

Sonja Buckel  
Rechtskritik

Gab es in der Bundesrepublik schon einmal eine Tagung, zu der so viele kritische Jurist\*innen zusammen kamen?<sup>1</sup> War dies nicht vielleicht sogar überfällig, um sichtbar zu machen, was sich schon lange unter der Oberfläche herausgebildet hat: eine in ihren Gründungsjahren noch relativ unwahrscheinliche kritische juristische Bewegung, die sich inzwischen im ganzen Gewebe der bundesdeutschen Gesellschaft ausgebreitet hat: in der Justiz, an den Universitäten, in der Verwaltung, den Anwaltspraxen, den NGOs, den Medien?

Die Praxis der Rechtskritik reicht sicherlich Jahrhunderte zurück, aber der Beginn *dieser spezifischen Bewegung* der Rechtskritik beginnt mit dem Jahr 1968. Nicht zufällig wurde in diesem Jahr die *Kritische Justiz* gegründet. Auch die *critical legal studies* in den USA nahmen ihren Anfang in den 1960er Jahren und verdichteten sich etwas später, 1977, auf der Konferenz an der University of Wisconsin-Madison. Die KJ war mit dem expliziten Ziel gegründet worden, die „unkritische Haltung“ der traditionellen Justiz anzugreifen: „Kritische Rechtswissenschaft“, so heißt es im Gründungsdokument, „meint dabei die Aufdeckung des Bezugs zwischen Recht und Gesellschaft, seiner politischen, sozialen und gesellschaftspolitischen Implikationen.“<sup>2</sup> Man setzte sich also von einer traditionellen Rechtswissenschaft ab, die das Recht selbstbezüglich oder rein dogmatisch, von seinem gesellschaftspolitischen Charakter abstrahierend, verstand. Diese unkritische Haltung war ganz offensichtlich historisch mit einem mehrheitlich obrigkeitshörigen und im Nationalsozialismus willfährigen und affirmativen Berufsstand verbunden gewesen. Dem opponierten in der neuen BRD Studierende und Referendar\*innen der Rechtswissenschaft, die sich politisch im SDS engagierten und sich marxistische Rechtstheorien angeeignet hatten, gemeinsam mit „den führenden Vertretern jener hauchdünnen juristischen Gegenelite der Bundesrepublik, die im politischen Widerstand bzw. in der Emigration das NS-Regime bekämpft hatten“, wie etwa Wolfgang Abendroth und Fritz Bauer.<sup>3</sup> Zum Kreis der Autoren gehörten zudem linksliberale Rechtswissenschaftler, mit denen

- 1 Dies ist die schriftliche Ausarbeitung des Eröffnungsvortrages auf der Tagung „Praxen der Rechtskritik“, veranstaltet von der *Kritischen Justiz*, dem *Republikanischen Anwälte und Anwältinnenverein*, der *Neuen Richter Vereinigung*, der *Vereinigung Demokratischer Juristinnen und Juristen*, dem *European Center for Constitutional and Human Rights*, dem *Bundesarbeitskreis Kritischer Jura-Gruppen*, der *Humboldt Law Clinique* und dem *Forum Recht und Netzpolitik.org*. Die mit 500 Teilnehmenden gut besuchte Tagung fand statt vom 7.-9. April 2016 an der HU Berlin. Für kritische Anmerkungen danke ich Andreas Fischer-Lescano, Tanja Hitzel-Cassagnes, Stefan Hohn und Dirk Martin.
- 2 Sonja Buckel/Andreas Fischer-Lescano/Felix Hanschmann, Die Geburt der Kritischen Justiz aus der Praxis des Widerständigen, KJ 2008 (41), 235 (236).
- 3 Joachim Perels, Kritische Justiz und Frankfurter Schule, in: Detlef Claussen/Oskar Negt/Michael Werz (Hrsg.), *Philosophie und Empirie*, Hannover (Hannoversche Schriften 4) 2001, 146 (148).

DOI: 10.5771/0023-4834-2016-3-289

es große Überschneidungen in der Verteidigung der demokratischen Rechtsordnung gab.<sup>4</sup>

Diese Konstellation verbreiterte sich nach und nach in den folgenden Jahrzehnten im Kontext der Neuen Sozialen Bewegungen. Wann immer politische Proteste sowie eine gesellschaftliche Gegenöffentlichkeit entstanden, fanden diese auch einen Niederschlag in Praxen der Rechtskritik. Sämtliche Terrains des Rechts wurden so von kritischen Intellektuellen bevölkert: von Anwaltskollektiven, Referendargruppen und Studierendenvereinigungen, von Zusammenkünften kritischer Richter\*innen und Staatsanwält\*innen, auf dem Feministischen Juristinnentag, in Lesezirkeln, aktivistischen Gruppen, Zeitschriftenprojekten und Think-Tanks. Wenn ich von Intellektuellen spreche, dann meine ich nicht den idealistischen Intellektuellen-Begriff des großen Denkers, sondern den gramscianischen Begriff, der darunter die Organisator\*innen von (Gegen-)Hegemonie fasst.<sup>5</sup> In diesem Sinne kann man sagen, dass sich inzwischen ein dichtes Netzwerk juridischer Intellektueller in den Institutionen des Rechts ausgebreitet hat, das sich dem Projekt der Rechtskritik als gegenhegemonialer Praxis verschrieben hat.

Dass sich ein solches – wenn man so will – rechtskritisches Milieu herausbilden konnte, ist selbstverständlich, wie immer im Recht, nicht allein auf die Bewegung *im* Recht zurückzuführen, sondern auf ihre Einbettung in den Kontext breiterer sozialer Bewegungen, welche auch die politischen, sozialen und kulturellen Praxen sukzessive transformierten. Als Projekt der Rechtskritik ist diese also Teil einer gesellschaftlichen Bewegung der Kritik der bestehenden Verhältnisse. Und als solche teilt sie auch die intellektuellen Bezüge. Diese waren zunächst in den Anfangsjahren neben der Marxschen Theorie und den radikaldemokratischen Ansätzen vor allem die Frankfurter Schule – die Kritische Theorie –: Max Horkheimers Schrift „Traditionelle und kritische Theorie“,<sup>6</sup> bereits 1937 verfasst, wurde 1968 zu einem zentralen Bezugspunkt. Ganz offensichtlich nahm auch die Formulierung des Gründungsaufrufes der KJ darauf Bezug. Später kamen die Theorien der Neuen Sozialen Bewegungen hinzu, poststrukturalistische Theorien, vor allem Foucault, feministische Rechtstheorie, critical race, postcolonial und queer studies.

Diese theoretischen Bezüge werde ich im Folgenden exemplarisch beleuchten, um auf diese Weise dem Projekt der Rechtskritik nachzuspüren. Dadurch möchte ich Knotenpunkte dieses Selbstverständigungsprozesses herausarbeiten, in denen sich die Rechtskritik kristallisiert. Meines Erachtens lassen sich drei solcher Knotenpunkte benennen: 1. das Ziel, die etablierte Ordnung aufs Spiel zu setzen, 2. die Infragestellung der selbstverständlichen Gewissheiten und 3. Krisen als Ausgangspunkt von Kritik.

Weil sich die juristischen Diskussionsprozesse innerhalb der breiteren sozialen Bewegungen ereigneten, werde ich diese Untersuchung nicht mit den Rechtstheorien i.e.S. beginnen, sondern zunächst die gesellschaftstheoretischen Texte und erst in diesem Zusammenhang die juristischen Texte betrachten. Damit folge ich gewissermaßen methodisch dem Aufruf der KJ-Gründergeneration (I).

Die so erläuterten Knotenpunkte werde ich im Anschluss noch einmal durch das Brennglas einer aktuellen Auseinandersetzung betrachten, um beispielhaft eine mögliche

4 Ebd., 150.

5 Antonio Gramsci, Gefängnishefte. Kritische Gesamtausgabe, hrsgg. v. Klaus Bochmann/Wolfgang Fritz Haug, Hamburg/Berlin 1991 ff., 1497 ff.

6 Max Horkheimer, Traditionelle und kritische Theorie, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 4, Schriften 1936-1941, hrsgg. v. Alfred Schmidt, Frankfurt am Main 1988/1937.

Perspektive der Rechtskritik unter den aktuellen Bedingungen aufzuzeigen: den Auseinandersetzungen um die Krise des europäischen Grenzregimes (II).

### I. Die drei zentralen Momente des kritischen Projekts

„Jede Wissenschaft ist kritisch!“, so lautet der Standardeinwand, der gegen kritische Intellektuelle auf dem Terrain der Wissenschaft vorgebracht wird. In den letzten Jahren, seit Beginn der Wirtschaftskrise, ist die einstmals verpönte kritische Haltung – die ersten kritischen Jurist\*innen waren wirkliche Außenseiter\*innen<sup>7</sup> – in Mode gekommen, sodass selbst diejenigen, die auf den Wellen des Hauptstroms in die Institutionen geschwommen sind, sich nun auch das kritische Label anheften wollen. Dies wird durch eine bestimmte Verwendung des Kritikbegriffes ermöglicht.

Daher ist das kritische Projekt zunächst von diesem Kritikverständnis abzugrenzen. Denn letzteres versteht unter Kritik vor allem die Beurteilung eines Gegenstandes anhand von Maßstäben. Und es ist in einem zweiten Schritt ganz offensichtlich mit dem Namen *Kant* verbunden: mit der Anwendung der Kritik auf das Denken selbst, so dass Kritik zu einer Art Grundfunktion der Vernunft wird: Im Zentrum steht die Erkenntnis des Erkenntnisvermögens. Was können wir wissen?<sup>8</sup>

Von dieser Perspektive unterscheidet sich das kritische Projekt nicht dadurch, dass es diese epistemologische Klärung ablehnte. Im Gegenteil: Kritik und Reflexion des Alltagsverstands, wozu auch die Frage nach den gesellschaftlichen Bedingungen von Erkenntnis gehört, sind elementar für jede emanzipatorische Praxis, um nicht nur an einer „Weltauffassung ‚teilzuhaben‘, die mechanisch von der äußeren Umgebung ‚auferlegt‘ ist, und zwar von einer der vielen gesellschaftlichen Gruppen, in die jeder automatisch von seinem Eintritt in die bewusste Welt an einbezogen ist.“<sup>9</sup>

Es ist vielmehr die Verengung des Kritikbegriffs, die zunächst zu einer Trennung von Kritik und Aufklärung führt, sofern man unter letzterer – wie auch Kant selbst – den Bruch mit dem Gehorsam und der Unmündigkeit der Menschheit versteht. Vor allen Dingen *Michel Foucault* hat Kant an dieser Stelle die Verkürzung der Kritik auf ein juridisches Modell der Bestimmung der Grenzen der Erkenntnis vorgeworfen.<sup>10</sup> Damit habe er das Unternehmen der Aufklärung letztlich demjenigen der Kritik untergeordnet. Foucault schlägt deshalb den umgekehrten Weg vor: Anstelle des begründungstheoretischen Bezugs auf die Vernunft wird die Frage nach der Macht der Erkenntnis und die Frage der Erkenntnis im Hinblick auf die Herrschaft gestellt.<sup>11</sup>

7 Das konnte in der Alltagspraxis der wenigen nicht in den NS verstrickten Richter, die nach dem Zweiten Weltkrieg im „Huckepack-Verfahren“ ins Amt kamen, etwa bedeuten, dass niemand mit ihnen in der Kantine gemeinsam essen wollte – von Karriereperspektiven ganz zu schweigen.

8 Immanuel Kant, *Kritik der reinen Vernunft*, hrsgg. v. Wilhelm Weischedel. Frankfurt am Main, 1995/1781.

9 Antonio Gramsci (Fn. 5), 1375.

10 Alex Demirović, *Leidenschaft und Wahrheit. Für einen neuen Modus der Kritik*, in: ders. (Hrsg.), *Kritik und Materialität*, Münster 2008, S. 31.

11 Michel Foucault, *Was ist Kritik?*, Berlin 1992, 41.

## 1. Das Ziel: die etablierte Ordnung aufs Spiel setzen

Und diese Abgrenzung führt schon auf den ersten Knotenpunkt des kritischen Projekts hin: In Horkheimers Aufsatz von 1937, der den Begriff der „kritischen Theorie“ einführt, wird diese als eine Philosophie der Praxis bestimmt, die auf eine grundlegende gesellschaftliche Veränderung mit dem Ziel zunehmender Selbstbestimmung zielt.<sup>12</sup> Horkheimer bestand darauf, „dass es trotz allem eine Zukunft gibt, dass die Menschen der zerstörenden Kräfte draußen und in ihrem eigenen Innern Herr werden und die Welt menschlich einrichten können.“<sup>13</sup> Auf diese Weise sprach er in den 1950 Jahren auch die neuen Studierenden der Universität Frankfurt an, in der Überzeugung, „dass denkende, aktive Menschen der Welt, wie sie ist, Widerstand leisten können, dass es von den Menschen abhängt, die Welt besser zu machen.“<sup>14</sup>

### 1.1. Kritik als „Existenzialurteil“

Kritisch ist die Theorie also nach Horkheimer, weil sie ihre eigenen Entstehungs- und Verwendungsbedingungen reflektiert, was die traditionelle Theorie nicht zu tun vermag, weil diese sich selbst nur in der Perspektive von Abstraktionen des wissenschaftlichen Betriebs begreift.<sup>15</sup> Demgegenüber rekurriert kritische Theorie auf ihre Situiertheit in den gesellschaftlichen Arbeitsteilungsverhältnissen und bezieht ihre emanzipatorische Intention als Dimension kritischen Verhaltens in die Bestimmung ihres Begriffs mit ein.<sup>16</sup> Davon ausgehend und in diesem Sinne kann die Kritik der Totalität des gesellschaftlichen Herrschaftszusammenhangs als „ein einziges entfaltetes Existenzialurteil“ verstanden werden.<sup>17</sup> Das bedeutet, dass die theoretische Analyse die Aussage darüber einschließt, ob es bestimmte Verhältnisse und Praktiken weiterhin geben sollte oder nicht.<sup>18</sup> Die alte Kritische Theorie war dem Marxschen „kategorischen Imperativ“ verpflichtet, wie er diesen in der Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie formuliert hatte, nämlich „alle Verhältnisse umzuwerfen, in denen der Mensch ein erniedrigtes, ein geknechtetes, ein verlassenes, ein verächtliches Wesen ist.“<sup>19</sup>

Dieses Motiv hält sich durch die verschiedenen Ansätze kritischer Theorie in unterschiedlichen Nuancen hindurch bis heute. So argumentiert etwa *Rahel Jaeggi*, dass Kritik weniger auf die Wiederherstellung einer bestehenden Ordnung als auf deren Transformationsziele.<sup>20</sup> Und *Judith Butler*, die unter dem Begriff Ordnung vor allem eine epistemo-

12 Horkheimer (Fn. 6), 207.

13 Max Horkheimer, Akademisches Studium, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 8. Vorträge und Aufzeichnungen 1949-1973, Frankfurt am Main 1985/1952, 381.

14 Ebd., 386.

15 Horkheimer (Fn. 6), 171.

16 Ebd., 180 f.

17 Ebd., 201.

18 Demirović (Fn. 10), 32 f.

19 Karl Marx/Friedrich Engels, Marx-Engels-Werke, Bd. 1-40 (MEW), Berlin 1958, Bd. 1, 385.

20 Rahel Jaeggi, 'Objektive Kritik' und Krise. Überlegungen zu einer materialistischen Grundlegung der Sozialkritik, in: Dirk Martin et al. (Hrsg.), Perspektiven und Konstellationen kritischer Theorie, Münster 2015, 14 (25).

logische Ordnung kritisiert, spricht im Anschluss an Foucault von der Tugend, die „etablierte Ordnung aufs Spiel zu setzen.“<sup>21</sup>

In der Rechtsphilosophie argumentiert *Christoph Menke* in seinem aktuellen Buch „Kritik der Rechte“ in einer Paraphrasierung von Marx und Rosa Luxemburg, dass es die erste und wichtigste Aufgabe der Kritik sei, den Widerspruch im bürgerlichen Recht aufzuweisen und dadurch zu verschärfen. Diese Kritik arbeite nicht an einer Verbesserung der Verhältnisse, sondern am „Aufreißen des sozialen Abgrunds.“<sup>22</sup>

In dieser Argumentationslinie trug Michel Foucault in seinem berühmten Vortrag von 1978 „Was ist Kritik?“<sup>23</sup> eine interessante These vor: Diese kritische Haltung sei als Gegenstück zu den seit dem 15. Jahrhundert sich herausbildenden Regierungskünsten entstanden; als die Kunst, nicht dermaßen regiert zu werden. Im modernen Abendland sei es zu einer wirklichen Explosion der Menschenregierungskunst gekommen: zu einer Praxis, die beansprucht, die Individuen ihr ganzes Leben hindurch in jedem Detail zu regieren, zu lenken, innerhalb eines umfassenden und peniblen Gehorsamsverhältnisses zu führen. Eine Vorstellung, die noch in der Antike den Menschen völlig fremd gewesen sei,<sup>24</sup> die, wie Foucault polemisch festhielt, nicht in der Lage waren, sich als Schaf unter Schafen zu begreifen.<sup>25</sup>

Diese Regierungskunst sei allerdings immer begleitet worden von jenen kritischen Polemiken, die danach fragten: „Wie ist es möglich, dass man nicht derartig, im Namen dieser Prinzipien da, zu solchen Zwecken und mit solchen Verfahren regiert wird – dass man nicht so und nicht dafür und nicht von denen da regiert wird?“<sup>26</sup> Einer der drei Entstehungsherde dieser kritischen Praxen sei das Naturrecht gewesen, welches der Regierung und dem von ihr verlangten Gehorsam universale und unverjähbare Rechte entgegengesetzte. Die Kritik, welche die Grenzen des Regierens auslotete, war die juristische Kritik.<sup>27</sup> Der dritte Entstehungsherd – neben der Religionskritik – war die Infragestellung von Machtmechanismen, die sich auf die Wahrheit berufen. Macht und Wissen sind keine getrennten Phänomene, denn nichts könne, so sein Argument, als Wissenselement auftreten, „wenn es nicht mit einem System spezifischer Regeln und Zwänge konform geht“,<sup>28</sup> also mit dem, was er als „Diskurs“ einer bestimmten Epoche bezeichnet. Alle diese kleinen Polemiken, die zeitgleich mit der Menschenführung aufgekommen seien, fasst Foucault als Kritik zusammen, und das bedeutet: als „Kunst der freiwilligen Unknechtschaft, der reflektierten Unfügsamkeit.“<sup>29</sup> Das Ziel ist, wie man auch mit Gramsci sagen kann, die Überwindung der Unterscheidung von Führern und Geführten.<sup>30</sup>

21 Judith Butler, Was ist Kritik? Ein Essay über Foucaults Tugend, in: Rahel Jaeggi/Tilo Wesche (Hrsg.), Was ist Kritik?, Frankfurt am Main 2009, 221 (227).

22 Christoph Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2016, 171.

23 Foucault (Fn. 11), 12.

24 Ebd., 9 f.

25 Michel Foucault, Geschichte der Gouvernementalität I. Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Vorlesung am Collège de France 1977-1978, 1. Aufl., Frankfurt am Main 2004/1977 f., 194.

26 Foucault (Fn. 11), 11.

27 Ebd., 14.

28 Ebd., 33.

29 Ebd., 15.

30 Gramsci (Fn. 5), 1713.

Das zentrale erste Moment des kritischen Projektes verdeutlicht, warum radikal rechte Positionen, die vermeintlich auch kritisieren und mit der bestehenden Ordnung brechen wollen, sich grundlegend von dem Projekt der Kritik unterscheiden. Sie teilen dessen Ziel nicht: die Abschaffung aller Herrschaftsverhältnisse. Ein Sturz der bisherigen Ordnung soll nicht emanzipativ über diese hinausgehen, sondern in Menschenfeindlichkeit, Neu- ausrichtung von Herrschaft, Exklusion, Hierarchie und Leid der Vielen zurückfallen, da Ungleichwertigkeit für diese Positionen konstitutiv ist.

Alex Demirović verweist an dieser Stelle auf ein grundsätzliches Problem eines kritischen Transformationsprojektes: Obwohl es der Anspruch der radikalen Kritik sei, durch diese in der alten Welt die neue zu finden,<sup>31</sup> habe sie bisher doch nicht den naturhaften Zusammenhang aufgelöst, sondern paradoxerweise zu einem höheren Niveau von Ausbeutung und Unterdrückung beigetragen.<sup>32</sup> Hätten Horkheimer und Adorno noch erwartet, dass angesichts der Tendenz zur verwalteten Welt Gesellschaftskritik eine zunehmend exzentrische und marginalisierte Position einnehmen würde, so sei eher das Gegenteil eingetreten. Die mächtigen Akteure hätten die Kritik aufgenommen und mittels dieser die sozialen Verhältnisse derart reorganisiert, dass das Resultat eine neue Form kapitalistischer Vergesellschaftung war.<sup>33</sup> Gramsci hat diese Kooptation kritischer Positionen mit dem Konzept der „passiven Revolution“ analysiert.<sup>34</sup> Daraus folge, so Demirović, dass die Praktiken der Kritik selbst in den Blick genommen werden müssen, dass sie auf ihre Funktionsweise und ihre Folgen hin analysiert werden. Eine solche „metakritische Kritik“ berücksichtige, dass kritische diskursive Elemente nicht als solche schon kritisch sind, sondern dies erst durch ihre Artikulation in einem komplexen Diskurs werden. Sie müssten daher in ihrer hegemonialen Verdichtung genauer in den Blick genommen werden. Es komme darauf an, dass ein Kritikdiskurs entstehe, der die Vielzahl unterschiedlicher Arten von Kritik gegenhegemonial verdichtet.<sup>35</sup>

## 1.2. Schluss mit der „herrschenden“ Meinung – der Sturz der juristischen Ordnung

Innerhalb der juristischen Kritik wird um die verschiedenen Wege gestritten, in welchem Ausmaß und inwiefern im und mit dem Recht diese radikale Praxis überhaupt ausgeübt werden kann. Die Spannweite der verschiedenen Positionen reicht von einer Rechtskritik, verstanden als Kritik des Rechts als solchem, bis hin zu einer Kritik des bürgerlichen Rechts, welche neue Gestalten des Rechts hervorbringt.

Erstere Position geht davon aus, dass das Recht der bürgerlichen Gesellschaft gerade die „Garantie einer bestehenden Gesellschaftsordnung“ sei,<sup>36</sup> oder wie Catharine MacKinnon schreibt, der „patriarchalen Lebensweise“ entspreche,<sup>37</sup> die durch das Recht nicht transformiert werden könne. Erschwerend komme hinzu, dass es zudem die wirkli-

31 Demirović (Fn. 10), 14.

32 Ebd., 17.

33 Ebd., 18.

34 Gramsci (Fn. 5), 101 f.

35 Ebd.

36 Otto Kirchheimer, Reichsgericht und Enteignung: Reichsverfassungswidrigkeit des Preußischen Fluchtliniengesetzes?, in: ders., Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, Frankfurt am Main, 1976/1930, 77 (78).

37 Catharine A. MacKinnon, Difference and Dominance. On Sex Discrimination, in: D. Kelly Weisberg (Hrsg.), Feminist Legal Theory. Foundations, Philadelphia 1993/1987, 276 (278).

che Herrschaft verhülle, so Franz Neumann.<sup>38</sup> Dies ist auch die zentrale Kritik der Critical Legal Studies: Rechtliche Doktrinen seien lediglich ein ausgeklügeltes, scheinbar bloß technisches Vokabular, mit dem die Imprägnierung durch die sozioökonomische Realität<sup>39</sup> verschleiert werde.<sup>40</sup>

Dem steht die Position entgegen, die im Recht den Transmissionsriemen einer radikalen Transformation der Gesellschaft erkennen will. In dieser Tradition argumentiert aktuell auch Menke: Indem die Kritik den Widerspruch des bürgerlichen Rechts auf die Spitze treibt bzw. auf ihren Grund zurückführt, gehe diese Form der Rechte zugrunde und ermögliche ein neues Recht, ein „revolutionäres Recht“, das bisher durch das bürgerliche Recht blockiert sei. Ein Recht der Gegenrechte.<sup>41</sup> Dafür müsse allerdings die Gewaltfrage, die Benjamin und Derrida im Recht verorteten, gelöst werden. Während Menke hier zuversichtlich ist,<sup>42</sup> geht Andreas Fischer-Lescano davon aus, dass „die Auflösung des Gewaltmoments kapitalistischer Ordnung“ unmöglich sei.<sup>43</sup> Wenn jedoch das Recht die pathologische Verdrängung seiner Gründung auf Gewalt beende,<sup>44</sup> könne dies „schuld-mindernd“ wirken. Innerhalb des herkömmlichen Rechts bleibe Gewalt jedoch undarstellbar.<sup>45</sup> Mache es sich allerdings die ästhetische Reflexion zu Nutze, könne dieser blinde Fleck innerhalb des Rechts zumindest beleuchtet werden.<sup>46</sup> Zwischen diesen beiden Polen der Möglichkeit und der Unmöglichkeit radikaler Rechtskritik gibt es viele vermittelnde Positionen.

## 2. Die Strategie: Infragestellung der selbstverständlichen Gewissheiten

Das zweite charakteristische Moment des kritischen Projektes ist die Strategie der Entnaturalisierung: Die sozialen Verhältnisse sollen ihres verdinglichten Scheins bzw. ihrer Naturhaftigkeit entkleidet werden; dadurch soll ihre Fixiertheit verflüssigt und für eine neue Praxis geöffnet werden.<sup>47</sup>

In seinem Aufsatz von 1937 grenzt Horkheimer auf diese Weise die Kritische von der traditionellen Theorie ab, denn letztere nehme gesellschaftliche Fakten als Gegebenes hin und vergesse deren gesellschaftliche Herstellung, in der sich das Unrecht gesellschaftlicher Herrschaft verberge. Daher neige die traditionelle Theorie zum Rückfall in die Mythologie, und trage durch die Verweigerung der Reflexion auf die gesellschaftliche Konstruktion der sozialen Tatbestände zu deren Verfestigung bei.<sup>48</sup>

Rechtsphilosophisch hat Christoph Menke diese Kritikfigur in die Analyse des bürgerlichen Rechts selbst hineinverlagert, in dem er die These vertritt, dass das Recht mit den

38 Franz Neumann, *Die Herrschaft des Gesetzes*, Frankfurt am Main 1980/1936, 300.

39 Günter Frankenberg, *Partisanen der Rechtskritik. Critical Legal Studies etc.*, in: Sonja Buckel, et al. (Hrsg.), *Neue Theorien des Rechts*, 1. Aufl., Stuttgart 2006, 97 (104).

40 Allan C. Hutchinson/Patrick J. Monahan, *Law, Politics, and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought*, *Stanford Law Review* 36 (1984), 199 (206).

41 Menke (Fn. 22), 13.

42 Ebd. 403 ff.

43 Andreas Fischer-Lescano, *Rechtskraft*, Berlin 2013, 14.

44 Ebd., 44.

45 Ebd., 98.

46 Ebd., 87.

47 Demirović (Fn. 10), 22.

48 Horkheimer (Fn. 6), 170.

subjektiven Rechten sein materiell Anderes – das Nichtrechtliche – positiviere und als unhintergehbare Tatsachen setze. Damit verweigere es die Reflexion.<sup>49</sup> Doch diese vermeintlichen Tatsachen hat es mit seinen subjektiven Rechten gerade erst hervorgebracht: indem es die privaten Eigenwillen des Subjekts ermächtigt.<sup>50</sup> Es ist in diesem Fall also nicht die traditionelle Theorie, sondern das bürgerliche Recht selbst, welches strukturell unkritisch verfare.

Menke bietet nun zwei, bei genauerer Betrachtung sich widersprechende, Strategien der Entnaturalisierung an: Die wahre Kritik, so heißt es zunächst, habe die Aufgabe, die innere Genesis der Sache, die sie kritisiert, aufzuzeigen, den Geburtsakt. Darüber zeigt sich die Gewordenheit der scheinbar festen Entitäten.<sup>51</sup> Diese Art der Kritik korrespondiert dem poststrukturalistischen Paradigma. So fasst etwa Judith Butler die Aufgabe der Kritik als die Frage „nach der verschließenden Konstitution des Feldes der Kategorien selbst.“<sup>52</sup> Wie Foucault fragt sie nach dem Verhältnis zwischen Wissen und Macht. Epistemologische Gewissheiten stellen sich in dieser Perspektive als Unterstützung einer Strukturierungsweise der Welt heraus, die alternative Möglichkeiten des Ordners verwirft. Kritik ist so verstanden eine Praxis, in der wir die Frage nach den Grenzen unserer sichersten Denkweisen stellen.<sup>53</sup> Für Butler betraf dies lange Zeit vor allem die Zweigeschlechtlichkeit und die „heterosexuelle Matrix“, für Foucault die Sexualität, die Geisteskrankheit, die Delinquenz.

Neben dieser ersten Kritikstrategie folgt Menkes zweite Kritikperspektive hingegen der hegelianischen Unterscheidung von Wesen und Erscheinung. Der Widerspruch, der bis zur Krise hin zugespitzt werden soll, bestehe genau darin: Die moderne Form der Rechte sei ihrem Begriff, ihrem Wesen nach die Verwirklichung der Selbstreflexion des Rechts. Aber dieser Bestimmung widerspreche die Gestalt, die das Recht als bürgerliches Recht tatsächlich angenommen habe.<sup>54</sup> „Weil es eine Gestalt ist, die ihrem eigenen Wesen widerspricht, ist es das falsche Recht“. Das bürgerliche Recht sei die bisher einzige positive Form, die das moderne Recht hervorgebracht habe.<sup>55</sup>

Die zweite klassische Kritikfigur des Linkshegelianismus ist jedoch aus systematischen Gründen schlechterdings mit einer Kritik des Macht-Wissens unvereinbar. Denn die poststrukturalistische Kritik lehnt gerade die Hegelsche Figur einer Hinterwelt des Wesentlichen ab, die als die wahre Wahrheit bestimmt werden könnte: „Die Kritik spricht im Namen einer Wahrheit und weist nach, dass sich eine Erscheinung [...] vor sie schiebt.“<sup>56</sup> Die Gefahr dieser Kritikstrategie besteht also darin, die Auflösung von Normalismen und logisch erscheinenden Ordnungen selbst wieder in Wahrheitspolitiken zu verwickeln. Marx hatte daher diese Hegelsche Denkfigur bereits im Kapital transformiert: Das Wesen – etwa die Produktionssphäre – und seine Erscheinung – etwa die Zirkulationssphäre – sind beides wahre, reale Prozesse, welche das Ganze der kapitalistischen Produktionsweise ausmachen. Die traditionelle Theorie, in dem Fall die National-

49 Menke (Fn. 22), 167.

50 Ebd., 12.

51 Ebd., 11.

52 Butler (Fn. 19), 223.

53 Ebd., 225 f.

54 Menke (Fn. 22), 165.

55 Ebd., 166.

56 Demirović (Fn. 10), 22.

ökonomie zu Marx' Zeiten, leite jedoch alle ihre Kategorien nur aus der Zirkulations-sphäre ab, in der keine Ausbeutung, sondern nur Gleichheit und Freiheit existiere.<sup>57</sup>

In dieser Argumentationslinie, anknüpfend an *Eugen Paschukanis*<sup>58</sup> und andere, betonen formanalytische Ansätze in ihrer Verdinglichungskritik, dass das bürgerliche Recht sich zur Rechtsform verselbständige, zu einer sozialen Form neben dem Wert und der politischen Form. Soziale Formen sind Technologien, die den gesellschaftlichen Zusammenhang, der in kapitalistischen Gesellschaften per se prekär ist, durch die Praxis der Akteur\*innen hindurch vermitteln. Die Rechtsform funktioniert als selbstbezügliches Netzwerk aneinander anknüpfender Rechtspraxen: Gerichtsentscheidungen, Kommentare, Fachliteratur, Rechtstheorien, Rechtsgutachten etc.<sup>59</sup> Die Besonderheit sozialer Formen liegt darin, dass sie sich verdinglichen und dadurch gegenüber der Praxis der Akteur\*innen verselbständigen und nur durch theoretische Kritik zu entschlüsseln sind.<sup>60</sup> Das ist die Aufgabe der Rechtskritik.

Aber nicht nur die hegelianische, auch die poststrukturalistische Strategie der Infragestellung der selbstverständlichen Gewissheiten, die neben Foucault und Butler vor allem auch mit den Namen Rancière, Derrida, Laclau und Mouffe oder Abensour verbunden ist und zudem das Zentrum der CLS bildet, ist nicht gefahrlos: wenn die Rekonstruktion der Gewordenheit selbstverständlicher Entitäten mit dem Zweifel an jeglichen Institutionalisierungsformen einhergeht. Demokratie etwa kann so niemals wirklich eingelöst werden, bleibt bloßes Versprechen. Die Gefahr dieser Kritikstrategie besteht daher darin, so Alex Demirović, in eine „Satansmühle“ zu geraten, in welcher der Dynamik der Kritik selbst etwas blind Naturwüchsiges anhafte. Denn mit dieser Kritik – und so kommt er auf seine metakritische Position zurück – könne sich die bürgerliche Gesellschaft ebenfalls arrangieren: wenn sie zum Katalysator ihrer permanenten Modernisierung werde.<sup>61</sup>

### 3. Aus den Krisen entsteht die Kritik

Das dritte Moment des kritischen Projekts gibt eine Antwort auf die Frage, warum überhaupt es zur Kritik der bestehenden Verhältnisse kommen sollte – und die Antwort lautet: Krise. Der Beginn des kritischen Projektes fällt Ende der 1960er Jahre zeitlich just mit dem Beginn der Krise des Fordismus zusammen, aus der die kapitalistische Ökonomie bis heute, trotz vorübergehender scheinbarer „Lösungen“, nicht herausgefunden hat.<sup>62</sup>

Die Kategorien, mit denen das soziale Leben geregelt ist, bringen eine gewisse Inkohärenz oder ganze Bereiche des Unaussprechlichen hervor, so Butler. Und von diesem „Riss im Gewebe unseres epistemologischen Netzes“<sup>63</sup> her entstehe die Praxis der Kritik mit dem Bewusstsein, dass hier der Diskurs in eine Sackgasse geführt hat. Rahel Jaeggi

57 MEW (Fn. 19), Bd. 23, 189.

58 Eugen Paschukanis, *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, 3. Auflage., Frankfurt am Main 1970/1924.

59 Sonja Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, 2. Aufl., Weilerswist 2015.

60 Joachim Hirsch, *Politische Form, politische Institutionen und Staat*, in: Josef Esser et al. (Hrsg.), *Politik, Institutionen und Staat*, Hamburg 1994, 157 (161).

61 Demirović (Fn. 10), 26.

62 Thomas Sablowski, *Die Ursachen der neuen Weltwirtschaftskrise*, KJ 2009 (42), 116.

63 Butler (Fn. 21 ), 226.

schlussfolgert daraus, dass die Krise der gesellschaftlichen Praxen materialistisch als Ausgangspunkt der Kritik zu verstehen sei.<sup>64</sup> Krisen seien nie nur aus moralischer Perspektive problematisch, sondern weil in einem arbeitsteiligen Praxiszusammenhang „tatsächlich etwas ‚nicht funktioniert‘, Institutionen auf ganz handgreifliche Weise erodieren oder ‚unbewohnbar‘ werden bzw. nur um den Preis aufwendiger Kompensationsmechanismen und Erfahrungsblockaden aufrechtzuerhalten sind.“<sup>65</sup> Ob dies der Fall ist, hänge auch von Interpretationen und den von diesen inspirierten Handlungsketten ab. Das heißt, es braucht soziale Akteure, welche die Krise zur Krise machen. Diese Deutungsmacht jedoch ist im Rahmen einer gesellschaftlichen Arbeitsteilung zwischen Hand- und Kopfarbeit nicht allen gleichermaßen gegeben, wie im Anschluss an Gramsci insbesondere postkoloniale Positionen betonen.<sup>66</sup> Immanent setzt eine Kritik erst dann an, wenn diese Krisen systematisch mit der Funktionsweise der entsprechenden Praktiken und Institutionen verbunden sind.<sup>67</sup>

In Situationen der Krise werden die in den Praktiken eingelagerten und in den Institutionen verkörperten Normen – und die von den Subjekten eigensinnig gelebten, müsste man mit Butler ergänzen – zugleich unverzichtbar als auch nicht mehr erfüllbar. Im Unterschied zu einer externen Kritik, die die bestehende Gesellschaft mit Normen konfrontiert, die in dieser nicht verwirklicht sind, oder aber einer internen Kritik, die zum Konservatismus neige, weil sie im Gegensatz dazu davon ausgeht, dass die Normen schon vorhanden sind, komme das Neue in dieser materialistischen Perspektive ebenso wenig aus einem „transzendenten (noch)Nirgendwo“, wie sich aus einem Alten die Maßstäbe der Kritik gewinnen ließen.<sup>68</sup> Denn die Krise zeichnet sich gerade durch das Verschwinden des Alten und die Abwesenheit des Neuen aus. Gramsci bezeichnet diese Zeit daher als „Interregnum“, als eine Epoche der Hegemoniekrise. Der hegemoniale Konsens einer Epoche hat sich aufgelöst, ohne dass etwas an seine Stelle getreten wäre: „Die Krise besteht gerade in der Tatsache, dass das Alte stirbt und das Neue nicht zur Welt kommen kann“<sup>69</sup>

Die Kritikerin, so Rahel Jaeggi, setzt „immanent bei den Krisen und Widersprüchen von sozialen Praktiken und Institutionen an und entwickelt aus diesen heraus die (im besten Fall) als Ferment der Transformation wirkenden Gesichtspunkte der Kritik.“<sup>70</sup> Aus einer metakritischen Perspektive wäre dem hinzuzufügen, dass die permanent wiederkehrenden strukturellen Krisen des Kapitalismus sich nicht zufällig ereignen, sondern konstitutiv zu dessen Verlaufsform gehören, es also – mit Demirović gesprochen – darum geht, „zu begreifen, warum es dazu kommt und welche sozialen Kräfte dahin wirken, dass der gesellschaftliche Reproduktionszusammenhang immer wieder krisenhaft ist, um endlich einmal darüber hinaus zu gelangen.“<sup>71</sup>

64 Jaeggi (Fn. 20), 16.

65 Ebd., 20.

66 Gayatri Chakravorty Spivak, *Can the subaltern speak? Postkolonialität und subalterne Artikulation*, Wien u.a. 2008.

67 Jaeggi (Fn. 20), 21.

68 Ebd., 17-19.

69 Gramsci (Fn. 5), Bd. 2, 354.

70 Jaeggi (Fn. 20), 19.

71 Demirović (Fn. 10), 32.

## II. Rechtskritik in der Krise des europäischen Grenzregimes

Rechtskritik geht in der theoretischen Praxis nicht auf, sondern ist zugleich eine Praxis im Handgemenge. Sie ereignet sich ebenso in Schriftsätzen, Urteilen, Prozesstaktiken oder Protestformen. Erst eine Verankerung in den Alltagspraxen, ja letztlich im Alltagsverständnis, lässt sie zu einer gegenhegemonialen Weltanschauung werden. Daher sollen die drei Knotenpunkte nun noch einmal in aktuellen juristischen Auseinandersetzungen aufgesucht werden, um sie exemplarisch in Konfrontation mit diesen Auseinandersetzungen zu verdeutlichen.

### 1. Multiple Krise

Dass die Kritik ihren Ausgangspunkt in der Krise findet, ist heute offensichtlich. Denn spätestens seit 2007 sind die Gesellschaften des globalen Nordens, und nicht nur diese, in den Strudel einer multiplen Krise<sup>72</sup> geraten. Die große Krise der kapitalistischen Gesellschaften ist niemals nur eine ökonomische, sondern zugleich eine politische, ökologische und kulturelle; eine Krise der Geschlechterverhältnisse, der Weltordnung der 1990er Jahre inklusive der Europäischen Union und schließlich der Subjektivitäten. Wenn es eine Institution gibt, die gerade vor unser aller Augen erodiert, dann ist dies das Europäische Grenzregime. Viele Krisenmomente verdichten sich darin. Bisherige Kategorien werden inkohärent; das alte Grenzregime funktioniert nicht mehr, obwohl die politischen Akteur\*innen versuchen, seine Mechanismen, insbesondere die Externalisierung der Migrationskontrolle, wieder aufzurichten. Eine neue Regulation ist noch nicht gefunden. In dieser Situation des Interregnums werden vehemente Deutungskämpfe ausgetragen. Dies geschieht nicht zuletzt innerhalb des juristischen Diskurses. Dabei kristallisieren sich die Auseinandersetzungen in rechtsphilosophischen und dogmatischen Beiträgen gleichermaßen entlang der jeweiligen politischen Ereignisse.

### 2. Deutungskämpfe und Diskurse

Wie untersucht man solche Auseinandersetzungen um Hegemonie im Recht? Ich habe dies an anderer Stelle ausführlich dargelegt.<sup>73</sup> Für den vorliegenden Zweck der exemplarischen Verdeutlichung der Praxen der Rechtskritik genügen folgende kurze Anmerkungen: Wenn Macht und Wissen miteinander verwoben sind, wie Foucault argumentiert hatte, wenn nichts als Wissenselement auftreten kann, das nicht mit einem System spezifischer Regeln und Zwänge konform geht, dann gilt dies evidenter Weise für den juristischen Diskurs. Gesellschaftliche Kräfteverhältnisse schreiben sich nur vermittelt über die eigene Logik des Rechtlichen in das Recht ein. Die Produktion des Diskurses wird durch bestimmte Prozeduren „zugleich kontrolliert, selektiert, organisiert und kanalisiert“, um

72 Alex Demirović/Julia Dück/Florian Becker/Pauline Bader (Hrsg.), *VielfachKrise. Im finanzdominierten Kapitalismus*, Hamburg 2011.

73 Für den Rechtsdiskurs vgl. Sonja Buckel, 'Welcome to Europe' - juridische Kämpfe um das Staatsprojekt Europa. Die Grenzen des europäischen Migrationsrechts. Kämpfe um das Staatsprojekt Europa, Bielefeld 2013, 71-80.

sein „unberechenbar Ereignishaftes“ zu bannen.<sup>74</sup> Ein bestimmter gegenständlicher Bereich, spezifische juristische Auslegungsmethoden, „ein Korpus von als wahr angesehenen Sätzen, ein Spiel von Regeln und Definitionen, von Techniken und Instrumenten: das alles konstituiert ein anonymes System, das jedem zur Verfügung steht, der sich seiner bedienen will oder kann“<sup>75</sup>.

Nicht jede\*r kann im Rechtsdiskurs sprechen, sondern nur die spezifisch geschulten juristischen Intellektuellen, welche die Regeln, die Techniken und Instrumente kennen: „Niemand kann in die Ordnung des Diskurses eintreten, wenn er nicht gewissen Erfordernissen genügt, wenn er nicht von vornherein dazu qualifiziert ist.“<sup>76</sup> Die juristischen Intellektuellen erschaffen diesen Diskurs nicht. Vielmehr ließe sich sagen, dass sie ihn durch ihre Praktiken organisieren und damit zugleich an der Herstellung einer gemäß den Diskursregeln und Techniken juristisch codierten außerrechtlichen Realität beteiligt sind. Die Auseinandersetzungen um Hegemonie müssen sich daher dem spezifischen Regelsystem des Rechtsdiskurses anpassen, müssen sich an den juristischen Argumentationsfiguren festmachen, indem sie diese – gemäß der juristischen Methodik – aufnehmen und verschieben oder reproduzieren. Die verschiedenen gesellschaftlichen Kräfte lassen sich im Diskurs als Hegemonieprojekte,<sup>77</sup> das heißt Verdichtung diskursiver Strategien sozialstrukturell verorteter Akteurskonstellationen oder diskurstheoretisch: als Diskurskoalitionen, aufsuchen.

### 3. Grenze als Prämisse des Nationalstaates – das konservative Diskursfragment

Ich werde im Folgenden nur einen kleinen Ausschnitt dieses noch im Fluss befindlichen Deutungskampfes beleuchten, den ich für exemplarisch halte. Er entstammt dem konservativen Hegemonieprojekt:

*„Die Staatsgrenzen stehen offen und zehntausende von Menschen erreichen Woche für Woche ungesteuert und weitgehend unkontrolliert das Land. [...] Der Rechtsstaat ist im Begriff, sich im Kontext der Flüchtlingswelle zu verflüchtigen [...]. Regierung und Exekutive treffen ihre Entscheidungen am demokratisch legitimierten Gesetzgeber vorbei, staatsfinanzierte Medien üben sich in Hofberichterstattung, das Volk wird stummer Zeuge der Erosion seiner kollektiven Identität.“<sup>78</sup>*

Diese Formulierung stammt nicht etwa von „Pegida“, sondern von den sich selbst als „Staatsrechtslehrer in Sorge“ bezeichnenden juristischen Intellektuellen des rechtsnationalen Flügels des konservativen Hegemonieprojekts: *Otto Depenheuer* und *Christoph Grabenwarter* im Januar 2016. Zentrale diskursive Elemente des konservativen Diskurses sind hier bereits versammelt, wenn auch in einer Weise, die man als Elitenpopulismus bezeichnen könnte. Diese Elemente lauten: Staatsgrenzen – Staat – Steuerung/Kontrolle, kollektive Identität und die Außerkraftsetzung des Rechts. Sie werden so kombiniert,

74 Michel Foucault, *Die Ordnung des Diskurses*, 8. Aufl., Frankfurt am Main 2001/1971, 11.

75 Ebd., 22.

76 Ebd., 26.

77 Vgl. dazu Buckel (Fn. 73), 17–29.

78 Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter, Vorwort, in: dies (Hrsg.), *Der Staat in der Flüchtlingskrise. Zwischen gutem Willen und geltendem Recht*, Paderborn 2016, 7 (7 f.). S. dazu die Besprechung von Schmalz, KJ 2016, 260.

dass in diesem Diskursfragment die Grenze als bevölkerungsregulierende Technik wesentliche Voraussetzung für die Aufrechterhaltung des (Rechts-)Staates und des „Volks“ wird.

Depenheuer argumentiert in seinem darauf folgenden Artikel weiterführend, es seien „immer die freiheitlich-demokratischen Verfassungsstaaten, in denen Flüchtlinge Schutz vor Krieg, Hunger, Verfolgung und Repression suchen.“ Wenn deswegen „Flüchtlingswellen mit ungehinderter Wucht“ diese Staaten „überfluten“, „könnten diese buchstäblich lawinenartig mitgerissen werden.“<sup>79</sup> Die Gegenseite des eingegrenzten Staates, die Bewegung der Flüchtenden und die Fluchtursachen, werden als gefährliche Naturereignisse konstruiert – nicht als Ergebnis politischer und ökonomischer Praxen –, die sich selbstverständlich außerhalb der „demokratischen Verfassungsstaaten“, das heißt, des globalen Nordens, ereignen und diese gefährden. Damit wird zugleich insinuiert, die ganze Welt fliehe nach Europa. Dass die Mehrheit der syrischen Flüchtlinge allerdings in Jordanien (620.000), dem Libanon (1,1 Mio.) und der Türkei (1,8 Mio.) Zuflucht gesucht haben, die schwerlich als freiheitlich-demokratische Verfassungsstaaten bezeichnet werden können, liegt außerhalb des Vorstellbaren, das begrenzt ist durch Staatsgrenzen.

*Dietrich Murswiek* macht schließlich die Volkskonzeption expliziter, die in diesem Diskursfragment mitschwingt: „Die Regierung darf nicht die Identität des Volkes, dem sie ihre Legitimation verdankt, strukturell verändern.“<sup>80</sup> Da die neuankommenden Geflüchteten gerade *keine* Staatsbürger\*innen werden, kann mit der „Volks“-Begriff kein rechtlicher gemeint sein, wie in den republikanischen Konzeptionen. Die „Identität des Volkes“ kann nur dann durch Flüchtende strukturell verändert werden, wenn dieses „Volk“ nicht verfassungsrechtlich, sondern substantialistisch definiert wird, wie dies im völkischen Nationalismus der Fall ist. Diesem unterliegt ein aggressiver Harmoniewunsch, der behauptet, das Volk sei ein organisches Ganzes, das in der Krise durch soziale Destabilisierungen angegriffen werde.<sup>81</sup>

Eine andere Position innerhalb der konservativen Diskurskoalition, die ohne rechtspopulistische und völkische Elemente auskommt, vertritt *Udo Di Fabio* in seinem Gutachten für die Bayerische Landesregierung. Auch sein zentrales Thema ist der Nationalstaat: Als Gegenstand der Verfassung setze das Grundgesetz Staatlichkeit gerade voraus, so argumentiert er, „weil anders die fundamentalen Staatsstrukturprinzipien wie Demokratie oder Rechtsstaat [...] ihren Bezug verlören“<sup>82</sup>.

Kein zur Staatsleitung berufenes Verfassungsorgan dürfe seine Kompetenzen so ausüben, dass diese Prinzipien verletzt werden. Sobald nun territoriale Grenzen nicht mehr behauptet werden könnten, z.B. wegen der massenhaften Einreise von Menschen in ihr Territorium, die sie nicht mehr kontrollieren könne, gerate die Staatlichkeit ins Wanken.<sup>83</sup> Daher gelangt er zu der Schlussfolgerung: „Die Staatsgrenze und die praktische

79 Otto Depenheuer, Flüchtlingskrise als Ernstfall des menschenrechtlichen Universalismus, in: ders./Christoph Grabenwarter (Fn. 78), 18 (20 f.).

80 Dietrich Murswiek, Nationalstaatlichkeit, Staatsvolk und Einwanderung, in: Otto Depenheuer/Christoph Grabenwarter (Fn. 78), 123 (135).

81 Daniel Keil, Die Erweiterung des Resonanzraums. Pegida, die Aktualisierung des Völkischen und die Neuordnung des Konservatismus, in: Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft, 2015, 371 (372).

82 Udo Di Fabio, Migrationskrise als föderales Verfassungsproblem. Gutachten im Auftrag des Freistaats Bayern, 2016, 45.

83 Ebd., 52.

Macht zu ihrer Kontrolle sind, so verstanden, staatskonstituierend.<sup>84</sup> Obwohl die Begründung anders ausfällt, werden damit die gleichen Diskurselemente aufgerufen.

Gegen diese rechtsdogmatische Begründungsfigur intervenierten aus rechtskritischer Perspektive Jürgen Bast und Christoph Möllers, mit dem Hinweis, dass diese Staatskonzeption dem monarchischen Staat des 19. Jahrhunderts entstamme und heute kaum noch vertreten werde:

*„Der Umstand, dass staatliches Handeln ein Tatbestandsmerkmal des Demokratieprinzips des Art. 20 Abs. 2 Satz 1 GG ist, impliziert als solcher so wenig eine verfassungsrechtliche Pflicht zum Schutz des Staates, wie der Umstand, dass § 211 StGB den Mörder bestraft, die Praxis des Mordens garantieren soll. Ein solches Argument funktionalisiert umstandslos Tatbestandsvoraussetzungen [...]“<sup>85</sup>*

Zudem bestreiten sie, dass die Durchführung von systematischen Personenkontrollen an befestigten Grenzanlagen eine notwendige Bedingung von Staatlichkeit sei. Selbst in der Drei-Elemente-Lehre Jelineks, auf die sich Di Fabio bezieht, sei zwar das Staatsgebiet, nicht jedoch seine grenzpolizeiliche Sicherung zum Staatsmerkmal erhoben.<sup>86</sup>

Es ließen sich noch einige weitere Auseinandersetzungen zwischen konservativen Diskursteilnehmer\*innen einerseits und solchen der linksliberal-alternativen und proeuropäisch-sozialen Hegemonieprojekte<sup>87</sup> andererseits darstellen, etwa um die Auslegung der Frage, ob Dublin-III außer Kraft gesetzt wird, ob Obergrenzen legal sind, zur Rechtmäßigkeit des extralegalen Abkommens zwischen der EU und der Türkei oder auch zur Verfassungsmäßigkeit der Notverordnung, welche die österreichische Regierung erlassen hat.<sup>88</sup>

Eine solche systematische Diskursanalyse soll hier nicht geleistet werden, vielmehr soll lediglich exemplarisch angedeutet werden, inwiefern die zuvor theoretisch entwickelte rechtskritische Perspektive in einem aktuellen Konflikt einen Ansatzpunkt finden kann. Daher komme ich jetzt wieder darauf zurück.

#### 4. Krise der praktisch wirksamen epistemologischen Gewissheiten

An diesem Ausschnitt aus der Situationsdeutung einer Akteurskonstellation, die allerdings in den letzten Monaten erfolgreich zumindest einen Teil ihrer Forderungen in einer verschärften Asylgesetzgebung durchsetzen konnte,<sup>89</sup> lässt sich bereits die tiefe Krise des europäischen Grenzregimes ablesen. Die Autoren selbst deuten die Ereignisse auf diese Weise. Die Institution Grenze wird im wahrsten Sinne des Wortes unbewohnbar und kann in der Tat nur mit aufwendigen Kompensationsmaßnahmen und Erfahrungsblockaden aufrechterhalten werden – was wir in den letzten Monaten in Idomeni, in der Ägäis

84 Ebd., 82.

85 Jürgen Bast/Christoph Möllers, Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, Verfassungsblog, 16.1.2016, <http://verfassungsblog.de/dem-freistaat-zum-gefallen-ueber-udo-di-fabios-gutachten-zur-staatsrechtlichen-beurteilung-der-fluechtlingskrise/> (letzter Abruf 30.5.2016).

86 Ebd.

87 Für eine Erläuterung der fünf europäischen Hegemonieprojekte vgl. Buckel (Fn. 73), 22 f.

88 Vgl. etwa: Der Standard v. 12.4.2016.

89 Vgl. dazu Marei Pelzer/Max Pichl, Die Asylpakete I und II: Verfassungs-, europa- und völkerrechtliche Probleme, KJ 2016 (49), 207.

oder auf dem Mittelmeer erleben. Das Imaginäre des konservativen Hegemonieprojekts besteht in einem Staatsverständnis des abgeschlossenen Container-Nationalstaats, dessen Existenz durch einen Kontroll- und Bedeutungsverlust nationaler Grenzen bedroht wird. Wobei die Grenze in dieser Konzeption staatskonstituierend ist. Damit werde letztlich der Staat als solcher bedroht. Eine solche Staatsvorstellung kommt gewissermaßen „zu spät“, kann sie doch die Realität einer transnationalisierten Welt nicht mehr einholen; ebenso wenig die eines „Volks“, dessen Homogenität, obwohl immer schon eine Konstruktion, heute vollends illusionär ist, denn ein „postmigrantisches Milieu“ hat diese Gesellschaft längst transformiert.<sup>90</sup> Allerdings ist dieser Konflikt systematisch in dem Widerspruch zwischen globalen Produktionsverhältnissen und nationalstaatlicher politischer Form sowie dem ungleichen Nord-Südverhältnis angelegt.

Und nun ist die in den Institutionen und Praktiken eingelagerte Norm der Grenze als legitime Regierung der Bevölkerung über die Einhegung des politischen und rechtlichen Raumes seit dem „langen Sommer der Migration“<sup>91</sup> ins Wanken geraten. Die praktische und epistemologische Gewissheit der Kategorie der Grenze, ihre tief verankerte Hegemonie,<sup>92</sup> ist aus ihrer Selbstverständlichkeit gerissen und repolitisiert worden.

## 5. Die Ordnung aufs Spiel setzen – oder: globale Bewegungsfreiheit

Und daher ist diese Auseinandersetzung einer der zentralen Orte der Rechtskritik heute. An diesen Widersprüchen ansetzend sind die transformativ wirkenden Gesichtspunkte der Kritik zu entwickeln. Letztere hat zu allererst die Gewordenheit von nationalstaatlichen Grenzen herauszuarbeiten und zu zeigen, dass diese relativ junge historische Phänomene sind<sup>93</sup> und als solche keineswegs ewige Gültigkeit beanspruchen können. Die Grenze ist vielmehr als mit dem Nationalstaat entstandene Invisibilisierungs-Technik zu rekonstruieren, die mit Hochsicherheitszäunen, militärischem Gerät und Lagern permanent die Abschottung gegen das Außen inszeniert und dabei zugleich die Wahrnehmung des Verstrickungszusammenhangs zwischen dem globalen Norden und Süden verdrängt, der dadurch noch stabilisiert wird. Innen und Außen werden dabei als politisch distinkte Einheiten konstruiert, die scheinbar in keinem tieferen Zusammenhang stehen. Wenn das Schicksal eines jeden Staates auf dessen innere Entwicklung und nicht auf die Stellung in der globalen Vergesellschaftung zurückgeführt werden kann, (re)produzieren Migrationskontrollen und Grenzen die Vorstellung einer Unzuständigkeit für das Schicksal der Nicht-Bevölkerung.

Rechtskritik in Theorie und Praxis begibt sich in die Auseinandersetzungen mit dem Anspruch, nicht so regiert zu werden, den bestehenden Herrschaftsverhältnissen ihre Legitimität abzuspüren und eine menschlichere Einrichtung der Welt zu verlangen: „In der Vergangenheit“, so Fabian Georgi, „dachten vor allem Weiße Menschen, dass Schwarze Menschen *natürlich* nicht die gleichen Rechte haben können wie sie. Männer

90 Christian Jakob, Die Bleibenden. Wie Flüchtlinge Deutschland seit 20 Jahren verändern, Berlin 2016, 14.

91 Bernd Kasperek/Marc Speer, Of Hope. Ungarn und der lange Sommer der Migration, 2015, <http://bordermonitoring.eu/ungarn/2015/09/of-hope/> (letzter Abruf 13.9.2015).

92 Buckel (Fn. 73), 59.

93 So jüngst Ulrike Guérot/Robert Menasse, Lust auf eine gemeinsame Welt. Ein futuristischer Entwurf für europäische Grenzenlosigkeit, in: *Le Monde diplomatique* v. 11.2.2016.

dachten, dass Frauen ihnen *natürlich* untergeordnet seien. Und heute denken die Staatsbürger\*innen des globalen Nordens, dass die Menschen des globalen Südens selbstverständlich an Grenzen gestoppt und abgeschoben werden dürfen. Das Projekt globaler Bewegungsfreiheit kritisiert diese scheinbare Selbstverständlichkeit von Migrationskontrollen als eine weitere, willkürliche und nicht zu rechtfertigende Hierarchisierung von Menschen.“<sup>94</sup>

*Globale Bewegungsfreiheit* ist die Forderung einer kritisch intervenierenden Rechtskritik mit dem Ziel rechtlicher Normierung, die in der Krise der Hegemonie des Grenzregimes als Ferment der Transformation entwickelt wird. Aus einer metakritischen Perspektive ist dabei zu bedenken, inwiefern diese in einem Diskurs mit anderen Strategien artikuliert werden kann, die eine gänzlich andere Ausrichtung haben. So etwa, wenn Akteure des neoliberalen Hegemonieprojekts, wie der Chefvolkswirt der Deutschen Bank, feststellen, die hohe Anzahl ankommender Flüchtender sei „das Beste, was 2015 passiert ist“; und wenn die Bundesvereinigung Deutscher Arbeitgeberverbände noch mehr Zuwanderung verlangt.<sup>95</sup> Globale Bewegungsfreiheit *kann* durchaus eingebunden werden in ein Projekt passiver Revolution, das heißt, in eine neoliberale Arbeitskraftstrategie, die auf globale Mobilität der Arbeitskräfte, Lohndrückerei in Europa und „brain drain“ im globalen Süden setzt. Erst wenn globale Bewegungsfreiheit verbunden wird mit einer gleichzeitigen sozialökologischen Transformation der „imperialen Lebensweise“<sup>96</sup> Europas, kann sie sich einer solche Vereinnahmung erwehren. Das heißt, erst wenn die Mitgliedstaaten der Europäischen Union ernst- und gewissenhaft die ungerechte Weltressourcenordnung, die ihren Ausgangspunkt im europäischen Kolonialismus hat, bekämpfen und nicht aller Sonntagsreden zum Trotz durch ihre Handelspolitik perpetuieren, lässt sich die Krise des europäischen Grenzregimes emanzipativ auflösen.

94 Fabian Georgi, Globale Bewegungsfreiheit als gegenhegemoniales Projekt, in: Sonja Buckel/Lukas Oberndorfer/Axel Troost/Andrea Ypsilanti, Solidarisches EUropa. Mosaiklinke Perspektiven, Hamburg, 2013, 179 (181).

95 Zit. n. Jakob (Fn. 90 ), 13.

96 Ulrich Brand/Markus Wissen, Sozial-ökologische Krise und imperiale Lebensweise. Zur Krise und Kontinuität kapitalistischer Naturverhältnisse, in: Alex Demirović, et al. (Hrsg.) (Fn. 72 ), 79.