke (2018d), S. 102.

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

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

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

167 Menke (2018d), S. 171.

168 Menke (2018d), 165.

169 Bayer (2021), S. 106.

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

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

Formen des Rechts: bürgerliches Recht

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

171 Menke (2018d), S. 164.

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

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

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

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

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

172 Böckenförde (1976), S. 60.

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

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

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

Schwierigkeiten dieser Formbestimmung: Differenz- oder Substanztheorie?

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

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

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

175 Menke (2018d), S. 111.

176 Menke (2018d), S. 122–123.

Differenztheoretische Bestimmung

Zunächst ist es von herausragender Bedeutung, Menkes Formbegriff des Rechts – und zwar allen Rechts – als differenztheoretischen Begriff festzuhalten. Recht ist Unterscheidung. Damit ist auch deutlich ausgesprochen, was Recht nicht ist. Luhmann bringt das auf den Punkt, indem er festhält, die Systemtheorie setze voraus, „dass man die Erklärung aus einem *Prinzip* (Gerechtigkeit, Nutzenkalkül, Freiheit, Gewalt) durch die Erklärung aus einer *Unterscheidung* ersetzt“.¹⁷⁷ Dass die Form nicht mehr als Erscheinung eines Wesens jenseits der bloßen Unterscheidung gedeutet werden darf, ist damit die Grundannahme jeder Differenztheorie. Gerade dieser Wegfall der außerrechtlichen Einhebungsversuche, um durch diese die Lücke auf das Nichtrecht zu schließen, macht das moderne Recht aus.¹⁷⁸ Man könnte sagen, die Form ruht nicht mehr auf einem Grund jenseits ihrer selbst (wir erinnern an die Begründung des traditionellen Rechts durch die Gerechtigkeit), sondern sie verlangt lediglich: „Triff eine Unterscheidung.“¹⁷⁹ Menke legt also dem gesamten Recht¹⁸⁰ einen differenztheoretischen Formbegriff zugrunde, da für ihn jedes Recht die Unterscheidung zwischen Recht und Unrecht trifft und damit gleichzeitig die Lücke zwischen Recht und Nichtrecht notwendigerweise aufreißt, weil sich im Zuge der rechtlichen Unterscheidung stets der Wiedereintritt der Form in die Form im Sinne von Spencer-Brown ereignet oder wie Menke in Anspielung auf die *laws of form* treffend feststellt: „In der Selbstreflexion des Rechts wird das Gesetz der Form zur Form des Gesetzes.“¹⁸¹

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

177 Luhmann (1993a), S. 26.

178 Menke (2018d), S. 235.

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

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

181 Menke (2018d), S. 141.

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

Einheit des Rechtsbegriffs

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

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

182 Marx (1968), S. 371.

183 Luhmann (1993a), S. 27.

184 Marx (1983), S. 634.

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

185 Menke (2018d), S. 11.

186 Adorno (1966), S. 40.

187 Menke (2018d), S. 166.

188 Menke (2018d), 14. Kapitel.

189 Schmitt (2015b), S. 66.

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

191 Menke (2018d), S. 101.

Selbstreflexion und Metaphysik

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

1. Reflexion als Wesen: Dialektik benötigt Totalität

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

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

192 Luhmann (1987), S. 604.

193 Luhmann (1987), S. 605.

194 Luhmann (1987), S. 621.

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

2. ontologische Form: Spekulation benötigt Ontologie

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

195 Menke (2018d), S. 153.

196 Hoffmann (2004), S. 37.

197 Luhmann (1987), S. 607.

198 Luhmann (1993b), S. 199.

199 Menke (2018d), S. 121.

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

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

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

200 Schmitt (2015a), S. 29.

201 Menke (2018d), S. 129.

202 Luhmann (1987), S. 596.

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

3. Reflexion als normativer Begriff

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

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

203 Menke (2018d), S. 166.

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

4. „Europäisches Recht“ (Loick)

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

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

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

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

206 Menke (2018d), S. 101.

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

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

5. Zusammenfassung

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

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

207 Loick (2017), S. 12.

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

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

Für Loick stellt die Form des europäischen Rechts wesentlich ein Subjektivierungsregime dar, welches genealogisch auf christlich-römischen Momenten beruht, damit im wesentlichen imperialer Natur ist²⁰⁹ und durch Rekurs auf die jüdische Rechtsauslegung unterlaufen werden soll. Rechtsform und Subjektivierung fallen zusammen.

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

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

II. Gewalt

1. Einführung

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

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

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

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

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

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

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

211 Kalthöner (2021), S. 13.

212 Kalthöner (2021), S. 13.

213 Kalthöner (2021), S. 9.

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

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

2. Recht und Gewalt (Menke)

Einführung

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

215 Kalthöner (2021), S. 14–15.

216 Cohen (2001), S. 400.

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

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

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

217 Menke (2018e).

218 Menke (2018d), S. 403–407.

die gesamte Rechtskritik Menkes jedenfalls in ihrem Ausgang unentbehrlich ist, den Text Benjamins zur *Kritik der Gewalt*. Um darüber das Erkenntnisinteresse nicht aus den Augen zu verlieren, betrachte ich den Text vor allem dahingehend, was Menke aus ihm gewonnen hat bzw. gewonnen zu haben glaubt und wo er, den eigenen Begriffen folgend, sich von Benjamin löst. Nicht eigentlich soll daher zahlreichen Deutungen,²¹⁹ wie auch den Deutungen der Deutungen²²⁰ noch eine weitere hinzugefügt werden. Dass dadurch einige Argumente und Passagen des Textes unbeachtet bleiben müssen, sei mir an dieser Stelle nachgesehen.²²¹

Kritik der Gewalt (Benjamin)

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

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

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

220 Haverkamp 1994b.

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

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

223 Honneth (2011b), S. 193.

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

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

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

224 Benjamin (1965b), S. 29.

225 Benjamin (1965b), S. 29.

226 Honneth (2011b), S. 204.

227 Benjamin (1965b), S. 45.

228 Benjamin (1965b), S. 29.

229 Benjamin (1965b), S. 45.

min muss aber feststellen dass jede Lösung menschlicher Konflikte oder aber eine „Erlösung aus dem Bannkreis aller bisherigen weltgeschichtlichen Daseinslagen“²³⁰ nicht völlig ohne jede Gewalt auszu- kommen vermag.

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

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

230 Benjamin (1965b), S. 54.

231 Benjamin (1965b), S. 55.

232 Benjamin (1965b), S. 59.

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

234 Benjamin (1965b), S. 60.

235 Benjamin (1965b), S. 60.

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

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

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

237 Benjamin (1965b), S. 56.

238 Honneth (2011b), S. 206.

239 Benjamin (1965b), S. 64.

240 Honneth (2011b), S. 197–198.

241 Benjamin (1965b), S. 54.

242 Horkheimer (2007), S. 16–17.

243 Luhmann (1968), S. 9.

244 Schmitt (2002), S. 27.

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

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

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

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

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

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

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

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

247 Honneth (2011b), S. 194.

248 Honneth (2011b), S. 194.

249 Derrida (2013), S. 88.

250 Benjamin (1965b), S. 41.

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

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

251 Benjamin (1965b), S. 63–64.

252 Benjamin (1965a), S. 90.

253 Honneth (2011b), S. 195.

254 Honneth (2011b), S. 195.

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

256 Benjamin (1965b), S. 54.

257 Kambas (1992), S. 252.

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

Recht und Gewalt I

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

258 Kambas (1992), S. 251.

259 Benjamin (1965b), S. 64.

260 Menke (2018e), S. 12.

261 Menke (2018e), S. 51–60.

262 Menke (2018e), S. 61–67.

Was Menke von Benjamin lernt...

Menke liest im ersten Teil seiner Studie aus der *Kritik der Gewalt* zwei sich gegenseitig ergänzende Gesichtspunkte Benjamins, nämlich die „Doppelthese“²⁶³, dass das Recht sich erstens gegen das Nichtrecht²⁶⁴ durchzusetzen und dies sich stets wiederholend zu vollziehen hat.²⁶⁵ Dies wird in Anlehnung an Benjamin als „mythisch“ bezeichnet.²⁶⁶ Diese Einsicht Benjamins wird Menke nicht mehr aufgeben, unabhängig davon, wie er sie auch (rein sprachlich) reformuliert.

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

263 Menke (2018e), S. 59.

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

265 Menke (2018e), S. 58.

266 Benjamin (1965b), S. 59.

267 Menke (2018e), S. 55.

268 Menke (2018e), S. 56.

269 Benjamin (1965b), S. 54.

270 Menke (2017).

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

272 Menke (2017), S. 117.

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

Was Benjamin von Menke hätte lernen können

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

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

273 Menke (2018e), S. 61.

274 Menke (2018e), S. 58–59.

275 Menke (2018e), S. 41.

276 Menke (2018e), S. 64.

277 Menke (2018e), S. 64.

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

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

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

Menkes Entwurf einer „Entsetzung“

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

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

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

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

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

279 Menke (2018e), S. 64.

280 Menke (2018e), S. 103.

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

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

281 Menke (2018e), S. 68.

282 Benjamin (1965b), S. 60.

283 Menke (2018e), S. 70.

284 Menke (2018e), S. 87.

285 Menke (2018e), S. 89.

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

Zwischenfazit

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

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

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

286 Menke (2018e), 90–93.

287 Menke (2018e), S. 102.

288 Menke (2018e), S. 103.

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

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

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

Recht und Gewalt II

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

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

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

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

291 Menke (2018d), S. 404.

292 Menke (2018e), S. 90.

293 Menke (2018d), S. 404.

294 Menke (2018d), S. 403.

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

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

296 Adorno (1966), S. 162.

297 Adorno (1966), S. 162.

298 Adorno (1966), S. 162.

299 Adorno (1966), S. 161.

300 Menke (2018d), S. 406.

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

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

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

301 Menke (2018d), S. 406.

302 Finistrella (2020), S. 89.

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

304 Menke (2018d), S. 407.

305 Haverkamp (1994a), S. 167.

306 Menke (2018d), S. 406.

307 Menke (2018d), S. 129.

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

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

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

308 Honneth (2011b), S. 194.

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

310 Menke (2018d), S. 197.

311 Honneth (2011b), S. 199.

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

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

Fazit zum Gewaltbegriff Menkes

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

312 Menke (2018d), S. 10.

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

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

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

Einführung

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

314 Menke (2018e), S. 67–71.

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

316 Menke (2018e), S. 88–95.

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

317 Loick (2017), S. 13.

318 Benjamin (1965b), S. 29.

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

Rechtszwang (Kant)

Ausgangsthese und Methode

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

320 Honneth, S. 9 (2012).

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

322 Loick (2012), S. 138–139.

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

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

323 Loick (2012), S. 23.

324 Loick (2012), S. 21.

325 Loick (2012), S. 22.

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

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

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

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

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

326 Hegel (1988), S. 15.

327 Adorno (1951), S. 80.

328 Löwith (1981), S. 83.

329 Hoffmann (2004), S. 31.

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

330 Adorno (1966), S. 9.

331 Loick (2012), S. 23.

332 Adorno (1966), S. 368.

333 Dieses Moment geht auf Lukacs (1975) zurück.

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

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

336 Adorno (1966), S. 15.

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

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

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

337 Adorno (1966), S. 398.

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

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

Gerade diese Skepsis Cohens „gegenüber allen Absolutheitsansprü-
chen“³⁴² ist es, welche ihn in eine (selbst-)ironisierende Haltung
treibt. Es erhellt hieraus, dass es sich bei der Ironisierung um ein
Konzept handelt, welches in der Moderne immer wieder Anwen-
dung findet. Die Ironie ist insbesondere ein Konzept individualisti-
scher Kritik gewesen, welche auf einen Revolutionsbegriff verzichtet,
dies gilt für Cohen³⁴³ und erst recht für Kierkegaard. Damit ist
gezeigt, dass sich die Ironisierung nicht erst aus dem Niedergang
der Totalität ergibt, womit die Ironie die Totalität beerben würde,
sondern dass sie in dem Sinne gegen diese Totalität gerichtet ist, dass
sie diese voraussetzt. Loick betont jedoch, ironisieren zu müssen,
da es keine Totalität mehr gebe. Hier werden Ursache und Wirkung
verdrehet, ist es doch diese Form der Ironie, welche sich gegen die
Totalität in ihrem partikularistischen Winkel verbirgt.³⁴⁴

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

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

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

341 Cohen (2002), S. 429.

342 Holzey (1994), S. 33.

343 Holzey (1994), S. 28.

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

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

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

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

Die klassische Vorstellung: Gewalt und Zwang in der zeitgenössischen Staatsrechtslehre

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

345 Loick (2012), S. 23.

346 Zupančič (2014), S. 73.

347 Zupančič (2014), S. 40.

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

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

349 Waldhoff (2008), S. 17.

350 Waldhoff (2008), S. 17.

351 Waldhoff (2008), S. 14.

352 Waldhoff (2008), S. 14.

353 Waldhoff (2008), S. 18.

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

Die Bedeutung des Zwangs in der Rechtslehre Kants

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

356 Heuser (2020), S. 85.

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

358 Brandt (2009), S. 195.

359 Pfordten (2020), S. 369.

360 Deggau (1983), S. 56.

durch den Zwang erst hergestellt.³⁶¹ Hierin sieht Deggau genau eine der von ihm prominent thematisierten „Aporien“ in der kantischen Rechtslehre. Das Recht muss äußerlich werden, „in sittliche Verhältnisse“ eingreifen (um mit Benjamin zu reden) und gibt damit zum Teil seinen intelligiblen Charakter auf. Anstatt hier aber die Notwendigkeit der Entäußerung zu begreifen, kann Deggau diesen Umstand nur als hoffnungslose Aporie deuten. Dieser aporetische Zug ist sicherlich schon in der kantischen Gegenüberstellung eines Reichs der Notwendigkeit und eines Reichs der Freiheit angelegt, den beispielsweise Menke im Anschluss an Adornos Vorlesung über die (im wesentlichen Kantische) Moralphilosophie³⁶² reformuliert und zu überwinden sucht,³⁶³ der sich aber auch in der aktuellen Diskussion um die Transzendenz³⁶⁴ wiederfindet und für Adorno in ästhetischer, wie auch politischer Hinsicht und dem (kantischen) Begriff der Spontaneität verhandelt wird. Die Frage lautet nun: Handelt es sich wirklich um eine Aporie und falls ja, wie ist mit ihr zu verfahren und was bedeutet dies für das Recht?

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

361 Deggau (1983), S. 308.

362 Adorno (2015).

363 Menke (2018c).

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

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

Loicks Einwände

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

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

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

³⁶⁶ Loick (2017), S. 18.

³⁶⁷ Loick (2012), S. 141.

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

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

Die Frage der analytischen Verbindung (a priori)

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

369 Kant (1900aff.), S. 205–206.

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

371 Kant (1900bff.), A 151.

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

373 Willaschek (2004), S. 276.

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

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

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

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

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

377 Willaschek (2004), S. 277.

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

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

entscheidend, da er das Zwangsrecht schon aus dem kantischen Rechtsbegriff selbst abzuleiten vermag³⁸⁰ und insofern § D eher deklamatorischen Charakter zusprechen muss.³⁸¹ Indem Willaschek dann aber den Zwang schon aus dem allgemeinen Begriff des Rechts schöpft bleibt unklar, warum Kant sich überhaupt genötigt gesehen hat, § D überhaupt als solchen einzuführen. Auf diese Frage geht Willaschek nicht ein. Das ist konsequent, weil er die aus seiner eigenen Argumentation überhaupt erst folgende „Übeneralisierung der Konklusion im § D“³⁸² gerade hervorgerufen hat. Erst diese Argumentation nötigt ihn, ein Argument jenseits der kantischen Ausführungen zu finden. Diese zweite Begründung des Zwangs bei Willaschek hat an dieser Stelle aber nicht weiter zu interessieren, da Loick auf selbige nicht weiter eingeht. Loick schließt sich damit im Ergebnis der, so jedenfalls hier vertretenen, fehlerhaften Widerlegung des § D Kants nach Willaschek an, um dann dessen „Rettung“ der kantischen Zwangslegitimierung aus dem kantischen Rechtsbegriff in einem zweiten Schritt zu vernachlässigen.

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

380 Willaschek (2004), S. 278.

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

382 Willaschek (2004), S. 278.

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

384 In der Tendenz so: Horn (2014).

Die Frage der synthetischen Verbindung (a priori)

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

Also eine empirische Begründung?

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

385 Kant (1900bff.), A 154.

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

387 Willaschek (2004), S. 277.

388 Loick (2012), S. 139.

389 Vgl. Kant (1900aff.), S. 249–251.

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

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

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

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

391 Loick (2012), S. 138.

392 Horn (2014), S. 54–55.

393 Horn (2014), S. 55.

394 Schmitt (2015b), S. 69.

395 Loick (2012), S. 141.

Richtigkeit der empirischen Begründung

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

Zu Hermann Cohens Kritik des kantischen Rechtszwangs

Der „Fusspunkt des Menschen in der Sinnenwelt, und der Höhengesichtspunkt des *homo noumenon*. Das sind die beiden Standpunkte, von welchen die erzeugende Betrachtung einer sittlichen Welt ausgehen muss.“³⁹⁷

Einleitung

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

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

397 Cohen (2001), S. 335.

398 Cohen (2001), S. 373.

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

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

399 Cohen (2001), S. 375.

400 Cohen (2001), S. 368.

401 Cohen (2001), S. 375.

402 Cohen (2001), S. 369.

403 Cohen (2001), S. 369.

404 Cohen (2001), S. 376.

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

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

405 Cohen (2001), S. 380.

406 Cohen (2001), S. 480–481.

407 In diesem Zusammenhang vgl. Schorch (2012).

408 Scheit (2015), S. 123.

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

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

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

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

410 Cohen (2001), S. 394.

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

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

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

411 Cohen (2001), S. 381.

412 Cohen (2001), S. 390.

413 Cohen (2001), S. 442.

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

415 Cohen (2001), S. 384.

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

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

Naturrecht und Naturzwang

„In der Legalität selbst steckt schon der Zwang.“⁴¹⁸

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

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

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

418 Cohen (2001), S. 400.

419 Cohen (2001), S. 400.

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

421 Cohen (2001), S. 401.

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

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

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

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

422 Cohen (2001), S. 401.

423 Cohen (2001), S. 404.

424 Cohen (2001), S. 391.

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

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

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

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

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

425 Cohen (2001), S. 399.

426 Cohen (2001), S. 384.

427 Benjamin (1965b), S. 30.

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

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

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

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

429 Cohen (2001), S. 393.

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

431 Cohen (2002), S. 260.

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

433 Cohen (2001), S. 396.

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

Vernunftzwang und Thomasius oder: der Streitfall ‚junger Feuerbach‘

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

434 Cohen (2001), S. 412.

435 Cohen (2001), S. 448.

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

437 Feuerbach (1996), §17.

438 Cohen (2001), S. 401.

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

„Recht ist eine, durch die Vernunft bestimmte, Möglichkeit des Zwangs“⁴⁴²

Und Feuerbach setzt an dieser Stelle nach:

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

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

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

440 Cohen (2001), S. 395.

441 Cohen (2001), S. 394.

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

443 Feuerbach (1963), S. 259.

444 Kersting (1984), S. 59.

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

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

Aus diesem Gedanken ergibt sich die Begründung äußerer Rechte.⁴⁴⁸ Die Legalität im Sinne von Feuerbachs *Kritik* beschreibt also nicht ein *Jenseits der Vernunft*, sondern soll die Durchsetzung des vernunftbestimmten Sittengesetzes gewährleisten. Insofern ist es verständlich, dass Cohen sich hier affirmativ auf Feuerbach bezieht, trennt dieser das Recht und das Sittengesetz doch tatsächlich nur, um die Wirksamkeit des Sittengesetzes gewährleisten zu können.⁴⁴⁹ Eine schroffe Gegenüberstellung zwischen Rechts- und Tugendlehre kann darin meines Erachtens nicht gesehen werden. Kant ist dieser Konzeption bekanntlich nicht gefolgt. Cohen sieht gerade darin den Rückschritt, der in einem ungebrochenen Rückgriff auf Thomasius seinen Ausdruck findet. Ob Kant in seiner Rechtslehre wirklich Thomasius folgt, ist hier nicht zu entscheiden (auch wenn wechselseitig Feuerbach wie Kant der Vorwurf gemacht wird, sie seien auf Thomasius zurückgefallen⁴⁵⁰). Die hier relevante Frage lautet nicht:

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

446 Kersting (1984), S. 61.

447 Kersting (1984), S. 60.

448 Feuerbach (1963), S. 289.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

451 Cohen (2002), S. 319.

452 Cohen (2002), S. 339.

453 Schmid (1995), S. 64.

454 Cohen (2001), 394.

455 Cohen (2001), S. 395.

Unterscheidungsgründe selbst wieder ihr innerlichster Zusammenhang vollzogen und anerkannt wird.“⁴⁵⁶

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

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

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

456 Cohen (2001), S. 395.

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

458 Cohen (2001), S. 413.

459 Cohen (2001), S. 399.

460 Cohen (2001), S. 454.

461 Cohen (2001), S. 449.

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

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

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

463 Cohen (2002), S. 242.

464 Cohen (2002), S. 261.

465 Cohen (2002), S. 262.

466 Cohen (2002), S. 264.

467 Loick (2018).

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

Zwei Gesetze sind weniger als ein Gesetz – der Fall Paulus

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

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

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

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

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

469 Cohen (2002), S. 268.

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

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

In welchem Zeichen errichtet Paulus im Römerbrief diese Kritik am Gesetz? Es ist die Liebe, denn jetzt ist „die Liebe des Gesetzes Erfüllung.“⁴⁷⁴ Diese Topoi christlicher Gesetzeskritik sind hinlänglich bekannt, nicht zuletzt noch einmal aktualisiert im Deutschen Idealismus⁴⁷⁵ und durch die einflussreiche Paulus-Lektüre *Jacob Taubes*.⁴⁷⁶ Wie aber ist Cohens Kritik an der kantischen Legalität mit dieser

470 Vgl. Röm 13.

471 Röm 7,7.

472 Röm 7,19.

473 Röm 8, 3–4.

474 Röm 13,10.

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

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

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

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

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

477 Himmelmann (2023), S. 137.

478 Von der ersten Kritik ohnehin einmal abgesehen.

479 So im Ergebnis auch Himmelmann (2023).

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

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

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

481 Lütkehaus (2019), S. 13.

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

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

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

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

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

Abschließende Überlegungen zur Konzeption Cohens

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

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

483 Cohen (2001), S. 481.

484 Cohen (2001), S. 478.

485 Cohen (1924), S. 290.

486 Cohen (1924), S. 291.

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

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

487 Freud (2010), S. 164.

488 Freud (2010), S. 164.

489 Cohen (1924), S. 294.

490 Freud (2010), S. 164.

491 Cohen (1924), S. 294.

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

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

492 Holzey (1994), S. 17.

493 Cohen (2001), S. 246–247.

494 Schopenhauer (2016), § 63.

495 Taubes (1993), S. 121.

496 Cohen (1924), S. 299.

497 Cohen (2001), 127.

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

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

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

498 Cohen (2001), S. 140.

499 Cohen (2001), S. 141.

500 Cohen (2001), S. 141.

501 Heidegger (1982), S. 73.

502 Baumotte (1975), S. 33.

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

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

503 Baumotte (1975), S. 33–34.

504 Cohen (2002), S. 177.

505 Schmitt (1914), S. 70–71.

506 Schmitt (1914), S. 59.

507 Schmitt (1914), S. 71.

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

„Universalität müsste aber völlige Entpolitisierung und damit vor allem zunächst einmal mindestens konsequente *Staatenlosigkeit* bedeuten.“⁵¹⁵

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

508 Cohen (2001), S. 454.

509 Cohen (2002), S. 283–284.

510 Schmitt (1914), S. 75.

511 Cohen (2001), S. 429.

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

513 Cohen (2001), S. 556.

514 Cohen (2001), S. 454.

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

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

„rechtsinterpretierende“ Gewalt

Einführung

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

516 Loick (2012), S. 232–245.

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

Interpretation als Gewalt

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

517 Benjamin (1965b), S. 29.

518 Benjamin (1965b), S. 29.

519 Benjamin (1965b), S. 45.

520 Benjamin (1965b), S. 45.

pretation als mögliche Lösung von Konflikten. Dies geschieht beispielsweise, wenn die nun eingeführte „rechtsinterpretierende“ Gewalt dadurch überwunden werden soll, dass eine Interpretation der Gesetze durch die Streitbeteiligten stattfinden soll⁵²¹ oder, wie Loick dies im Rahmen seiner Emphase der jüdischen Auslegungspraxis hervorhebt, ein interpretativer Pluralismus⁵²² die Gewaltförmigkeit des Rechts brechen soll. Kann auf dieser Grundlage die Gewalt in der Interpretation selbst zu suchen sein, wenn diese gleichsam zur Lösung des Zwangsproblems in Anschlag gebracht wird?

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

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

521 Loick (2012), S. 321.

522 Loick (2017), S. 320.

523 Damit ist das Problem einer epistemischen Ungerechtigkeit nur ausgeklammert.

524 Loick (2012), S. 236.

525 Loick (2012), S. 236–237.

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

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

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

526 Loick (2012), S. 237.

527 Loick (2012), S. 237.

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

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

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

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

529 Loick (2012), S. 237.

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

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

532 Loick (2012), S. 236.

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

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

533 Benjamin (1965b), S. 54.

534 Helbig/Hoff (2024).

535 Hegel (1986b), § 101.

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

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

Jenseits der Dichotomie

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

⁵³⁶ Loick (2012), S. 321.

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

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

4. Kohäsion und Rechtsform (Buckel)

Divide et impera: Kohäsion als Gewalt

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

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

538 Buckel (2015), S. 215.

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

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

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

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

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

539 Buckel (2015), S. 256.

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

541 Buckel (2015), S. 70.

542 Buckel (2015), S. 222.

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

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

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

543 Adorno (1951), S. 80.

544 Buckel (2015), S. 229.

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

Verdinglichung

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

⁵⁴⁵ Marx (2018), S. 87.

⁵⁴⁶ Lukacs (1975), S. 187.

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

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

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

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

547 Buckel (2015), S. 234.

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

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

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

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

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

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

549 Buckel (2015), S. 238.

550 Buckel (2015), S. 240.

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

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

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

Verselbstständigung und „rechtsinterpretierende Gewalt“

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

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

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

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

553 Benjamin (1965b), S. 54.

554 Menke (2018e), S. 104–105.

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

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

Krisenbegriffe: Poiesis und Praxis

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

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

556 Buckel (2015), S. 245–250.

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

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

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

558 Bubner (1976), S. 48.

559 Grassie (1994), S. 47.

560 Castoriadis (2011), S. 232.

561 Hubig (1981), S. 174.

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

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

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

562 Bubner (1976), S. 66–73.

563 Kauffmann (1993), S. 92–103.

564 Kauffmann (1993), S. 104.

565 Kauffmann (1993), S. 107.

566 Kauffmann (1993), S. 110.

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

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

Arbeit und Poiesis bei Marx

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

567 Bubner (1976), S. 117.

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

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

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

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

569 Buckel (2015), 33, 214.

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

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

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

Rechtsform als Poiesis

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

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

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

573 Schmale (1994), S. 121.

574 Buckel (2015), S. 237.

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

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

575 Hubig (1981), S. 174.

576 Hubig (1981), S. 174.

577 Buckel (2015), S. 316f.

578 Buckel (2015), S. 316.

579 Buckel (2015), S. 301f.

580 Bubner (1976), S. 117.

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

III. Subjektivierung

1. Einführung

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

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

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

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

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

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

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

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

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

2. Juridismus (Loick)

„Es gibt einen anti-römischen Affekt.“⁵⁸⁷

Problemlage

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

584 Nietzsche (1988b), S. 90.

585 Nietzsche (1988b), S. 90.

586 Hegel (2008), S. 171.

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

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

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

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

588 Honneth (2011a), S. 161.

589 Besonders prägnant in: Loick (2014).

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

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

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

590 Loick (2017), S. 13.

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

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

„ideologische Täuschung, psychologische Deformation, Verlust kommunikativer Qualität und [...] politische Paralisierung.“⁵⁹²

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

591 Loick (2017), S. 13.

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

593 Honneth (2011a), S. 161.

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

Zunächst weist Loick auf den Zusammenhang von Atomismus und Despotismus hin. Hat das Recht den einzelnen erst einmal vereinzelt, bedarf es einer nachträglichen Verbindung, um die prekäre Einheit, welche das Gemeinwesen immer darstellt, zu einen. Die *reguläre* Herstellung der Einheit erfolgt durch den rechtlichen Zwang, falls dies nicht genügt, muss aus der rechtlichen Vereinzelung der Vielen eine radikalere Konsequenz gezogen werden, und zwar im Despotismus.⁵⁹⁷ Darin liegt die polizeiliche Komponente des europäischen Rechts.⁵⁹⁸ Die darin liegende psychologische Trennungsfunktion⁵⁹⁹ führt laut Loick notwendig zu einer Subjektivierung, welche sich im Egoismus besonders ausgeprägt wiederfindet.⁶⁰⁰ Im Einzelnen kann die Frage nach der Herkunft des Egoismus – ob dieser nun aus dem Recht allein herrührt oder ob er nicht doch eher ein Produkt des „Systems der Bedürfnisse“ ist –, an dieser Stelle dahinstehen. Wichtig zu sehen ist, dass Loick die negativen Dissoziationseffekte dem Recht selbst zuschreibt.⁶⁰¹

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

594 Honneth (2011a), S. 161.

595 Honneth (2011a), S. 167.

596 Honneth (2011a), S. 168.

597 Loick (2017), S. 128–130.

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

599 Loick (2017), S. 172–175.

600 Auch hier wieder Stirner (1969).

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

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

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

Loick rekonstruiert den späten Hegel⁶⁰³ so, dass dieser zu der ersten Variante neigt: „Der europäische Juridismus ist nun nicht mehr das Ergebnis falscher rechtlicher Subjektivierungsprozesse, sondern einer falschen Einstellung *zum Recht*.“⁶⁰⁴ Diese Aussage tätigt Loick im Hinblick auf Hegels Abkehr von seiner frühen Rechtskritik, die ihm zufolge aber zu einer Mystifizierung des Juridismus führt.⁶⁰⁵

602 Honneth (2011a), S. 157.

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

604 Loick (2017), S. 148.

605 Loick (2017), S. 149.

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

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

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

606 Kutting (2023), Kapitel C.

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

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

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

Zur Frage der Anerkennung

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

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

609 Loick (2017), S. 118.

610 Loick (2017), S. 295.

611 Loick (2017), S. 153.

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

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

Anerkennung jenseits des europäischen Rechts (Loick)

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

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

613 Loick (2017), S. 153.

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

615 Menke (2009), S. 108.

616 Hegel (1986b), § 36.

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

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

617 Loick (2017), S. 179.

618 Loick (2017), S. 180.

619 Loick (2017), S. 182.

620 Loick (2017), S. 184.

621 Loick (2012), S. 141.

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

3. Urteil und Subjekt (Menke)⁶²²

Einführung

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

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

623 Aristoteles (1976), 1254 b.

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

1. *These Aristoteles*

Zunächst beginne ich mit der ersten These Aristoteles', mit der Aristoteles Seele und Geist die Herrschaft über Leib und Streben einräumt. Diese These beantwortet die Frage, was den Menschen primär bestimmt und räumt dem Geist die Herrschaft über die Natur ein.⁶²⁵ Dieser Bestimmung hält Menke entgegen, dass Freiheit nicht allein in normativer Ordnung aufgeht. Worauf beruht diese Zurückweisung? Das Gute setzt sich für Menke nicht nur aus praktischen Zwecken zusammen, sondern erst die Doppelung in den praktischen Zweck und die Zwecklosigkeit des lebendigen, ästhetischen Spiels⁶²⁶ verwirklicht den Begriff des Guten.⁶²⁷ Erst die Aufnahme der ästhetischen Natur in den Geist vermag es, einen Begriff der Freiheit hervorzubringen, welcher praktische Freiheit und die Freiheit von dieser praktischen Freiheit zu denken vermag.⁶²⁸ Warum sollte man aber nach Menke die Freiheit von der praktischen Freiheit als Verwirklichung des Guten begreifen?

Zur Beantwortung dieser Frage bedarf es für Menke zunächst einer Neubestimmung des Verhältnisses von Geist und Natur. Diesen neuen Anfang findet Menke in dem Gedanken, dass die Natur, gezeigt am Beispiel des Inzestverbots bei Lévi-Strauss, die Entstehung des Geistes⁶²⁹ dadurch ermöglicht, dass die Natur eine Lücke gelassen hat, in welcher der Geist seine Ordnung zuerst ausbilden konnte.⁶³⁰ Diese Regellosigkeit der Natur wird wiederum selbst auf-

624 Aristoteles (1976), 1254 b.

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

626 Menke (2017), S. 126.

627 Menke (2017), S. 120.

628 Menke (2017), S. 127.

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

630 Menke (2018c), S. 37.

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

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

631 Menke (2018c), S. 38.

632 Menke (2017), S. 64.

633 Menke (2017), S. 68.

634 Menke (2017), S. 57.

635 Menke (2017), S. 71.

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

637 Menke (2017), S. 10.

638 Menke (2017), S. 11.

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

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

Diese nicht selbst normative, nicht kunstästhetische, sondern im Wortsinne ästhetische Selbstreflexion⁶⁴³ besteht „im Gewinn eines ästhetischen Selbstverhältnisses“.⁶⁴⁴ Wie urteilt man nun im Sinne dieser ästhetischen Selbstreflexion?⁶⁴⁵ Ein anschauliches Beispiel gibt Theodor W. Adorno in seiner Vorlesung über Negative Dialektik: „[...] [I]ch kann nicht anders, ich reagiere im Denken zunächst einmal idiosynkratisch, also sozusagen mit den Nerven“⁶⁴⁶ und führt an anderer Stelle, aber zum selben Thema, fort: „Mit aller Erwartung billigen Spotts wird man sagen dürfen, der philosophische Gedanke sei so beschaffen, daß er tendenziell seine Resultate früher hat, als er gedacht wird.“⁶⁴⁷ Dieses Moment idiosynkratischer Reaktion kann Menke nun als Ausdruck der Kraft verstehen:

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

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

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

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

644 Menke (1993), S. 403.

645 Menke (2019), S. 56.

646 Adorno (2007), S. 49.

647 Adorno (1998), S. 605.

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

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

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

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

648 Menke (2019), S. 149.

649 Menke (2019), S. 144.

650 Menke (2018e), S. 104.

651 Adorno (1970), S. 191.

652 Menke (2018e), S. 103.

653 Menke (2018e), S. 104.

654 Welsch (1989), S. 191.

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

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

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

2. *These Aristoteles'*

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

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

656 Menke (2018e), S. 43.

657 Menke (2017), S. 78.

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

659 Menke (2018c), S. 39.

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

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

Der Sklave ist somit Empfänger, nicht Hervorbringer von Urteilen (d. h. von Entscheidungen, Befehlen, Anordnungen). Er ist fähig, nach diesen zu handeln; und er ist vernünftig, soweit er sich „verständlich“ zeigt, weil er die Vernunftausübung des Herren „anzunehmen“ weiß. Die Frage nach der Fähigkeit zum Urteil ist damit unmittelbar eine politische, wie Menke im Anschluss an Hannah Arendts Diskussion der Einbildungskraft⁶⁶¹ festhält.⁶⁶² Warum ist die These Aristoteles' jedoch noch heute von Belang? Sie geht uns Menke zufolge deshalb an, weil sie weder von der bürgerlichen noch von der kommunistischen Demokratie wirklich widerlegt wurde.⁶⁶³ Menkes Einwand gegen die „Identitätsthese des Liberalismus“, welche Gleichheit und subjektive Rechte in eins setze,⁶⁶⁴ lautet wie folgt: Die intellektuelle Verdrängung der Natur durch den Geist von Aristoteles bis Kant führt dazu, dass die Gleichheit der Menschen entweder nur auf einem Vermögen ruhen kann (z. B. der Vernunft) oder aber auf der Akzeptanz der Tatsache, dass der Mensch, im handlungstheoretischen Sinne gesprochen, ein Leidender ist und sich aus diesem Grunde hinter der Schutzfunktion des subjektiven Rechts verbergen kann.

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

660 Aristoteles (1976), 1254 b.

661 Arendt (1985), S. 90.

662 Menke (2018d), S. 375.

663 Menke (2018d), S. 369.

664 Menke (2018d), S. 338.

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

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

665 Menke (2019), S. 168.

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

667 Menke (2018d), S. 367.

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

669 Menke (2018d), S. 364.

670 Menke (2018d), S. 35.

671 Menke (2018d), S. 397.

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

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

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

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

672 Menke (2019), S. 170.

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

674 Menke (2019), S. 171.

675 Menke (2019), S. 175.

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

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

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

Die von Arendt erläuterte Einbildungskraft⁶⁷⁷ wird von Menke nun offenbar gar nicht mehr als Möglichkeit politischer Gleichheit verstanden, ganz im Gegenteil: „Erst indem man den Gegenstand ‚wegräumt‘ – indem man sich ihn *vorstellt*: durch die (ästhetische) Operation der Einbildungskraft –, vermag man zu urteilen.“⁶⁷⁸ Die Einbildungskraft als Vermögen (man *vermag* durch die Einbildungskraft zu urteilen) scheint nun doch nicht das Fundament der Gleichheit, sondern gerade Grund der Ungleichheit zu sein. Es ist offenbar die Fortsetzung des aristotelischen Denkens in den Begriffen von „Herr“ und „Sklave“, welches Arendt in ihrer Darstellung der Philosophie Kants aufrechterhält, anstatt es zu überwinden. „Es ist nichts anderes als dieser Begriff des Urteilens als Vermögen der distanzierten, freien Begriffsverwendung, der Aristoteles' Behauptung zugrunde liegt,

676 Arendt (1985), S. 90.

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

678 Menke (2018d), S. 375.

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

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

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

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

679 Menke (2018d), S. 375.

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

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

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

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

Fazit

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

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

4. Subjektivierung (Buckel)

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

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

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

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

684 Buckel (2015), S. 217.

685 Buckel (2015), S. 218.

686 Buckel (2015), S. 219.

687 Buckel (2017), S. 469.

688 Buckel (2015), S. 217.

689 Buckel (2017), S. 461.

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

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

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

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

691 Buckel (2017), S. 472.

692 Buckel (2017), S. 474.

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

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

695 Feuerbach (1843), S. 48.

696 Feuerbach (1843), S. 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

705 Buckel (2017), S. 465.

706 Buckel (2015), S. 217.

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

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

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

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

708 Marx (2018), 59.

709 Hegel (1986b), § 190.

710 Hegel (1986b), § 190.

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

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

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

712 Hegel (1986b), § 115.

713 Hegel (1986b), § 121.

714 Hegel (1986b), § 190.

715 Quante (1993), S. 215.

716 Feuerbach (1843), S. 48.

mell⁷¹⁷ eingeführt, die Sphäre seines Daseins als die der „Differenz, Endlichkeit und Erscheinung des Willens“⁷¹⁸ bestimmt. Hegel geht so weit zu sagen, dass auf dieser Ebene der Entwicklung über den subjektiven Willen prinzipiell nicht zu urteilen ist. Der Standpunkt des subjektiven Willens in der Moralität ist, weil er noch nicht in die Sittlichkeit überführt wurde, der Standpunkt, von dem aus kein substanzieller Unterschied zwischen dem Moralischen und Unmoralischen gemacht werden kann. Sowohl die moralische wie die unmoralische Handlung beruhen auf demselben Prinzip, nämlich dem Prinzip der Subjektivität des Willens.

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

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

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

717 Hegel (1986b), § 108.

718 Hegel (1986b), § 108.

719 Hegel (1986b), § 11.

regime: *Warenbesitzer, differente Körper und Identitäten, politisch Vereinzelte und abstrakte Rechtssubjekte*.⁷²⁰ All diese Regime seien zugestanden und der Sache nach alles in allem unbestritten. Auch Hegel kennt „abstrakte Rechtssubjekte“, sowohl im abstrakten Recht als Person wie im entwickelten Rechtszustand der Rechtspflege, in dem „Ich als allgemeine Person aufgefaßt werde, worin alle identisch sind.“⁷²¹ Auch die Vermittlung oder Kohäsion⁷²² der Einzelnen „Moi-naden“ findet bei Hegel im Extremfall in der Wirklichkeit der Tapferkeit als Gesinnung, d. h. durch „das Hingeben der persönlichen Wirklichkeit“ statt.⁷²³ Was Hegel hier als notwendig affirmiert, geht weit über das hinaus, was Buckel *kritisiert*.

Es bleibt noch das heute zentrale (und vielleicht einzige) Subjektivierungsregime von echter Relevanz, die bürgerliche Gesellschaft, der Ort der Entfremdung.⁷²⁴ Buckel beschreibt die bürgerliche Gesellschaft zurecht als einen Ort, an dem sich Individuen „nicht als *soziale* Individuen [be]handeln können, sondern nur als konkurrierende WarenbesitzerInnen.“⁷²⁵ Der Hegel'sche Pöbel⁷²⁶ wäre ganz undenkbar ohne die „Anhäufung der Reichtümer“ einerseits und die „Vereinzelung und Beschränktheit der besonderen Arbeit und damit die Abhängigkeit und Not“ auf der anderen Seite.⁷²⁷ Die Frage ist jedoch, was mit diesen Einsichten gewonnen ist für eine Theorie der Subjektivierung bzw. anders gefragt: Worauf zielt die Theorie der Subjektivierung?

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

720 Buckel (2015), S. 219.

721 Hegel (1986b), § 209.

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

723 Hegel (1986b), § 328.

724 Hegel (1986b), § 238.

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

726 Hegel (1986b), § 244.

727 Hegel (1986b), § 243.

728 Buckel (2017), S. 474.

losophischer Problemanalyse ohne hinreichende Berücksichtigung gesellschaftstheoretischer Implikationen hingibt, der *interpretiert* die Welt lediglich und verhält sich somit beinahe reaktionär. Die 11. Feuerbachthese wiederum ruft einen anderen bedeutenden Text in Erinnerung, nämlich die *Negative Dialektik*. Diese beginnt immerhin mit einem von Adorno nicht kenntlich gemachten, aber dennoch direkten Bezug auf die 11. Feuerbachthese, und zwar: „Philosophie, *die einmal überholt schien*, [und zwar durch die 11. Feuerbachthese, S. K.] erhält sich am Leben, weil der Augenblick ihrer Verwirklichung versäumt war [und zwar seit der gescheiterten Revolution, spätestens 1918, S. K.]“⁷²⁹ Die heutige Kritische Theorie teilt sich damit selbst in zwei Gruppen. Es gibt diejenigen, welche dem ersten Satz der *Negativen Dialektik* zustimmen, und es gibt diejenigen, die ihm nicht zustimmen. Der ungebrochene Rekurs auf die 11. Feuerbachthese ist damit für mich bis auf Weiteres erledigt. Die Revolutionen sind gescheitert, es beginnt das Nachdenken darüber, warum das der Fall ist.⁷³⁰

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

729 Adorno (1966), S. 13.

730 Auch Menkes erster Satz in der *Theorie der Befreiung* ist ein Hinweis auf die 11. Feuerbachthese und auf die soeben zitierte Anspielung Adornos. Er lautet: „Wir leben in einer Zeit gescheiterter Befreiungen. Alle Befreiungen, die die Moderne seit ihrem Beginn hervorgebracht hat, haben sich – früher oder später – ins Gegenteil verkehrt.“ Menke (2022), S. 9.

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

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

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

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

733 Buckel (2017), S. 474.

734 Buckel (2017), S. 473.

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

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

737 Hegel (1986b), § 190.

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

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

739 Hegel (1986b), § 182.