

§ 3. Ironie der Legalität

Die vorliegende Arbeit negiert zwei Möglichkeiten, über das Verhältnis von liberalem Recht und Freiheit nachzudenken. Die erste Möglichkeit neigt dazu, unterkomplex aufzutreten. Sie lässt rechtliche Form und Freiheit unmittelbar zusammenfallen. Freiheit artikuliert sich als rechtliche Freiheit bzw. Freiheit liegt in der Ausübung eines Rechts. Die zweite Verhältnisbestimmung ist komplexer. In ihrer Kurzform besagt sie ungefähr Folgendes: Die rechtliche Form stellt die *conditio sine qua non* der Freiheit dar, das Recht ist demnach (lediglich) die *Möglichkeit der Freiheit*. Wenn sich auch beide Thesen unterscheiden fasse ich diese affirmative Verhältnisbestimmung von rechtlicher Form und Freiheit, als die *Identitätsthese des Liberalismus* zusammen.

Man muss dem liberalen Recht eine Sache zugestehen. Wenn nach Cassirer die Aufgabe der Form darin liegt, den Menschen über seine bloße Endlichkeit zu erheben, an einen Ort, an dem sich Freiheit erst einstellen kann,⁹⁰⁴ so kommt es im Folgenden darauf an, das Scheitern des liberalen Rechts präzise zu bestimmen. Denn die Form liberalen Rechts vermittelt nicht bloße Endlichkeit. Der Liberalismus scheitert wohlverstanden, so die hier vertretene These, auf höherer Stufe. Der Liberalismus bringt Unendlichkeit hervor. Es handelt sich dabei jedoch – und darin besteht im präzisen Sinne das Scheitern des Liberalismus – um die schlechte *Unendlichkeit* ironischer Subjektivität. Darin liegen zugleich Fortschritt und Misslingen des liberalen Rechts.

Um meine These des Scheiterns des liberalen Rechts an der Hervorbringung wahrer Unendlichkeit zu plausibilisieren, nehme ich zunächst mit der Legalität einen Aspekt der Form liberalen Rechts in den Blick (I.). Denn bei dieser Legalität handelt es sich um eine Urteilspraxis, die ich in einem nächsten Schritt als ironisch ausweisen werde. Bedeutsam für die kritische Auseinandersetzung

904 Ritter/Bollnow (1991), S. 286.

§ 3. Ironie der Legalität

mit dem liberalen Recht ist aber vor allem meine darauf aufbauende These, dass die Ironie ein missglücktes Naturverhältnis darstellt. Die Korrektur dieses Verhältnisses erfolgt klassisch entlang der Grundlinien, die uns Hegel mit dem Konzept der Sittlichkeit (II.) gewiesen hat. Die Arbeit schlägt in einem dritten (III.) Schritt eine andere Möglichkeit zur Aufhebung der Ironie vor. Denn die Ironie der Legalität (nicht ihre Tragik) besteht darin, dass die Legalität sich bisher nur in ihrer liberalen, d. h. ironischen, Form gezeigt hat. Dieser Blick liberaler Legalität auf ihre eigene Ironie führt begrifflich zu ihrer Überschreitung, zu ihrer Selbstironisierung, einer Aufhebung der Ironie durch sich selbst, einer Ironisierung der Ironie. Diese Struktur werde ich am Ende des Kapitels auf den Begriff einer nicht mehr liberalen, sondern befreiten, d. h. im bestens Sinne *modernen*, Legalität bringen.

I. Die Natur der Ironie

1. Legalität

Die Moderne dreht das Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem in zuvor unvorstellbarer Art um,⁹⁰⁵ d. h. politisch: „Das Individuum ist zur einzigartigen Legitimationsquelle geworden.“⁹⁰⁶ Rechtlich gesprochen handelt es sich um eine Vorordnung *der Rechte* vor *das Recht*,⁹⁰⁷ gleichzeitig und untrennbar damit verbunden entwickelt sich das Recht zum „Formalrecht der Neuzeit“⁹⁰⁸ Diese Erzählung ist soweit bekannt.⁹⁰⁹ Wie wird nun diese Vorordnung der Rechte vor das (Formal-)Recht operationalisiert?⁹¹⁰ Menke geht davon aus, dass im Zentrum allen Rechts eine Lücke klafft. Nun besteht

905 Mensching (1992), S. 304.

906 Zabel (2019a), S. 34.

907 Auer nennt dieses Momentum die „erste Moderne“, vgl. dazu Auer (2014), S. 14.

908 Habermas (2017), S. 110.

909 Dagegen allerdings, „[g]egen Unterstellungen der souveränen Disponibilität moderner Rechtsordnungen und der Zentrierung subjektiver Willkür in denselben“ unter dem Begriff der Fremdheit, vgl. Vischer (2021), S. 27.

910 Zum Verhältnis des Besonderen zum Allgemeinen auch Auer: Das „Privatrecht als Privatrecht entsteht erst, wenn das Private im Gegensatz zum Allgemeinen zum Problem wird.“ Auer (2014), S. 165.

das vormoderne Recht auf der Schließung der Lücke im Recht, sei es durch Erziehung oder durch Befehl. Das Auseinanderfallen rechtlicher Allgemeinheit und einzelner Performanz kann vom traditionellen Recht, so die überzeugende Rekonstruktion Menkes, nicht bestehen bleiben. Das Allgemeine hat im antiken Recht vor dem Besonderen. Den Grund zur zwangswise Schließung dieser Lücke findet das traditionelle Recht typischerweise in den Begriffen der Gerechtigkeit oder der Sittlichkeit. Soweit eine kurze Rekapitulation bisheriger Einsichten.⁹¹¹

Ich nähre mich nun den entscheidenden Fragen dieses abschließenden Kapitels entlang Kants Begriff der Legalität. Kant „nennt die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetz, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben, die Legalität“⁹¹² und führt darin einen Bruch in der Normativität herbei. Denn die moderne Vorordnung der Rechte vor das Recht bringt Normativität völlig anders hervor, ab sofort wird die Legalität zum *modus operandi* der Normativität. Diese Freigabestruktur habe ich im ersten Kapitel (§ 1) ausführlich untersucht.

Mein Interesse gilt zum Abschluss dieser Arbeit dem Umstand, dass diese neue Normativität sich durch die Legalität in ein neues Verhältnis zur Natur setzt – und zwar in doppeltem Sinne. Das wird verständlich, sobald die kantische Legalität nicht bloß als Frage nach der „inneren“ Motivationslage, d. h. der Triebfeder bei der Befolgung von Rechtsansprüchen oder Normen aufgefasst wird. Ich erinnere an Hermann Cohens Kritik an der kantischen Legalität:

„Dahingegen darf es für den Menschen keine andere Triebfeder als die der Pflicht aus dem Sittengesetze geben. Der Mensch verliert seinen menschlichen Charakter, wenn ihm diese alleinige Triebfeder abhanden kommt [...].“⁹¹³

Durch den Verlust der sittlichen Triebfeder zugunsten der Willkür verliert der Mensch für Cohen seinen menschlichen Charakter, denn für ihn folgt daraus eine notwendige Verbindung zwischen der Willkür als nationalistischer Verfallsform der Autonomie und dem

911 Besprochen im Kapitel zur rechtlichen Form in dieser Studie, vgl. § 1.

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

913 Cohen (2001), S. 401.

§ 3. Ironie der Legalität

äußersten Zwangsmoment im Recht.⁹¹⁴ Oder aber, wie Menke diesen Gedanken für die *Willkür* in seiner Formkritik reformuliert: „Die subjektiven Rechte ermächtigen durch ihre Form das Subjekt dazu, was immer es will – seinen Eigenwillen – als Tatsache geltend zu machen.“⁹¹⁵

Die kantische Legalität bringt also nicht nur die rechtliche Ordnung völlig andersartig hervor, sondern auch das Verhältnis von Recht und Natur und dies in ebenfalls doppelter Hinsicht: einmal durch einen Akt der Selbsteinschreibung des quasi-natürlichen Eigenwillens in die Form der Rechte, einmal als äußerestes Zwangsrecht. Die nun folgende Beschreibung der liberalen Legalität als einer ironischen Struktur soll helfen, diese Selbstnaturalisierung liberalen Rechts in Form von Willkür und Zwang begrifflich besser zu fassen und, wenn möglich, zu überschreiten.

2. Ironie

Ironisch ist, wer über die Differenz von Wesen und Erscheinung entscheidet. Denn, wie Kierkegaard bemerkt, wenn „ich rede, ist der Gedanke, der gemeinte Sinn das Wesen, und das Wort die Erscheinung.“⁹¹⁶ Das Subjekt ironischer Rede disponiert im Modus der Lust über die Differenz zwischen eigentlichem Sinn und gesprochenem Wort sowie über den Zeitpunkt ihrer Identität. Es genießt das, was schon die Etymologie (gr. *eirōneía*) nahelegt, die Möglichkeit der *Verstellung*.⁹¹⁷ In diesem Spiel mit der Differenz zwischen Wesen und Erscheinung, Sinn und Wort, wähnt sich das ironische Subjekt frei. Diese Freiheit macht Reiz wie Gefahr ironischer Rede aus. Einerseits lockt uns die Ironie mit dem Imago freien Kommandos, dem inneren Vorbehalt, dem ungefährdeten Standpunkt des *a priori*. Andererseits ist die ironische Freiheit keine geteilte Freiheit, sondern esoterisch. Denn allein das ironische Subjekt ist in die Entscheidung über die Differenz zwischen Wesen und Erscheinung, Gedanke und

914 Dazu auch Habermas (2017), S. III. Eine (feuilletonistische) Würdigung der Willkür gibt z. B. Dreier (2012).

915 Menke (2018d), S. 206.

916 Kierkegaard (1976), S. 243.

917 Ich danke RiLG A. Follner für diesen Hinweis.

Wort, eingeweiht, kurz: Die Freiheit des ironischen Subjekts ist *privat*. Aber diese ironische Freiheit hat für das Subjekt auch eine Kehrseite. Es bezahlt dieses abstrakte Weltverhältnis mit seiner Isolation und geht daran zugrunde, ja das „Ich implodiert in der romantischen Interpretation“.⁹¹⁸ Die schöne Seele des ironischen Subjekts ist so stets der Verlockung ausgesetzt, seine Abstraktheit absolut zu setzen, d. h. terroristisch zu werden und sich, wie Hegel erkannt hat, an der „Zertrümmerung aller bestehenden gesellschaftlichen Ordnung“ zu versuchen.⁹¹⁹ Für dieses Umschlagen der Abstraktion in die Tat, diese Dialektik der Distanz, liefert die Gegenwart hinreichend Anschauungsmaterial. Mit anderen Worten, die Ironie ist nicht nur ein sprachliches, sondern ein sozialphilosophisches Problem *par excellence*.

Worin besteht die Verbindung der Ironie zur Rechtsphilosophie, zur Frage der Rechte und der Legalität? Diese Verbindung ist am besten über den Begriff des Urteilens einsichtig zu machen. Denn nicht nur die Ironie, d. h. das Urteil über die (Nicht-)Identität von Wesen (Sinn) und Erscheinung (Wort), stellt einen Urteilsakt dar. Vielmehr handelt es sich auch bei jedem rechtlichen Vollzug um ein Urteil, ein Urteil im Modus der Legalität. Unser gesamtes Gemeinwesen kann demnach als eine wechselseitige Bezugnahme durch Urteile und Schlüsse aufeinander vorgestellt werden.⁹²⁰ Schon Hegel hat diese Urteilsformen ausdifferenziert, vom endlich-negativen Urteil des bürgerlichen Rechtsstreits, dem negativ-unendlichen Urteils des Verbrechers oder dem positiv-unendlichen des Betrügers bis hin zur Urteils- bzw. Schlusspraxis der Gerichte. Doch was erlaubt es, die Legalität als ironisch zu beschreiben?

Ironie und Legalität teilen gleich mehrere Merkmale. Beide setzen auf die willkürliche Entscheidung des Subjekts. Die Ironie lebt von der willkürlichen Entscheidung, die Differenz von Wesen und Erscheinung entweder aufrechtzuerhalten oder aufzuheben; die Legalität kultiviert geradezu den inneren Vorbehalt des Subjekts, sich zu den eigenen Ansprüchen, Rechten oder dem Gemeinwesen mal so, mal anders zu verhalten. Sowohl Ironie als auch Legalität beschreiben diese Struktur als lustvolle Erfahrung der Freiheit. Die Willkür

918 Heyde (1999), S. 32.

919 Hegel (1986b), § 5.

920 Kneip (i.E.).

§ 3. Ironie der Legalität

wird geradezu zum Kern liberaler Freiheit (v)erklärt, eine Freiheit ohne Willkür scheint heute undenkbar. Gleichzeitig handelt es sich bei Ironie und Legalität um traurige, weil einsame Formen praktischer Freiheit, denn sie sind bloß privat selbst noch in ihrem Recht auf politische Teilhabe. Diese Form trauriger Freiheit kann sich nur durch den Gedanken an die eigene Souveränität beruhigen. Das ironische Subjekt ist in dieser ironischen Freiheit absolut, d. h. losgelöst, souverän. Genauso souverän ist das liberale Rechtssubjekt. In den Worten der Zivilrechtsdogmatik nennen wir das „Privatautonomie“. Ironie und Legalität verhalten sich darin aber abstrakt zu ihrem Grund. Das ironische Subjekt steht jenseits der Gründe. Es handelt bloß aus der Motivation eines kurzzeitigen Lustgewinns und zeigt darin bisweilen Suchtverhalten, wenn man Sucht als unabsehbares Verlangen nach einem (letztendlich körperlichen) Erlebniszustand versteht.

Auch am Grund der Rechte liegt ein solch somatisches Moment. Denn auch das Subjekt ironischer Legalität findet seinen letzten Grund in der somatischen Lusterfahrung pseudo-souveräner Disposition. Darin markiert die Willkür ein Verhältnis zur Natur des Subjekts. Die Tragik dieses ironischen Subjekts liegt auf der Hand. Es kann diese Lust strukturell nicht auf Dauer stellen. Seine Aneignung von Lust, der *eros der Rechte*, bleibt seriell.⁹²¹

Aus gutem Grund wurde die Ironie dann auch als sozialphilosophisches Problem ernstgenommen. Noch Böckenfördes Frage danach, worauf sich der Staat am Tag der Krise stützen können, d. h. in dem Moment, in dem es *ernst* wird, ist antiironisch durch und durch und darin noch, wenngleich negativ, auf die Ironie als Problem verwiesen. Die Ironie bildet in den Hegel'schen *Grundlinien* den Abschluss des Moralitätskapitels und gleichzeitig den Übergang von der Moralität als „Recht des subjektiven Willens“⁹²² hin zum zentralen Gedanken der Sittlichkeit, in der gerade die (bloße) Abstraktheit des subjektiven Willens aufgehoben werden soll.⁹²³ Aber

921 Menke (2022), S. 501f.

922 Hegel (1986b), § 107.

923 Es ist an sich selbstverständlich, sei nur noch einmal betont: es handelt sich bei diesem Übergang nicht um eine Verwerfung der (kantischen) Moralität zugunsten eines (ggf. aristotelischen) Sittlichkeitskonzepts, sondern um die Aufhebung im „präzisen Sinne“, vgl. dazu treffend Schwenzfeuer (2019), S. 73.

die Ironie stellt nicht irgendeinen logischen Übergang in der Sphäre des subjektiven Willens dar. Die Ironie stellt für Hegel vielmehr das größte Übel einer übersteigerten Subjektivität dar und wird im absoluten Geist (dort in der Ästhetik)⁹²⁴ sowie im objektiven Geist auf der Stufe der Moralität verworfen.⁹²⁵ Denn für Hegel gilt: Der „moralische Standpunkt ist daher in seiner Gestalt das Recht des subjektiven Willens. Nach diesem Rechte anerkennt und ist der Wille nur etwas, insofern es das Seinige, er darin sich als subjektives ist.“⁹²⁶ Gleichzeitig ist der subjektive Wille zunächst „abstrakt, beschränkt und formell“⁹²⁷ und steht so zwar „in einem allgemeinen Normhorizont“⁹²⁸; dieser wird aber erst mit dem Übergang in die Sittlichkeit für das Subjekt relevant, d. h. beim Abgleich mit einem allgemeinen Ethos.⁹²⁹ Damit ist schon einmal eine Differenz markiert, weil der subjektive Wille zunächst von dem „Begriffe des Willens“⁹³⁰ geschieden ist. *Derbolav* schreibt dazu: „Der Wille hat hier also noch die Struktur der Endlichkeit, d. h. er steht noch im Gegensatz zur Objektivität, in die hinein er sich handelnd auszulegen hat [...].“⁹³¹ Dadurch enthält der subjektive Wille aber die Gefahr des Scheiterns in sich beschlossen, d. h. „dem Begriffe [des Willens, S. K.] nicht angemessen zu sein“⁹³².

Spielt man diese Gedanken noch einmal in den Kategorien der Hegel'schen Logik durch, ist schnell einzusehen, warum für Hegel der subjektive Wille der Moralität als eine *für sich seiende Unendlichkeit*, ein solches Problem darstellt.⁹³³ Der sich in der Moralität durchsetzende subjektive Wille kann aus dieser Unendlichkeit der Subjektivität sowohl zu einem wahren Begriff der Unendlichkeit kommen wie auch in einer schlechten Unendlichkeit gefangen bleiben. Die Entscheidung über das Gelingen oder Scheitern der Wil-

⁹²⁴ Potepa (1999).

⁹²⁵ Zur Ironie als eines Falles der „dynamischen Funktionalisierung“ des Bösen bei Hegel, vgl. Hermanni (1995), S. 31.

⁹²⁶ Hegel (1986b), § 107.

⁹²⁷ Hegel (1986b), § 108.

⁹²⁸ Derbolav (1965), S. 214.

⁹²⁹ Stekeler-Weithofer (2019), S. 52.

⁹³⁰ Hegel (1986b), § 108.

⁹³¹ Derbolav (1965), S. 213.

⁹³² Hegel (1986b), § 101.

⁹³³ Hegel (1986b), § 105.

§ 3. Ironie der Legalität

lensäußerung ist auf der Ebene der Moralität jedoch contingent und kann keineswegs garantiert, nicht einmal seinem Inhalte nach beurteilt werden.⁹³⁴ Auf den subjektiven Willen, die Willkür des Subjekts, ist, darin ist Hegel zuzustimmen, kein Verlass.

Anders als die wahrhafte Unendlichkeit, welche die Einheit der Endlichkeit und der Unendlichkeit erkennt, weil das Endliche „zur Bestimmung des Unendlichen nicht entbehrt werden“ kann,⁹³⁵ hält sich die schlechte Unendlichkeit für Hegel gerade frei von der Endlichkeit und scheitert darin zugleich.⁹³⁶ Denn „es wird sich ergeben, daß eben, indem das Unendliche vom Endlichen rein und entfernt gehalten werden soll, es nur verendlicht wird.“⁹³⁷ Die schöne Seele verendet, denn sie „trocknet aus und hinterläßt eine Leere, in der nur noch Raum für Sehnsucht ist.“⁹³⁸ Dieser Versuch eines Sich-Freimachens von der Last der Endlichkeit ist für Hegel die Haltung des Ironikers, dieser damit ein Exponent der schlechten Unendlichkeit.⁹³⁹ Nach dieser Reformulierung des Problems anhand der logischen Kategorien ergibt sich die Hegel'sche Bestimmung der Ironie von selbst, wenn er auch das Problem der Ironie nicht am subjektiven Recht, sondern am Gesetz illustriert:

„Ihr nehmst ein Gesetz in der Tat und ehrlicherweise als an und für sich seiend, Ich bin auch dabei und darin aber auch noch weiter als Ihr, ich bin auch darüber hinaus und kann es so oder so machen. Nicht die Sache ist das Vortreffliche, sondern Ich bin der Vortreffliche, und bin der Meister über das Gesetz und die Sache, der damit, als mit meinem Belieben, nur spielt, und in diesem ironischen Bewußtsein, in welchem Ich das Höchste untergehen lasse, nur mich genieße.“⁹⁴⁰

Der Ironiker steht also beständig *über* den Gegenständen, als *Ironiker des Sittlichen* damit auch über den Gegenständen des Rechts, der Politik und des Staates, und macht diese zum Gegenstand seiner Selbstsucht, und verhält sich „wesentlich sekundär, vielleicht sogar

934 Zabel (2007), S. 89.

935 Hegel (2008), S. 143.

936 Diese schlechte Unendlichkeit affirmsiert hingegen Somek (2018), S. 109.

937 Hegel (2008), S. 135.

938 Heyde (1999), S. 32.

939 Heyde (1999), S. 33.

940 Hegel (1986b), § 140. Zur aktuellen Kritik der Ironie z. B. durch Simon Strauß – „Die Gegner sind die zynischen Ironiker“, vgl. das Interview Strauß/Sedlmaier (2018).

parasitär“⁹⁴¹ zu selbigen. Als *Ironiker des Sittlichen* kann man aber nicht leben, zumindest nicht, wenn man für die Ironie gerade wieder auf die Momente des Sittlichen zurückgreifen muss, denen man sich ironisch enthoben fühlt.⁹⁴² Die Ironikerin lebt für Hegel schlicht von Voraussetzungen, die sie selbst nicht ironisieren kann.

Nun habe ich diesen kleinen Umweg über die Hegel'sche Kritik an der Ironie genommen, um zu zeigen, wo der Riss zwischen Sittlichkeit und Moralität, d. h. „von objektivem und subjektivem Moment der Freiheit“⁹⁴³ verläuft und zudem besonders deutlich hervortritt. Der Ironiker ist also für Hegel ein Problem übersteigerter Subjektivität, ein Problem jedoch, das sich durch die Einbettung in die Sphäre der Sittlichkeit (Familie, bürgerliche Gesellschaft, Staat) beherrschen lässt.⁹⁴⁴ Diese Aufhebungsversuche werde ich im zweiten Teil dieses Kapitels (§ 3 II) betrachten.

3. Natur

Ich spalte das Problem weiter mit Blick auf den Begriff der Natur zu. Bei der Legalität handelt es sich nicht nur um eine Form des Urteils im Modus der Ironie, sondern zudem um ein Naturverhältnis. Deshalb ist die Legalität für die vorliegende Arbeit von so großem Interesse. In der ironischen Legalität kreuzen sich Urteil und Natur. Nirgendwo wird diese Verbindung so augenscheinlich wie beim Problem der Gewalt oder, wie die juristische Dogmatik es nennt, der rechtlich verfassten Gewalt, dem Zwang. Denn die Kategorie des Zwangs ist die zunächst verdrängte, dann aber scheinbar notwendig in die Sphäre des Rechts wiederkehrende Natur als *Kraft*. So heißt es

941 Heyde (1999), S. 34.

942 Eine ähnliche Kritik übt Schmitt am *Bourgeois* als „politische Nullität“ im Anschluss an Hegel (und diesen damit zitierend). So heißt es bei ihm: „Bei Hegel findet sich dann auch die erste polemisch-politische Definition des Bourgeois, als eines Menschen, der die Sphäre des unpolitisch risikolos Privaten nicht verlassen will [...].“ Vgl. Schmitt (2015a), S. 58; zur „Selbstvernichtung“ des Ironikers wiederum Heyde (1999), S. 34.

943 Zabel (2007), S. 93, Fn. 270.

944 Jhering dreht diese Überlegung um und kommt somit nur zu einer Auflösung des Egoismus in eine objektive Sittlichkeit, was ohne Zweifel daran liegt, dass er vom Zweck statt von der (subjektiven) Freiheit her das Recht bestimmt. Vgl. Jhering (1970b), S. III–IV.

§ 3. Ironie der Legalität

in Kants Rechtslehre in § D unter dem Titel „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden“ folgendermaßen:

„Der Widerstand, der dem Hindernisse einer Wirkung entgegengesetzt wird, ist eine Beförderung dieser Wirkung und stimmt mit ihr zusammen.“⁹⁴⁵

Bei diesem Satz handelt es sich um ein Theorem aus Kants eigenen frühen *naturphilosophischen* Schriften, die er später, d. h. zur Zeit der Abfassung der Rechtslehre, aufgreift und für das Recht operabel macht. Hermann Cohen hat sich darüber zwar bitter beklagt, aber nicht gewundert. Kant war für ihn nur konsequent, denn „[i]n der Legalität selbst steckt schon der Zwang.“⁹⁴⁶

Und wir sehen auch, warum ironische Legalität konstitutiv mit dem äußeren Zwang verknüpft ist. Denn der Zugriff auf die Natur bliebt in der ironischen Legalität abstrakt. Die Lust freien Disponierens stellt nichts anderes dar, als die serielle Selbstnaturalisierung des Subjekts und kann in dieser Konstellation, so denkt es das liberale Recht, nur durch die externe Unlusterfahrung des Zwangs eingehetzt werden, d. h. durch die handfeste Einwirkung auf die Interessen des Subjekts im Modus instrumenteller *Kraftentfaltung*, m. a. W. mit Gewalt in Form von Kriminalstrafe, polizeilichem Zwang und der Zwangsvollstreckung im Rahmen des Zivilprozesses. Insofern ist dem liberalen Recht zuzugestehen, dass es über einen kohärenten Naturbegriff verfügt, wenngleich dieser auch doppelseitig instrumentell ist, einmal als Hervorbringung eigener Lust an der Dispositionsfähigkeit (1. Naturmoment), einmal als Einsatz natürlicher Kraftentfaltung zur Begrenzung dieser Lusterfahrung im juristischen Programm intenderter Unlustzufügung (2. Naturmoment). Die Strafe ist in diesem Sinne ein Naturverhältnis, nämlich als intentionale Übelszufügung oder wie Günther Jakobs die Strafe treffend charakterisiert: Man unterwirft das zu bestrafende Subjekt in der intentionalen Übelszufügung den Regeln der Natur.⁹⁴⁷

Ich fasse das Naturverständnis zusammen: Das Verhältnis zur Natur, welches die Ironie konstituiert, zeigt sich in zwei Momenten. Einer internen Hervorbringung der Natur als Lusterfahrung an der eigenen Dispositionsfähigkeit einerseits und einer dadurch not-

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

946 Cohen (2001), S. 400.

947 Jakobs (2008a), S. 134.

wendig hervorgebrachten Begrenzung dieser Lust durch Momente der Unlusterfahrung – eine externe (angedrohte) Einwirkung auf die Natur des Subjekts. Die ironische Legalität kommt also über ein instrumentelles Verhältnis zur Natur nicht hinaus. Hermann Cohen schlägt deshalb vor, das Problem rechtlichen, d. h. äußerlichen Zwangs durch die Verabschiedung der Legalität zu beheben. Das Recht muss für ihn unter dem Sittengesetz, d. h. dem kategorischen Imperativ, stehen. Auch wenn ich Cohen in vielen Punkten gefolgt bin, schlage ich vor, das Problem der Legalität nicht wie er von Seite des Geistes aus zu lösen. Vielmehr ist eine Lösung des Legalitätsproblems vom Begriff des Leibes aus zu unternehmen. Diese Einführung der Leiblichkeit soll in meiner Arbeit ein anderes Verhältnis zur Natur vermitteln und damit am Grund der Legalität ansetzen, um diese nicht vollständig der Rückkehr zum kategorischen Imperativ opfern zu müssen. Es ist mir dabei aber nicht um die Einführung weiterer Gründe in einen Diskurs zu tun, seien diese nun leiblicher oder anderer Art. Der Leibbegriff stellt insofern nicht mehr als einen Türöffner für eine Differenz- und Verhältnisbestimmung dar und zwar des Verhältnisses von Recht und Natur.

Die Frage lautet also: Wie greifen wir durch das Recht auf Unverfügbares, d. h. die eigene Natur als Leib in Form der Erziehung oder der Strafe, auf die erste Natur als Lebensgrundlage durch subjektive Rechte, z. B. das Eigentum, und auf die zweite Natur als bereits geleistete Auseinandersetzung mit der ersten Natur (z. B. Wissenschaftsfreiheit)⁹⁴⁸ zu? Bevor ich mich diesen Fragen im letzten Teil dieses Kapitels widme (§ 3 III), diskutiere ich im Folgenden drei Konzepte, die auf je eigene Weise dem Problem der Ironie abzuheften versuchen.

948 Kneip (2024).

„Und sie sind da.“⁹⁴⁹

II. Drei Entsetzungsversuche ironischer Freiheit

Nachdem Jhering den ersten Band seiner Schrift zum *Zweck im Recht* fertiggestellt hatte, stand er vor einem Problem. Er entdeckte an seinem Forschungsgegenstand einen irreparablen Mangel. Dieser Mangel bot sich ihm in Form einer Lücke dar, denn er musste konstatieren, dass das Recht eine Lücke hat. Denn der von ihm rechtlich abgesicherte und so auch bezeichnete Egoismus im Recht wirft Fragen auf, die das Recht selbst nicht lösen kann. Das Eingangszitat aus dem zweiten Band beginnt daher mit einer Anrufung, nämlich der Anrufung sittlicher Kräfte. Jedenfalls sieht Jhering, dass es bei der reinen Verfolgung von Individualinteressen nicht bleiben kann. Denn

„die Erkenntnis seiner [des Egoismus, S. K.] Unzulänglichkeit für die vollständige Lösung der gesellschaftlichen Aufgabe wird uns den Übergang zum Sittlichen bahnen: *in die Lücke*, die er übrig gelassen hat, greift das Sittliche ein.“⁹⁵⁰

Erkenntnis und Lösung eines Problems fallen zwar nicht zusammen, doch es zeichnet Jhering aus, dass er an dieser Stelle redlich bleibt. Er hat das Problem der Lücke im Recht ernstgenommen. Die von ihm ausgearbeitete Konzeption einer Sittlichkeit ist qualitativ weit von der philosophischen Ausarbeitung in den Hegel'schen *Grundlinien* entfernt,⁹⁵¹ aber wir halten fest, dass Jhering etwas erkannt hat. Er hat erkannt, dass das liberale Recht aus sich heraus nicht bestehen kann. Die von ihm als „egoistisch“ beschriebene, besser aber als ironisch zu beschreibende Freiheit aus dem ersten Band des *Zwecks im Recht*, lässt eine Lücke oder besser: sie bringt eine Lücke hervor. Im Folgenden werde ich drei Vorschläge diskutieren, welche die Lücke, die die ironische Legalität geschlagen hat, zu

949 Gemeint sind die sittlichen Triebfedern jenseits des Egoismus, weil nicht sein kann, was nicht sein darf: sie sind da! Jhering (1970a), S. 9.

950 Jhering (1970a), S. 3 [Hervorhebung von mir, S. K.].

951 Zum Beispiel schließt der zweite Teil des *Zwecks im Recht* mit zwei gut gemeinten Kapiteln zu Höflichkeit und Anstand. Jhering bleibt auf der Ebene empirischer Sittenlehre stehen.

schließen versuchen. Es handelt sich also bei allen Vorschlägen um Antworten auf eine ironische Grundkonstellation und in allen Fällen soll die Freiheit *entsetzt* werden, entsetzt von der Ironie. So stimmen alle Positionen darin überein, dass wahre Freiheit nur eine Freiheit sein kann, welche die Ironie entsetzt hat. Alle Konzepte, das sei vorab gesagt, scheitern auf ihre je eigene Weise. Sie scheitern aber jeweils so, dass sich aus ihrem Scheitern etwas lernen lässt. Diesen Ertrag werde ich im letzten Abschnitt (§ 3 III) aufgreifen und um eigene Überlegungen erweitern. Die drei Begriffe, unter denen eine Entsetzung der Ironie vollzogen werden soll, lauten: Sittlichkeit, Arbeit und Vertrauen. Bei Hegel und in daran anschließender Lektüre Honneths soll die Anerkennung auf den verschiedenen Stufen des Sittlichen die Möglichkeit der Freiheit in die Wirklichkeit der Freiheit verwandeln. Spannender ist jedoch die Antwort des Rechts darauf, dass diese sittlichen Ressourcen Honneths möglicherweise gar nicht bestehen. Diese Antwort besteht in einer Selbstkorrektur des Rechts. Ganz anders setzt Ernst Jünger in *Der Arbeiter* an. Dort ruft er ein neues, technisches Zeitalter des heroischen Realismus aus, welches die Freiheit nicht mehr als ironische Freiheit, sondern lediglich als durch den Arbeitsbegriff vermittelte Einsicht in die Notwendigkeit verstehen will. Auch Robert Brandom sieht die Moderne in einer ironischen Distanzhaltung gefangen und beginnt seine Entsetzung entlang der Hegel'schen Dialektik aus Geständnis, Verzeihen und Versöhnung aus dem Schluss der *Phänomenologie des Geistes*. Diesen Gedanken Hegels ausbauend, schlägt er einen Anspruch des handelnden Individuums auf zukünftiges Verzeihen gegenüber der normativen Gemeinschaft vor, für den notwendig eintretenden Fall, dass das Individuum an der Erfüllung einer Norm scheitert. Er nennt diesen anti-ironischen Ernst, der sich in einem Anspruch des Individuums gegen das Gemeinwesen auf ein zukünftige Verzeihen materialisiert, Vertrauen.

1. Die Aufhebung der Ironie

„Schlimmer als die Verkennung ist die Anerkennung.“⁹⁵²

a. Hegels Sittlichkeit

Die Ironie ist für Hegel nicht primär das Ende der Moralität (welches sie *auch* ist), sie ist vor allem der Ausgangspunkt und damit der Beginn der Sittlichkeit. Die bis in das negative Extrem der Ironie getriebene Moralität des subjektiven Willens, findet in der schlechten Unendlichkeit ironischer Rede ihren Untergang. Damit unterläuft die Ironie als Form der Verstellung jeden Weg in eine halbwegs geordnete Sozialität und bedarf, um es etwas grob zusammenzufassen, ihrer Aufhebung in der Sphäre der Sittlichkeit. Dass es sich bei der Hegel'schen Darstellung in den *Grundlinien* nicht um eine chronologische Nacherzählung der einzelnen Momente handelt, sondern um eine systematische Entwicklung des Gedankens der Freiheit, ist unstrittig. Nicht von selbst versteht sich allerdings für den heutigen Leser Hegels die Aufhebung der ins Extrem gesteigerten Moralität in seinem Konzept Sittlichkeit. Das wiederum hat mit der Sittlichkeit selbst zu tun. Denn für Hegel ist die Sittlichkeit als Sphäre des objektiven Geistes nichts anderes als *geronnene Freiheit*. Es ist eine Freiheit, die den Einzelnen jeweils in einen sozialen Kontext einbettet, der von diesem als gegenständlicher Ausdruck der eigenen Freiheit *anerkannt* werden kann, nämlich im Kontext von Familie, bürgerlicher Gesellschaft und Staat. Diese Konstellation hebt die Legalität im strengen Sinne auf, d. h. es vernichtet diese nicht, macht sie aber zu einem Moment des sittlichen Ganzen. Die Aufhebung der Legalität bedeutet nicht die Vernichtung der Legalität. Aber die Legalität verliert ihre (vermeintliche) Absolutheit, sie wird zu einem Moment und bleibt darin bewahrt, d.h. im strengen Sinne, sie wird *aufgehoben*.

Und so ist es auch zeitgenössischen Hegelianern durchaus klar, dass sich aus der Legalität allein zunächst kein sittliches Ganzes ergibt. Darin liegt die Pointe von Axel Honneths Ansatz, nämlich die ironische Legalität als bloße „Möglichkeit“ der Freiheit zu verstehen.

952 Badiou (2010), S. 24.

So schreibt Honneth über die individuelle Freiheit (unter die wir hier einmal die Legalität subsumieren können), dass diese individuelle, man könnte sagen: abstrakte Freiheit, gerade „keine neuen substantiellen Handlungszusammenhänge“ generiere.⁹⁵³ Erst im „Wir“ also der durch Anerkennungsbeziehungen vermittelten Ebene des Hegel'schen Geistes, sieht Honneth die Freiheit verwirklicht, wenn er auch Hegels Sittlichkeitstrias aus Familie, bürgerliche Gesellschaft und Staat dem Zeitgeist anpasst und sie als *persönlichen Beziehungen*, dem *marktwirtschaftlichen Handeln* und der *demokratischen Willensbildung* neu fasst. Es ist hier nicht der Ort, diese möglichen Verwirklichungen sozialer Freiheit im Einzelnen zu diskutieren.

Gängig ist hier die Erzählung vom Übergreifen des ökonomischen Prinzips auf die anderen beiden möglichen Orte sozialer Freiheit, d. h. um es mit Honneth zu sagen, auf persönliche Beziehungen und demokratische Willensbildung. Ähnliches gilt für das Übergreifen der Marktwirtschaft auf die Sphäre der Politik. Auch für die „Marktwirtschaft“ als solche muss man Honneth nicht zustimmen, dass es sich potentiell um eine Sphäre zur Verwirklichung der Freiheit handelt, wie er das kürzlich in seiner Studie *Arbeitende Souverän* dargelegt hat.⁹⁵⁴ Aber auch jenseits einer zugestandenen Erzählung von einer Expansion des Ökonomischen, kann man sich die Frage stellen, ob die von Honneth ausgemachten Formen als solche tatsächlich Orte freiheitlicher Assoziation sind. Ebenso wenig dürfte die Rolle des Staates so unschuldig sein, wie das gerne behauptet wird.⁹⁵⁵

Mein Einwand gegen diese Aufhebung der Ironie ist anderer Art. Jedes Sittlichkeitskonzept, welches die Legalität als solche unangestastet lässt und nur auf die Hegel'sche Aufhebung in sittlichen Zusammenhängen (wie auch immer man diese bezeichnen mag) setzt, entkommt dem von mir beschriebenen Naturverhältnis nicht. Es kann den verfehlten Zugriff auf Natur durch die ironische Legalität, die Lust an der Disposition einerseits und das Unlustprogramm der Lustbeschränkung andererseits, immer nur korrigieren, reformieren, abschwächen, abgewöhnen, einschränken usw. usf.

Das Rechtspraxis und -Wissenschaft haben auch unlängst erkannt, dass sie die notwendigen Korrekturen an der Legalität selbst

953 Honneth (2011a), S. 222.

954 Honneth (2023).

955 Dagegen: Abensour (2012).

§ 3. Ironie der Legalität

vorzunehmen haben und dass die Frage einer *Entsetzung der Ironie* ein Teil des Rechts selbst werden muss, möchte das Recht nicht ständig auf das Eingreifen einer vielbeschworenen Sittlichkeit warten.

Zwar kann man meinen, „dass es sinnvoll ist, sich an ein minimales, ‚formales‘ Verständnis des Privatrechts zu halten“⁹⁵⁶ nur wird man dann im Zweifelsfall von den erhofften sittlichen Kräften enttäuscht oder präziser: man verkennt, dass die Form des Rechts auf die sittlichen Kräfte zurückspielt. Die altbekannte Rechnung aus „Formalrecht plus Sittlichkeit“ denkt das Verhältnis zwischen ironischem Formalrecht und Sittlichkeit unterkomplex. Das Formalrecht, so die hier verfolgte These, verunmöglicht die Herausbildung einer neuen Sittlichkeit. Nur wenn man aufhört, das Formalrecht als erlösungsbedürftiges Objekt der Sittlichkeit zu denken, wendet sich der Blick auf die Form des Rechts zurück und nimmt die Form des Formalrechts, d. h. seine ironische Struktur, in den Blick.

Besonders prägnant ist die Konstellation im Strafrecht, das sich in den letzten Jahrzehnten zum Kohärenzrecht schlechthin entwickelt hat. Benno Zabel hat diese Konstellation in *Die Ordnung des Strafrechts* auf den Punkt gebracht:

„Wir können auch von einem ‚Kohärenzstrafrecht‘ sprechen, um zu verdeutlichen, dass das Strafrecht mit seiner symbolischen und sinnintegrativen Kraft Aufgaben übernommen hat, die im späten 18., 19. und frühen 20. Jahrhundert Religion, Moral oder der Familie zugewiesen waren. [...] Kohärenz oder Kohärenzstimmungen in einer Gesellschaft zu erzeugen, die als zunehmend inhomogene und kulturell ausdifferenzierte über vergleichsweise wenige gemeinsame Wertüberzeugungen verfügt, wird zum Markenzeichen des Strafrechts.“⁹⁵⁷

Aber nicht nur das Strafrecht, auch die anderen beiden dogmatischen Fächer wissen darum, dass Handlungsvollzüge, anders als bei Hegel, Honneth oder Loick, keine sittliche Einhegung mehr erfahren, wie auch immer man diese im Detail ausbuchstabieren mag. Diese Selbsterkenntnis des Rechts, das Wissen des Rechts darum, dass es mit diesem Problem fehlender Sittlichkeit alleingelassen wird, kann man in der juristischen Dogmatik an zwei Stellen schön illustrieren: Einmal anhand der Diskussion um eine „Theorie“ der Grundrechte und einmal anhand der Diskussion über die Grenzen

956 Kervégan (2018), S. 378.

957 Zabel (2017), S. 707.

der Vertragsfreiheit oder römisch-rechtlich gewendet, dem Problem eines Selbstverkaufs in die Sklaverei.

b. Selbstkorrektur des Rechts I: Grundrechtstheorie

Grundrechte räumen dem Einzelnen Rechte ein und artikulieren darin, gleichsam im Modus performativer Selbstbeschreibung des Rechts, Freiheit. Dies ist jedenfalls die Perspektive der liberalen Rechtswissenschaft. Nun fällt es der Rechtswissenschaft schwer, den Begriff der Freiheit zu „definieren“ da es sich bei dieser offenbar um einen Begriff handele, der „höchste Werte oder letzte Dinge“ angeben soll.⁹⁵⁸ Die Verlegenheit um die Definition des Begriffs Freiheit ist wenig verwunderlich, entziehen sich Gegenstände der Vernunft doch üblicherweise der Behandlung durch eine Verstandesoperation, z. B. dem Definieren. Man muss auch diese eschatologische Aufwertung der Freiheit zu einem Gegenstand der „letzten Dinge“ nicht mittragen und kann dennoch zur Güte darauf verweisen, dass Freiheit immer einer Form bedarf oder, um es im Sinne Cassirers zu sagen: *Es gibt keine unmittelbare Berührung mit dem Unendlichen*. Die erforderliche Form findet die Freiheit in der Bundesrepublik Deutschland in den Grundrechten des Grundgesetzes. Die Grundrechte formieren die Freiheit. Damit ist einiges, aber noch nicht alles über die Freiheit des Grundgesetzes gesagt. Denn die Grundrechte fallen in ihrer verschriftlichen Form notorisch knapp aus, die Bezeichnung der Grundrechte als Programmsätze muss hier nicht wiederholt werden. Aber die Probleme liegen auf der Hand: Wer entscheidet darüber, was eine Meinung, Kunst, Handlungsfreiheit usf. sein soll? Steht dies im Belieben des Subjekts oder gibt es so etwas wie eine vorgeformte Freiheit? Reicht meine Freiheit so weit, mich meiner Freiheiten zu begeben? Muss ich von meinen Freiheiten Gebrauch machen oder ist es Ausdruck der Freiheit, nicht von meiner grundrechtlich verbürgten Freiheit Gebrauch zu machen? Wer hilft mir zu meiner Freiheitsverwirklichung und gibt es so etwas wie einen freiheitsbeschränkenden Freiheitsgebrauch?⁹⁵⁹ Die Grundrechte verhalten sich zu diesen Fragen, wenn überhaupt, nur

958 Lepsius 2024, S. 297.

959 Den Primat der Rechte vor demokratischen Entscheidungen kritisierte so z. B. jüngst Schorkopf (2025).

§ 3. Ironie der Legalität

äußerst knapp, m. a. W., die Verfassung lässt hier eine Lücke. Die Handhabung der Grundrechte – über diese Problembeschreibung herrscht Einigkeit – erfordert daher eine übergreifenden Perspektive, eine „Theorie“. In diese Lücke, welches das Gesetz gelassen hat, stößt die Grundrechtstheorie und sie muss – auch darin sind sich alle Diskussionsteilnehmer einig – die Kontrastfolie zeichnen, vor der die Grundrechte überhaupt erst eine sinnvolle Anwendung finden können. So haben sich im Laufe der Zeit verschiedene Theorien herausgebildet, die alle für sich in Anspruch nehmen, den im Grundgesetz niedergelegten Rechten die richtige Deutung zu geben.

Mit Blick auf das hier aufgeworfene Problem ironischer Legalität und einer möglichen Antwort durch die Verfassungslehre lasse ich zunächst Ernst-Wolfgang Böckenförde zu Wort kommen. Er bringt das klassisch liberale Verständnis der Grundrechte und damit, wie wir sehen werden, das Problem der Ironie, auf den Punkt. Die Grundrechte sollen demnach, das ist soweit unumstritten, Freiheit gewährleisten. Die Formbestimmung der *liberalen Theorie* liegt nun an der Grenze zur Formlosigkeit, denn sie sichert etwas ab, was Böckenförde *Freiheit schlechthin* nennt. Denn, so führt er für die liberale Theorie aus, die

„durch die einzelnen Grundrechte gewährleistete Freiheit ist, als Folge des Ausgrenzungscharakters der Grundrechte, Freiheit *schlechthin*, nicht Freiheit zu bestimmten Zielen und Zwecken (Förderung des demokratisch-politischen Prozesses, Werteverwirklichung, Integration des politischen Gemeinwesens u. ä.). Ob, aus welchen Motiven und zu welchen Zwecken die Grundrechtsträger von ihrer grundrechtlichen Freiheit Gebrauch machen, ist – im Rahmen der allgemein festgelegten Verträglichkeitsgrenzen der Freiheit – *ihre Sache* und Entscheidung; es kann daher nicht Gegenstand *rechtlicher* Bewertung durch den Staat und ebenso wenig Anknüpfungspunkt für eine rechtliche Differenzierung des Freiheitsumfangs sein.“⁹⁶⁰

Das klassisch-liberale Verständnis setzt das Subjekt also in zweierlei Hinsicht frei. Es darf erstens willkürlich darüber entscheiden, ob es von einem Grundrecht Gebrauch macht und zweitens, zu welchen Zwecken bzw. mit welchen Motiven. Dogmatisch bedeutet dies, dass die verfassungsgerichtliche Überprüfung eines Eingriffes in den Schutzbereich eines Grundrechts zunächst das Selbstverständnis

⁹⁶⁰ Böckenförde (1974), S. 1530f. [Hervorhebung im Original].

des Grundrechtsträgers zugrunde legt. Es handelt sich um einen klassischen Ausdruck ironischer Legalität, *Freiheit schlechthin*. Und wegen dieser unbestimmten Freisetzung, hat dieses Verständnis der (Grund-)Rechte, Hegel zu folgender Kritik veranlasst:

„Wenn man sagen hört, die Freiheit überhaupt sei dies, daß man tun könne, was man wolle, so kann solche Vorstellung nur für gänzlichen Mangel an Bildung des Gedankens genommen werden, in welcher sich von dem, was der an und für sich freie Wille, Recht, Sittlichkeit u.s.f. ist, noch keine Ahnung findet.“⁹⁶¹

Eine Freiheit schlechthin ist gerade die abstrakte Freiheit, der Hegel mit seinem Konzept Sittlichkeit begegnete. Ist die liberale Theorie also alles, was die Verfassungslehre uns mitzuteilen hat? Wäre dem so, würde sie das Problem der Ironie lediglich in sich wiederholen, anstatt ihm abzuhelpfen.

Man kann die Grundrechte aber auch anders verstehen. Sie stellen möglicherweise eher die Markierung einer institutionell und normativ immer schon ausgestalteten Freiheit dar, an der die Grundrechtsträgerin dann (lediglich) partizipieren kann. Die intellektuell und praktisch etwas anspruchslose *Freiheit schlechthin* der liberalen Grundrechtstheorie, bestünde dann nicht mehr darin, einen dem Staat vorausliegenden Freiheitsbereich absichern, sondern dem Subjekt die Teilhabe an einer schon vorgeprägten, d. h. verfassungsrechtlich niedergelegten Freiheit ermöglichen. Damit wird, wie Luhmann ausführt, dem Subjekt in gewisser Weise der Primat über „die Entscheidung darüber, was als Inhalt solcher Rechte [der Grundrechte, S. K.] legitimiert“ werden soll,⁹⁶² genommen. Gleichzeitig liegt darin liegt die Abkehr von einer naturrechtlichen Begründung der Grundrechte,⁹⁶³ zugunsten eines funktionalen Sinns.⁹⁶⁴ Dieses Grundrechtsverständnis hat nach Böckenförde folgende Konsequenzen:

„Hier ist in der Tat die rechtliche undefinierte liberale Freiheit als Inhalt der Grundrechte nicht mehr gemeint. An ihre Stelle eine ‚objektivierte‘ bereits normativ und institutionell gestaltete und geordnete Freiheit. Damit erhalten die grundrechtlichen Freiheitsgewährleistungen einen

961 Hegel (1986b), § 15.

962 Luhmann (1999), S. 209.

963 Luhmann (1999), S. 38–52.

964 Luhmann (1999), S. 208–209.

§ 3. Ironie der Legalität

prinzipiell anderen Sinn und Inhalt als in der liberalen Grundrechts-theorie.“⁹⁶⁵

Damit setzt sich dieses Verständnis der Grundrechte insofern von der liberalen Theorie ab, als die Ausgestaltung der Freiheit selbst nicht der Freiheit des Subjekts, jedenfalls nicht allein, obliegt. Die Eingrenzung ironischer Freiheit erfolgt zwar nicht auf der Ebene, *ob* ein Recht in Anspruch genommen wird, die Zwecke sind dem Grundrechtsträger aber nicht (gänzlich) anheimgestellt. Aber im innersten Gefüge einer institutionalisierten Freiheit, ergibt sich eine interessante Spannung zur liberalen Theorie der Grundrechte, der *Freiheit schlechthin*.

Bei allen Differenzen, die im Einzelnen zwischen den beiden, kuriosisch dargestellten Theorien bestehen mögen, scheint mir in Bezug auf die hier verfolgte Frage der Ironie(-Begrenzung) keine echte Differenz zu liegen. Vielmehr ergeben sich ungeahnte Allianzen. Nur auf den ersten Blick überrascht die Verteidigung der liberalen Grundrechtstheorie von Seiten der systemtheoretisch informierten Rechtstheorie, die eigentlich ein institutionelles Verständnis der Grundrechte vorgetragen hat.⁹⁶⁶ Verständlich wird diese Verteidigung der liberalen Grundrechtstheorie, wenn man sich ihr über den Begriff des Wissens annähert. Dass der Gesetzgeber sich selten auf der Höhe des in den Teilsystemen zirkulierenden Wissens befindet, führt bei *Karl-Heinz Ladeur* zu einer Erneuerung der klassisch-liberalen Perspektive. Dies erfolgt aber diesmal nicht primär, um dem Individuum gegenüber dem Staat einen Vorrang einzuräumen. Vielmehr basiere die liberale Ordnung „auf der dauerhaft in Gang gehaltenen gesellschaftlichen Erzeugung neuer Unterscheidungen [...].“⁹⁶⁷ Um diese treffen zu können, bedarf es der Opposition gegen einen vermeintlichen Wissensanspruchs des in Wahrheit, so verstehe ich Ladeur, schlecht informierten Gesetzgebers. Deutlicher gesprochen: Der Gesetzgeber ist nicht mehr in der Lage, den teils hochspezialisierten Diskursen der Teilsysteme noch sinnvoll zu folgen, geschweige denn etwas Wertvolles dazu beizutragen. Aus dieser Perspektive ist die liberale Grundrechtstheorie durchaus ein geeignetes Mittel, um den Einfluss des epistemologisch übergriffigen Gesetzgebers

965 Böckenförde (1974), S. 1532.

966 Gegen die liberale Theorie: Luhmann (1999), S. 38–52.

967 Ladeur (2006), S. 354.

einzuschränken. Darin liegt dann auch, unter Verschiebung der Perspektive, vom Individuum hin zum Teilsystem, die schon von Carl Schmitt so treffend beschriebene Metaphysik des Liberalismus: Das Wohl (aller) qua Freisetzung⁹⁶⁸ im Ökonomischen, im politischen Diskurs oder im Rahmen der Wissenschaftsfreiheit.⁹⁶⁹ Aus dieser Perspektive, d. h. einer größtmöglichen Freisetzung der Teilsysteme, darf der Staat hier nicht „eine eigene Rationalität des Entscheidens gegen die privat erzeugten Beziehungsnetzwerke und Regeln durchsetzen [...]“⁹⁷⁰ Es ist Ladeur also gegen das im Verdacht der normativen Übergriffigkeit stehende Abwägungsmodell der Grundrechts-theorie und -Praxis um einen „a-zentrischen, über die Grundrechte abgesicherten Selbstorganisationsprozeß der Gesellschaft“ zu tun.⁹⁷¹ Hierin liegt die erwähnte dialektische Spannung. Die institutionelle Theorie sieht die grundrechtliche Freiheit einerseits immer schon durch eine eigenständige Verfassung der Teilsysteme vorgeformt,⁹⁷² bedient sich aber der Verteidigung dieser Präfiguration genau desjenigen Mittels, welchem sie begegnen wollte, nämlich dem subjektiven Recht im Sinne einer *Freiheit schlechthin*. Sie kann diese Spannung nie lösen, sondern nur ausspielen. Ihr Motto lautet: Mit der ironischen Freiheit gegen die ironische Freiheit.

Demgegenüber versteht die Werttheorie die Grundrechte noch in einem ganz anderen Sinne. Die Grundrechte sind demnach Ausdruck objektiver Wertentscheidungen unseres Gemeinwesens. Die reflektierende Urteilstskraft der Verfassungslehre könnte demnach konkrete Freiheitsrechte auf objektive Werte zurückführen, die einzelnen Rechte wären dann (nur) die gesetzliche Positivierung dieser Werte; eine Verfassung hinter der Verfassung, m. a. W.: Wir hätten es mit einer *Metaphysik des Grundgesetzes* zu tun. In Bezug auf die hier aufgeworfene Frage des Umgangs mit ironischer Freiheit, kommt es aber, anders als die Rede von objektiven Wertentscheidungen es nahelegt, nicht auf eine Korrektur eines ironischen Freiheitsgebrauchs

968 Schmitt (2017), S. 47–48.

969 „Die Wissenschaftsfreiheit liefert also einen ‚grundrechtsimmanenten Dritt nutzen‘, der sich dann idealerweise verwirklicht, wenn Erkenntnis und Verbreitung wissenschaftlichen Wissens tatsächlich frei sind.“ – Dürig/Herzog/Scholz/Gärditz, 103. EL Januar 2024, GG Art. 5 Abs. 3 Rn. 18.; a. A. vgl. 1. Kor. 1, 25.

970 Ladeur (2006), S. 379.

971 Ladeur (2006), S. 380.

972 Teubner (2012).

§ 3. Ironie der Legalität

an. In dem berühmten Lüth-Urteil des BVerfG stellte das Gericht fest, dass die Meinungsfreiheit nicht nur gegenüber dem Staat, sondern auch im Verhältnis zwischen Privaten, geschützt werden muss. Denn auch Zivilgerichte sind nach Ansicht des Gerichts, z. B. bei einer Schadensersatzklage wegen einer Meinungsäußerung, an die Berücksichtigung der Grundrechte im Verhältnis der Bürger untereinander gebunden und können diese Ausübung durch Zuerkennen einer Schadensersatzforderung (oder Unterlassungserklärung) verletzen. Diese grundrechtstheoretische Wendung gegen das „Strafrecht im Zivilrecht“ in Form der Schadensersatzforderung geschah also im Sinne der liberalen Theorie der Grundrechte. Freiheit wird damit nicht nur vertikal, sondern auch horizontal geschützt, die Ironie wird multidirektional.

Nicht unerwähnt bleiben darf in diesem Zusammenhang die sozialstaatliche Grundrechtstheorie. Denn bei aller Ironie der klassisch-liberalen Theorie ist zu bedenken, dass der Freiheitsgebrauch selbst eine materielle und nicht nur eine formelle Basis benötigt. Für den Sozialstaat kommt es darauf an zu erkennen, dass er für seine eigenen Grundlagen zu sorgen hat. So betont Böckenförde, dass die rechtlichen Freiheiten der Verfassung mit ihrer formalen Einsetzung noch lange nicht tatsächlich ins Werk gesetzt werden. Die Erklärung, es bestünde eine Freiheit, läuft ins Leere, wenn die materiellen Voraussetzungen fehlen, diesen Anspruch einzulösen. Die Differenz zwischen Anspruch und Wirklichkeit wird darin thematisch. Deshalb sei der Staat beständig „zur Intervention in die ‚freien‘ gesellschaftlichen Abläufe gehalten [...].“⁹⁷³ Dass diese hervorbringende Intervention im Sinne der klassisch liberalen Theorie geschieht, ist wenig überraschend. Hegels spöttische Hoffnung auf den Herrgott, der zum Amt immer auch den nötigen Verstand mitliefere, erfährt hier ihre säkulare und materielle Wendung. Wem der Staat ein Recht gibt, dem gibt er auch die Mittel. Oder wie der Titel einer Monographie es so schön formuliert: *Der Sozialstaat im Dienst der Freiheit*.⁹⁷⁴ Die Ironie wird nach dieser Theorie also ebenfalls weniger begrenzt, eingehegt oder aufgehoben als vielmehr ganz gezielt hervorgebracht.

973 Böckenförde (1974), S. 1538.

974 Heinig (2008).

An einem entscheidenden Punkt sind sich daher alle Theorien einig. Ob überhaupt und falls ja, in welchem Umfang eine Grundrechtsträgerin von ihrem Grundrecht gebraucht macht, bleibt dem Recht entzogen. Allein ein Gedanke lässt Böckenförde aufschrecken. Eine einzige Grundrechtstheorie, von ihm als demokratisch-funktional beschrieben, bricht mit einem liberalen Tabu. Zunächst betrachtet diese demokratisch-funktionale Theorie die Grundrechte ganz harmlos, vor allem mit Blick auf ihre Funktion für den Prozess demokratischer Willensbildung. Böckenförde bemerkt durchaus, dass es dieser Theorie auch um die angemessene Form der Freiheitsverfassung zu tun wäre. Denn auch die demokratisch-funktionale Theorie will Grundrechte als Freiheitsmöglichkeiten absichern. Der entscheidende Punkt ist die Frage, wem die Entscheidung darüber, ob ein Recht ausgeübt wird, zukommen soll. Etwa dem Subjekt? Waren sich alle Theorien bislang einig, dass diese Frage in die Willkür des Subjekts gestellt sein muss, bricht der demokratisch-funktionale Ansatz mit diesem Tabu, indem er die Entschließungsfreiheit selbst für *negotiationabel* erachtet. Böckenförde dazu:

„Neben Inhalt und Umfang der grundrechtlichen Freiheit wird auch ihre Freiwilligkeit, d.h. die Entschließungsfreiheit über das ‚Ob‘ des Freiheitsgebrauchs, relativiert.[...] Ist Freiheit mit rechtlicher Relevanz um der Ermöglichung und Sicherung einer öffentlichen, politisch notwendigen Funktion willen gewährleistet, so kann ihre Ausübung nicht (mehr) im subjektiven Belieben des Freiheitsträgers stehen; sie wird ein Amt, wird auch zur Pflicht.“⁹⁷⁵

In Rede stehen hier die Thesen *Herbert Krügers*, welcher der liberalen Grundrechtstheorie wegen ihres Verzichts auf einen zweckhaften, d. h. qualitativ bestimmten Gebrauch der Rechte zu Recht einen (bloß) quantitativen Freiheitsbegriff unterstellt.⁹⁷⁶ Krüger sieht einen direkten Konnex zwischen einer rein quantitativen Bestimmung des Freiheitsbegriffes, d. h. die Rechte unterliegen keinem Zweck, und einer Funktionslosigkeit der Rechte. Wer sollte den Rechten denn eine solche Funktion zuweisen, wenn darüber das Subjekt disponieren darf? Aus dieser Funktionslosigkeit, darin ist Krüger zumindest analytisch zuzustimmen, folgt zwangslös die liberale These, der zufol-

975 Böckenförde (1974), S. 1535.

976 Krüger (1964), S. 538.

§ 3. Ironie der Legalität

ge den Rechten „auch die Befugnis innwohnen soll, von der von ihnen umschriebenen Freiheit keinen Gebrauch zu machen.“⁹⁷⁷

Dass es gerade der historisch nicht unbelastete Krüger war, der den Verfassungspatriotismus, d. h. das formalistische Sittlichkeitsangebot der alten Bundesrepublik, schon Mitte der 1960er Jahre unmittelbar aus den Grundrechten ableitete, ja dass es gerade eine Funktion der Grundrechte sei, als Spender nationaler Gefühle zu dienen, ist bemerkenswert.⁹⁷⁸ Dieser alten Variante des Verfassungspatriotismus ist dann auch eine jede ironische Haltung des Defätismus verdächtig, die für sich in Anspruch nimmt, von den grundrechtlichen Freiheiten gerade keinen Gebrauch zu machen. Die ironische Distanz wird dann bei Krüger zwar nicht direkt gebrochen, d. h. mit Sanktionen belegt, allerdings gibt es für ihn bei der Frage nach dem *Ob* des Grundrechtgebrauchs keine zwei Meinungen: „Der Bürger hat von seinen Grundrechten Gebrauch zu machen.“⁹⁷⁹

Von dieser Pflicht zur Geltendmachung seiner Rechte gibt es allerdings eine Ausnahme, die sich unmittelbar aus dem Verständnis der Grundrechte als *Faktoren der Staatshervorbringung* ergibt: das Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung.⁹⁸⁰ Denn das Recht auf Kriegsdienstverweigerung ist der wunde Punkt jeder liberalen Theorie, der Krieg ist mit einer ironischen Distanz des Subjekt nur schwer zu vereinbaren. Hierin liegt die eigentliche Bedeutung des Böckenförde-Diktums: Am Tag der Krise muss sich der Staat auf die Opferbereitschaft seiner Bürger stützen. Spricht er ihnen ein Grundrecht auf Kriegsdienstverweigerung zu, dann muss er darauf *hoffen*, dass sie nicht in wesentlicher Zahl Gebrauch davon machen. Vor allem darin liegt das Wagnis, das er mit Art. 4 III S. 1 GG eingegangen ist. Schon Hegel wusste, bei ihm bezogen auf die mangelnde Bereitschaft religiöser Sekten (Quäker, Wiedertäufer) zur Verteidigung des

977 Krüger (1964), S. 539.

978 „Die Grundrechte sind aber nicht nur Anlaß für verstandesmäßige Überlegungen, die zum Staate führen. Sie sind zweitens und zwar sehr viel stärker als Spender von nationalen Gefühlen zu werten. Die Völker haben seit jeher ihren Stolz darein gesetzt, freie Völker zu sein, und sie haben es sich zum Ruhme gerechnet, wenn sie bereit waren, um der Freiheit willen selbst ihr Leben zu opfern.“ Vgl. Krüger (1964), S. 539.

979 Krüger (1964), S. 543.

980 Krüger (1964), S. 551.

Staates, dass sich nur ein starker Staat in diesen Fragen liberal geben kann.⁹⁸¹

Was bleibt von der Grundrechtstheorie? Egal welcher Grundrechtstheorie man sich zurechnet, solange man nicht in Krüger'sches Fahrwasser gerät, bleibt es mehr oder weniger bei einem Primat der liberalen Theorie der Grundrechte. Am Grunde der Rechte, so der Befund, verbirgt sich nicht viel anderes, als das lustvolle Verfügen des Subjekts, unabhängig von der objektiven Werteordnung, institutionellen oder sozialstaatlichen Grundrechtstheorie, wonach „die Freiheit des einzelnen *prinzipiell unbegrenzt*, während die Befugnis des Staates zu Eingriffen in diese Sphäre *prinzipiell begrenzt* ist.“⁹⁸² Aber diese unbegrenzte Freiheit des Subjekts ist gekennzeichnet durch ein quantitatives Verständnis von Freiheit.

Abzulesen ist das quantitative Verständnis schon daran, dass die Verfassungsdogmatik ihre Zentralbegriffe Schutzbereich und Eingriff im Modus des *Raumes* denkt. Das folgt zunächst der liberalen These von den Freiheitssphären, die sich entlang von Besitz und Eigentum entwickelt haben. Aber dieser Raumbegriff der Verfassungslehre ist quantitativ, nicht qualitativ bestimmt. Daran ändert auch das sog. „Klimaurteil“ des Bundesverfassungsgerichts nichts. Hier wird zwar vordergründig eine zeitliche Dimension der Grundrechte entwickelt, diese soll sich aber dann wieder entlang quantitativer Mengenbestimmungen entfalten. Nicht umsonst heißt es paradigmatisch im 5. Leitsatz des Beschlusses: „Der Gesetzgeber muss die erforderlichen Regelungen zur *Größe* der für bestimmte *Zeiträume* insgesamt zugelassenen *Emissionsmengen* selbst treffen.“⁹⁸³ Größe, Zeitraum, Menge: Freiheit als die Emissionsmenge der einen, gegen die Emissionsmenge der anderen. Zur Lösung des hier gestellten Problems der Ironie haben wir von der Grundrechtstheorie bis auf Weiteres nichts zu erwarten, das Staatsrecht hört hier auf. Wir wenden uns in der Hoffnung auf weitere Antworten auf das Problem der Ironie der Vertragstheorie zu.

981 Hegel (1986b), § 270.

982 Schmitt (2003), S. 126.

983 BVerfG Beschluss vom 24.3.2021 – 1 BvR 2656/18 [Hervorhebung von mir, S. K.].

§ 3. Ironie der Legalität

c. *Selbstkorrektur des Rechts II: Vertragstheorie*

Das Problem meines Schlusskapitels (§ 3 I.) besteht in der inhärenten Ironie rechtlicher Legalität. In diesem Unterkapitel (§ 3 II. 1.) beschäftige ich mich mit schon bestehenden Lösungsvorschlägen, die diese ironischen Struktur der Rechte überwinden wollen. Nun habe ich im vorangegangenen Abschnitt mit der Grundrechtstheorie den Blick noch einmal auf das Recht gelenkt und gefragt, ob nicht das Recht selbst eine geeignete Korrektur, eine Selbstkorrektur des Rechts, anbieten kann. Die Verfassungstheorie hat jedoch in ihrem Nachdenken über die Bedeutung der Grundrechte auf das Problem der Ironie nur unzureichend geantwortet.

Ich wende mich deshalb nun einem Rechtsgebiet zu, das vielleicht noch mehr als die Grundrechte für die ironische Struktur der Moderne steht, nämlich dem Vertragsrecht. Zwar sichert auch hier der Staat, dass das *pacta sunt servanda* im Zweifelsfalle nicht ungehört verhallt. Aber bis dahin gilt im Zivilrecht insgesamt und im Vertragsrecht in besonderem Maße, dass es auf die Willkür des Subjekts ankommt; die ironische Lust der Subjekte an der Disposition ist hier gleichsam Programm. Darüber, dass in dieser Lust ein Problem liegen könnte, muss das Vertragsrecht nicht belehrt werden. *Gregor Albers* hat mit dem *Selbstverkauf in die Sklaverei* ein solches Problem des Vertragsrechts ausführlich gewürdigt, die folgenden Überlegungen beziehen sich auf seinen gleichnamigen Aufsatz.⁹⁸⁴

In diesem Aufsatz räumt Albers zunächst ein, dass es zwei Formen der Selbstversklavung auch im liberalen Recht geben kann. Bei der *Verpflichtung als Unfreiheit* steht demnach die Qualität der vertraglichen Verpflichtung im Vordergrund, die Albers zentral im schuldrechtlichen Erfüllungzwang aufbewahrt sieht. Denn wenn ich die Erfüllung des Vertrages nicht in Geld leisten darf, sondern der Schuldner ein Recht auf die Ausführung der Handlung hat, dann könnte man das als Nachklang einer der Sklaverei nachempfundenen Rechtsmacht des Schuldners begreifen.⁹⁸⁵ Von dieser qualitativ bestimmten Unfreiheit kann eine quantitative Dimension abgegrenzt werden, der *Selbstverkauf* in ein Sklavenverhältnis im engeren Sinne, die *Verpflichtung zur Unfreiheit*. Diese Dimension der Sklaverei

984 Albers (2025).

985 Albers (2025), S. 398–400.

bezieht sich auf die qualitative Verpflichtungskraft des rechtlichen Willens, z. B. in Form überlanger Verträge.

Ohne die Argumentation nun im Einzelnen nachzuzeichnen, liegt das Problem auf der Hand, soweit „der Makel des Sklavereivertrags die Verbindlichkeit von Verträgen im Allgemeinen in Zweifel zieht.“⁹⁸⁶ Denn dann wäre der Vertrag zwar *auch* ein Instrument der Freiheit, aber ein Instrument, welches vom vermeintlichen Ge genteil der Freiheit gar nicht mehr oder nur schwer abzugrenzen ist. Dieser Befund lässt zwei Schlüsse zu. Entweder handelt es sich bei der Vertragsfreiheit, d. h. der zivilrechtlichen Variante der Selbst gesetzgebung,⁹⁸⁷ nicht um eine Form der Freiheit. Jeder Vertrag wäre Sklaverei, die Verabschiedung des Vertrages als Mittel wechselseitiger Bezugnahme im Recht wäre die logische Konsequenz. Oder dem Vertrag wohnt lediglich die Möglichkeit inne, in Sklaverei umzuschlagen. Dann käme es darauf an, Kriterien zu finden, die ein solches Umschlagen in Sklaverei verhindern. Diesem zweiten Weg folgt der Beitrag Albers', der zwar davon ausgeht, der Vertrag drohe per se, in die Sklaverei zu führen, es aber noch die Möglichkeit gebe, Verträge zu schließen, die nicht als Sklaverei zu qualifizieren sind. Es geht um nicht mehr und nicht weniger, als um die Rettung des Vertrages. Es stellt sich also für die Vertragstheorie die Frage, wie mit ihrem ureigensten Gegenstand, dem Vertrag, umzugehen ist. In meinen Worten reformuliert bedeutet es, die Frage zu beantworten, wie man verhindern kann, dass die in der Vertragsfreiheit (oder Privatautonomie) angelegte ironische Freiheit nicht zu einem Umschlag führt, der die Ironie in die Selbstaufhebung, d. h. die Sklaverei überführt.

Man könnte sogar sagen, dass der höchste Akt der ironischen Freiheit darin liegt, sich selbst in die Sklaverei zu verkaufen. Der Zusammenhang zwischen Ironie und Sklaverei mag sich zunächst nicht unmittelbar einstellen, immerhin konfligiert die Ironie mit der Bindung. Sobald das ironische Subjekt sich bindet, verliert es seine Souveränität, es kann das Wechselspiel aus Wesen und Erscheinung, jedenfalls in bedeutendem Maße, nicht mehr spielen, der Rückzug in den privaten Innenraum wird durch eine Bindung jeglicher Art

986 Albers (2025), S. 396.

987 Es steht hier der idealtypische Vertrag zur Diskussion. Dass es viele Formen „unfreiwilliger“ Verträge gibt oder Verträge, die mit unterlegenem Wissen ab geschlossen wurden, ist ein nachrangiges Problem.

§ 3. Ironie der Legalität

verkompliziert, wenn nicht gar verhindert. Deshalb noch einmal:
Was ist ironisch am Selbstverkauf in die Sklaverei?

Auf diese Frage gibt es zwei Antworten, eine theoretische und eine psychologische. In theoretischer Hinsicht treibt der Selbstverkauf in die Sklaverei die dem Subjekt eingeräumte Souveränität auf die Spitze. Ich hatte die Ironie eingangs als das „Imago freien Kommandos“ bezeichnet, das Subjekt erfährt in seinem lustvollen Spiel mit der Differenz zwischen Wesen und Erscheinung eine ungeahnte Machtfülle. Es kommt bei dem Spiel mit dieser Differenz nur auf den Willen des Subjekts an. Dieser Machtrausch des Subjekts kann eigentlich nur durch eine ganz besondere Entscheidung, die wohl gewaltigste Entscheidung, die ein Subjekt treffen kann, überboten werden, nämlich die Entscheidung über die Form der eigenen Freiheit.

Weshalb sollte der Ironiker eine solche Entscheidung treffen, hebt sie doch seine eigene Freiheit auf? Dies deutet schon in die psychologische Richtung einer Antwort. Aber schon allein unter theoretischem Gesichtspunkt ist das Problem durchsichtig. Die Formentscheidung über die eigene Freiheit ist noch im Selbstverkauf durch die ironische Struktur eines Auseinanderfallens von Wesen und Erscheinung überdeterminiert. Wesen (ich bin frei, meine Freiheit abzuschaffen) und Erscheinung (ich werde Sklave) könnten nicht weiter auseinanderfallen als in diesem Akt des Selbstverkaufs. Es ist der höchste, finale Punkt der Ironie. Aber so, wie das ironische Subjekt in seinen bisherigen Erscheinungen völlig abstrakt, d. h. losgelöst von seinem sozialen Zusammenhang, agiert, so abstrahiert es im Akt des Selbstverkaufs in die Sklaverei noch einmal von den konkreten Umständen seines eigenen Lebens.

Gleichzeitig hatte ich schon auf den traurigen Aspekt ironischer Freiheit hingewiesen und wende mich damit der psychologischen Erläuterung zu, welche die theoretische Begründung um eine Motivation ergänzen soll. Dazu greife ich Hegels eigenhängige Anmerkung zu § 140 seiner Grundlinien über die Ironiker auf, bei diesen herrsche eigentlich ein „Schmachten nach Objektivität – ins andere Extrem – Katholisch werden“ vor.⁹⁸⁸ Denn in diesem Schmachten nach Objektivität – was erscheint dem Subjekt objektiver als die

988 Hegel (1986b), S. 284.

eigene Beherrschung? – liegt mehr als nur eine abfällige Bemerkung, sondern eine tiefere Einsicht.

Das Schmachten entsteht im Moment der Entbehrung, des Mangels. Worin besteht dieser Mangel im Falle der Ironie? Es handelt sich um genau diese schlechte Unendlichkeit, welcher der Ironiker ausgeliefert ist. Die eigenen Vollzüge führen nicht zur Erfüllung, d. h. zu wirklicher Freiheit, sondern nur zum Surrogat einsamer, d. h. trauriger Freiheit. Aus dieser Perspektive erscheint es für das ironische Subjekt sinnvoll, eine Entscheidung über die eigene Form der Freiheit zu treffen. Das ironische Subjekt ist somit stets auf dem Sprung, dem Mangel der ironischen Form abzuholen, indem sie diese mangelhafte Form verlässt. In dieser Mangelerfahrung ruft die Ironie einen Gemütszustand hervor, der der Ironie in vielerlei Hinsicht gar nicht unähnlich ist, nämlich die Melancholie. Denn auch der Melancholiker denkt aus der Position des Mangels, meist in Bezug auf einen zeitlich vorangegangenen, tatsächlich erfahrenen oder bloß imaginierten Verlust. Aber darin erschöpft sich die Gemeinsamkeit zwischen Ironie und Melancholie noch nicht. Beide Zustände sind ihrer Form nach ewig unabgeschlossen, es handelt sich um die ewige Addition nicht untereinander sinnvoll zu verbindender Momente, schlechte Unendlichkeit oder in anderen Worten: „Ironie und Melancholie verbindet, dass Bedeutung in der Schwebе bleibt, weil die Suche nach Eindeutigkeit ins Endlose weitergeführt werden kann.“⁹⁸⁹

Die Lust der Ironie wird zum Schmerz der Melancholie. Aber der Schritt in die Melancholie ist der erste Schritt in den Untergang. Nicht umsonst steht die Melancholie in ihrem selbst negatorischen Zug der Todessehnsucht nahe. Die Sklaverei stellt demgegenüber zwar nicht den baldigen physischen, doch wohl den sozialen Tod dar.⁹⁹⁰ Der Übergang von der Ironie zu Melancholie und zum Tod bzw. zur Sklaverei kann als solcher lustvoll antizipiert werden oder wie es in einem Liebesdrama so schön hieß: *In dem wogenden Schwung, in dem tönen Schall, in des Welt-Atems wehendem All ertrinken, versinken – unbewusst – höchste Lust!*

Wenn nun das ironische Subjekt stets auf dem Sprung in die Sklaverei steht, dann stellt sich für die Vertragstheorie selbstredend die

989 Brandt/Hobus (2012), S. 115.

990 Patterson (1982).

§ 3. Ironie der Legalität

Herausforderung, wie es gelingen könnte, „freie Bindung von sklavenhafter Unfreiheit abzugrenzen.“⁹⁹¹ Albers bietet dazu eine Lösungen an, denn er sieht die einzige Rettung des Vertrages in einer Verringerung der Verpflichtungskraft des rechtlichen Willens.⁹⁹² Diese Verringerung kann sich in verschiedenster Hinsicht bemerkbar machen, z. B. im Verzicht des Rechts darauf, dass der Gläubiger die tatsächliche Vornahme einer schuldrechtlich vereinbarten Handlung wirklich einklagen kann. Dem Subjekt der Privatautonomie bliebe es demnach versagt, eigene Handlungen zum Objekt zu machen, denn, so Albers, „[s]eine Handlungen hat der Mensch nicht, er lebt sie“⁹⁹³. Wenn das Leben aber als freie Entfaltung von Differenz zu verstehen ist, dann kann eine solche Entfaltung im Sinne einer Handlung niemals zum einklagbaren Gegenstand eines Vertrages werden, ohne sich jedenfalls begrifflich selbst aufzuheben. Selbige Verringerung der Verpflichtungskraft des Willens kann sich dann, so Albers weiter, auch auf die Frage von Sexarbeit, den Verzicht auf Freizeit im Kontext von Erwerbsarbeit oder die zeitliche Dimension von Verträgen erstrecken. Mit den Begrifflichkeiten dieser Studie gesprochen, kann man sagen, dass das ironische Subjekt unter den hier dargebrachten Vorschlägen, d. h. einer Verringerung der rechtlichen Verpflichtungskraft des Willens, nicht mehr alles und vor allem nicht mehr in jeglicher Form zum Gegenstand der eigenen Souveränität machen kann. Die Ironie endet nicht erst im äußerlichen Verbot, sondern es gehörte für Albers schon gar nicht zur Verpflichtungskraft des Willens, sich in die Sklaverei (oder ähnliche Zustände) zu verkaufen. Damit endet die Ironie nicht durch äußerlichen Zwang, sondern an ihrem Grund, dem rechtlichen Willen, der willkürlichen Entscheidung. In der Person Gregor Albers stellt das Zivilrecht somit erfolgreicher als die Grundrechtstheorie Überlegungen an, wie das Problem der Ironie gelöst werden kann. Ob in dieser Verringerung der Verpflichtungskraft des rechtlichen Willens schon ein anderes Naturverhältnis angelegt ist, dem von mir ausgemachten Hauptproblem ironischer Legalität, lasse ich zunächst offen, um diese Frage am Ende dieser Studie aufzugreifen. Zuvor behandle ich zwei weitere Versuche, die Freiheit von der Ironie zu entsetzen: die Arbeit und das Vertrauen.

991 Albers (2025), S. 398.

992 Albers (2025), S. 402.

993 Albers (2025), S. 403.

2. Die Arbeit gegen die Ironie (Ernst Jünger)

„Es ergibt sich vielmehr die Notwendigkeit neuer Ordnungen, in die das Außerordentliche einbezogen ist – von Ordnungen, die nicht auf den Ausschluß des Gefährlichen berechnet, sondern die durch eine neue Vermählung des Lebens mit der Gefahr erzeugt sind.“⁹⁹⁴

Ernst Jünger geht in seiner Schrift *Der Arbeiter* zunächst von einem richtigen Befund aus. Für ihn zeichnet sich der Bürger, Subjekt des Liberalismus, vor allem dadurch aus, alles zum „unerschöpfliche[n] Gegenstand seiner Ironie“ machen zu können.⁹⁹⁵ Gegen diese bürgerliche Ironie empfiehlt Jünger eine Einbettung des Menschen in das Elementare, die Natur, welche sich vor allem durch ihr strenges Gesetz der Notwendigkeit auszeichnet.⁹⁹⁶ Allein diese Gegenüberstellung von Ironie und Notwendigkeit macht die Auseinandersetzung mit Jünger noch nicht interessant. Vielmehr verknüpft er diesen Ausgangsbefund liberaler Ironie mit einem Punkt, den ich zu Beginn dieses Schlusskapitels als zentral für das Verständnis der Ironie markiert habe. Es handelt sich bei der Ironie, wie bei seiner Einbettung des Menschen in das Elementare, um ein bestimmtes Verhältnis zur Natur.

Um diese Beobachtung zu erläutern, nähre ich mich über eine (kunst-)ästhetische Konsequenz, die Jünger aus seinen Überlegungen zieht. Die höchste Form der Kunst in der neuen Epoche des Arbeiters liegt nämlich für Jünger in der *Landschaftsgestaltung*.⁹⁹⁷ Dieses Ergebnis überrascht nur auf den ersten Blick. Der Begriff Landschaft stellt immer schon eine Differenz zur Natur dar oder wie Joachim Ritter es treffend beschreibt: „Landschaft wird Natur erst für den, der in sie ‚hinausgeht‘ [...]“.⁹⁹⁸ Dieses Hinausgehen in die Natur ist doppeldeutig. Die offenkundige Bedeutung liegt in dem Moment des Naturgenusses. Der liberale Bürger, Subjekt ironischer Freiheit, geht in die Natur hinaus, um diese als Gegenstand seiner Lust anzueignen. Darin bleibt dem liberalen Subjekt die Natur selbst äußerlich, sie wird ihm zur bloßen Landschaft oder anders: Man

994 Jünger (2014), S. 61.

995 Jünger (2014), S. 123.

996 Den Gegensatz zwischen Notwendigkeit und der jüdisch-christlichen Offenbarung betonend: Schestow (1994).

997 Jünger (2014), S. 109.

998 Ritter (1963), S. 13.

§ 3. Ironie der Legalität

kann in der Moderne nur in die Landschaft gehen, aber nie in die Natur. Gerade in diesem Fehlgehen einer lustvollen Aneignung von Natur liegt die zweite Bedeutung des Hinausgehens in die Natur. Denn das liberale Subjekt verfehlt die Natur, wenn es sie als *Landschaft* konsumiert; es geht in der Landschaft über die Natur hinaus, es verfehlt die Natur.

Jünger weiß, dass es keine unberührte Natur gibt und diese Erkenntnis ist ihm auch kein Ärgernis. Im Gegenteil, es komme gerade nicht darauf an, „dem Fortschritt die untergeordneten Mittel der romantischen Ironie entgegenzustellen [...],“⁹⁹⁹ sondern in der neuen Zeit, die durch den Typus des Arbeiters geprägt sein soll, die Position des abstrakten Konsumenten aufzugeben. An die Stelle einer schlecht-romantischen Zivilisationskritik, welche die Natur bloß abstrakt (und deshalb melancholisch) genießt, tritt ein gänzlich anderes ästhetisches Verhältnis. Denn die neue Zeit, die Zeit des Arbeiters und der Technik, revolutioniere auch die Kunst. Die neue Zeit des Arbeiters habe kein Verständnis mehr für den bürgerlichen Kunstgenuss. Bei Jünger verhallt der Ruf nach Befreiung nicht mehr im Applaus, er artikuliert sich im Baulärm des Landschaftsarchitekten. Die ästhetische Bearbeitung der Natur wird zur höchsten Ausdrucksform des Menschen. Mit anderen Worten: Jünger kann sich die Natur nur dadurch aneignen, dass er den Bruch mit der Natur vertieft – ein gewagtes Unterfangen. Dass Jünger aber die Überwindung der Ironie mit einem neuen Verhältnis zur Natur zusammenbringt, macht seine Schrift *Der Arbeiter* vorliegend für meine Studie interessant, liegt er doch zumindest methodisch ganz auf der Linie des hier verfolgten Vorhabens, nämlich die sozialen und rechtlichen Beziehungen, und insofern den Geist, mit Blick auf dessen Verhältnis zur Natur zu betrachten und zu kritisieren.

Was ist das aber für eine neue Zeit, die selbst die Kunst nicht unberührt lässt? Die neue Zeit Jüngers sucht den Bruch mit der Ironie des Liberalismus entlang eines neuen Menschentyps, eines neuen sittlichen Weltverhältnisses, als dessen Repräsentant der Arbeiter auftritt und der vermittels der *Technik* und im Zeichen der *Notwendigkeit* ein neues Verhältnis zur inneren und äußeren Natur einnimmt. Das hat rechtspolosophische Konsequenzen, denen ich mich in einem zweiten Schritt widmen werde. Denn Jünger bringt

⁹⁹⁹ Jünger (2014), S. 22 [Hervorhebung von mir, S. K.].

unter Ablehnung bürgerlicher Kategorien ein neues, antiironisches Konzept des Sozialen hervor, dass ich zum Abschluss kritisch würdigen werde.

Doch zunächst beginne ich mit einem Blick auf die Gestalt des Arbeiters. Der Arbeiter steht kraft seiner Position im Produktionsprozess in einem besonderen Verhältnis zur Natur oder, wie Jünger dies nennt, den elementaren Mächten oder *dem Elementar(ischen)*.¹⁰⁰⁰ Was verbirgt sich hinter dem Begriff des Elementaren? Es handelt sich um einen politischen, d. h. polemischen, Begriff¹⁰⁰¹ und so bietet es sich an, kurz festzuhalten, wogegen dieser Begriff gerichtet ist. Jünger bringt das Elementare gegen eine bürgerliche Vernunft in Anschlag, denn das Elementare beschreibt all jene Kräfte innerer und äußerer Natur, mit denen das Bürgertum weder theoretisch noch praktisch fertig zu werden scheint, z. B. die Leidenschaften, der Krieg, der Hunger des Pöbels¹⁰⁰² oder die Urelemente (Feuer, Wasser, Erde Luft) sowie das Irrationale oder das Unvernünftige.¹⁰⁰³ Diese Einbettung des Menschen in das Elementare als innere und äußere Natur hält Jünger ausdrücklich fest:

„Der Mensch lebt elementar, ebensowohl insofern er ein natürliches als auch insofern er ein dämonisches Wesen ist. Kein Vernunftschluss kann den Schlag des Herzens oder die Tätigkeit der Nieren ersetzen, und es gibt keine Größe, und sei es die Vernunft selbst, die sich nicht zuzeiten den niederen oder stolzen Leidenschaften des Lebens unterstellt. Die Quellen des Elementaren sind zweifacher Art. Sie liegen einmal in der Welt, die immer gefährlich ist, so wie das Meer auch während der tiefsten Windstille die Gefahr in sich verbirgt. Sie liegen zum zweiten im menschlichen Herzen, das sich nach Spielen und Abenteuern, nach Haß und Liebe, nach Triumph und Abstürzen sehnt [...].“¹⁰⁰⁴

Das Bürgertum der Frühaufklärung, z. B. in Gestalt des Juristen und Philosophen Christian Thomasius, glaubte, im Zwangsrecht

1000 Jünger verwendet alle Ausdrücke synonym, insbesondere das Elementare und das Elementarische.

1001 Schmitt (2015a), S. 29.

1002 Jünger (2014), S. 21–23. Frank Ruda hat gezeigt, dass das Bürgertum (in der Person Hegels) dem Hunger des Pöbels, d. h. sein artikuliertes Recht auf Subsistenz, tatsächlich keinen philosophischen Ort zuweisen kann, vgl. Ruda (2011).

1003 Jünger (2014), S. 51.

1004 Jünger (2014), S. 54f.

§ 3. Ironie der Legalität

die Antwort auf diese natürlichen Leidenschaften gefunden zu haben.¹⁰⁰⁵ Darin kann Jünger aber letztlich nur die Furcht des Bürgers vor dem Elementaren erblicken, den Versuch die elementarischen Kräfte einem (praktischen) Sekuritätsbedürfnis zu unterwerfen. Der Bürger denkt das Elementare im Modus der Angst: „Die Linke ist die Hand der Verteidigung.“¹⁰⁰⁶ Etwas sympathischer ist Jünger die preußische, d. h. degenerationstheoretische, Perspektive. Diese hat für Jünger das Problem des Elementaren immerhin so ernst genommen, dass sie nicht nur das Zwangsrecht gegen die Leidenschaften in Stellung bringt, sondern außerdem die „strenge Zucht“, die sich anschickt, eine „Bändigung des Elementaren“ zu vollziehen.¹⁰⁰⁷

Aber selbst bei sorgsamstem Versuch, das Elementare, die Gefahr, aus dem bürgerlichen Leben auszuschließen, wird sie „in dem gleichen Maße drohender und tödlicher, in dem die Ordnung sie aus sich auszuscheiden verstand.“¹⁰⁰⁸ Jünger bestreitet also, dass der Liberalismus überhaupt etwas von der Ordnung verstanden hat, sogar davon, wie Ordnungen *geordnet* werden. Ordnung ohne das Elementare zu denken, ist für Jünger schlichtweg unzureichend. Und eine Ordnung, die ihr Gegenteil nicht denken will oder denken kann, muss untergehen. Wo steht nun der Arbeiter? Der Arbeiter ist nach Jünger kein Preuße, d. h. degenerationstheoretischer Zuchtmaster des Elementaren, sondern er lebt in einem anderen Verhältnis zum Elementaren, er „schließt das Elementare nicht aus, sondern ein [...].“¹⁰⁰⁹ Die elementaren Kräfte also nicht bloß zu begrenzen, züchtigen, einzuschränken etc., sondern sich diesen zu überlassen, darin liegt die Macht des Arbeiters, darin liegt sein für Jünger überlegenes Verständnis von Ordnung überhaupt. Denn „die Gefahr will nicht nur Anteil an jeder Ordnung haben, sondern sie ist auch die Mutter jener höchsten Sicherheit, deren der Bürger niemals teilhaftig werden kann.“¹⁰¹⁰ Im Bereich des Elementaren geht es jedoch für Jünger um andere Kategorien als im bürgerlichen Zustand. Werde in diesem der Fortschritt als säkulare Heilserzählung betont, so kennt

1005 Vgl. ebenfalls die sehr erhellende Studie zum Verhältnis der Frühaufklärung zur Emotion und zum Affekt: Mulsow (2025).

1006 Jünger (2014), S. 50.

1007 Beide Stellen: Jünger (2014), S. 71.

1008 Jünger (2014), S. 53.

1009 Jünger (2014), S. 71.

1010 Jünger (2014), S. 53.

der Arbeiter, der im Produktionsprozess nahe am Elementaren lebt, diesen Freiheitsbegriff i. S. e. zukünftigen *Befreiung* nicht. Freiheit ist Arbeit am und im Elementaren, Freiheit wird Anspruch auf Arbeit, Teilhabe an der Notwendigkeit des Elementaren.

Da die Arbeit als kollektive Auseinandersetzung mit der Natur immer politisch ist, zieht Jünger aus seinen Überlegungen auch rechtsphilosophische Konsequenzen. Die dualistischen Gegenüberstellungen Jüngers zwischen Liberalismus und der neuen Zeit des Arbeiters lauten in der Subjektposition auf *Bürger vs. Arbeiter*, in der Form auf *Vertrag vs. Opfer* und in logischen Kategorien auf *Zufälligkeit vs. Notwendigkeit*.

Diese Hochschätzung der Notwendigkeit durch Jünger ist wenig überraschend, betrachtet man ihren vermeintlichen Gegensatz, die Zufälligkeit. Denn Zufall herrscht auch in der Sphäre des Sozialen. Hegel benennt sehr präzise den Ort dieser Zufälligkeit im Sozialen, denn „so ist die Willkür die Zufälligkeit, wie sie als Wille ist.“¹⁰¹¹ Diese ironische, zufällige Willkür des Liberalismus hat Jünger im Blick, wo er die Zeit bürgerlicher Freiheiten für erledigt erklärt. Aber der Liberalismus scheint, Jünger zufolge, die Deutungshoheit über die neue Zeit behalten zu wollen. Darin liegt für ihn eine Gefahr, denn der Liberalismus versucht, dem Arbeiter den bürgerlichen Freiheitsbegriff andienen zu wollen. Die „Erziehungskunst des Bürgers am Arbeiter bestand darin, dass er ihn zu einem Verhandlungspartner erzog“,¹⁰¹² aber der neuen Zeit, den „Verhältnissen, die hier auftreten, gehört man nicht mehr auf Kündigung, sondern durch existenzielle Einbeziehung an.“¹⁰¹³ Der Vertrag, das freie Disponieren, darin erkennt Jünger den großen Gegner seiner neuen Zeit. Zentral ist daher die Volte gegen die ironische Freiheit des Liberalismus:

„Diese Art der Einbeziehung [des Arbeiters, S. K.] kennt keine Ausnahmen. [...] Man konnte sich dafür entscheiden, Bürger zu sein oder nicht; diese Freiheit des Entschlusses ist jedoch nicht mehr gegeben in bezug auf den Arbeiter.“¹⁰¹⁴

Nun berechtigt diese negative Abgrenzung Jüngers gegen den liberalen Freiheitbegriff als „Freiheit des Entschlusses“ zur Frage, was Frei-

1011 Hegel (1986b), § 15.

1012 Jünger (2014), S. 19.

1013 Jünger (2014), S. 74.

1014 Jünger (2014), S. 74.

§ 3. Ironie der Legalität

heit – Jünger verwirft die Kategorie explizit nicht – dann bedeutet. Der Begriff des Entschlusses liefert hier einen ersten Hinweis, jedenfalls wenn man die freisetzende Bedeutung des Begriffes betont: Ent-Schließen als Öffnung eines geschlossenen Zusammenhangs. Die liberale Freiheit als Entschließungsfreiheit zu beschreiben, betont das Moment der Aufkündigung eines Zusammenschlusses. Liberale Entschließungsfreiheit ist demnach für Jünger die Freiheit, sich eines sozialen Zusammenhangs zu entledigen, die Wahl zu treffen einen Zusammenschluss zu verlassen, ihn für mich aufzuschließen. Hier setzt Jüngers Übergang in die Epoche des Arbeiters ein. Der Arbeiter findet seine Freiheit nicht mehr in der Dispension des Sozialen, sondern in der Vertiefung der sozialen Situation. Diese soziale Situation ist die der Arbeit, d. h. der Auseinandersetzung mit der Natur oder, wie Jünger es nennt, dem Elementaren. Jüngers Freiheitsbegriff ist folglich eng an die Sozialität geknüpft, er ist sogar sozial überdeterminiert. Wie sieht diese Freiheit als Vertiefung des Sozialen aus? Dazu Jünger:

„Sie setzt voraus, daß der Mensch nicht isoliert, sondern eben einbezogen erscheint. Damit aber bedeutet Freiheit nicht mehr ein Maß, dessen Urmeter durch die individuelle Existenz des Einzelnen gebildet wird, sondern Freiheit besteht in dem Grade, in dem in der Existenz dieses Einzelnen die Totalität der Welt, in die er einbezogen ist, zum Ausdruck kommt.“¹⁰¹⁵

Woran können wir den Grad der Freiheit mit Jünger bestimmen? Es kommt darauf an, wie sehr der Einzelne sich als Einzelner auflöst und in die Arbeit als einen kultischen Vorgang bereits integriert ist. Im Kult verliert der Einzelne sein Gesicht, er verliert seine Position als Individuum und wird zur Maske, zum Repräsentanten eines Typus und seine „Tugend liegt darin, daß er ersetzbar ist und daß hinter jedem Gefallenen bereits die Ablösung in Reserve steht.“¹⁰¹⁶ Der Verweis auf die Gefallenen deutet bereits an, dass diese Struktur ausdrücklich am Soldaten orientiert ist, der nicht nur seine Tugend, sondern auch seine Freiheit darin findet, ersetzbar zu sein, sich zu opfern. Dieses Opfer ist, darin liegt Jüngers Grundüberzeugung, notwendig, mögen auch Ort und Zeit dieses Opfers kontingent sein. Der Zufall liegt bei Jünger damit (anders als im Liberalismus)

1015 Jünger (2014), S. 153.

1016 Jünger (2014), S. 155.

nicht mehr am Grunde einer a-sozialen Entschließung des Subjekts, sondern in den Mächten des Elementaren. Die Naturalisierung des Eigenwillens wird zum Eigenwillen der zweiten Natur, d. h. zum gesellschaftlichen Fatum.

Was ist an diesen drastischen Überlegungen für eine kritische Auseinandersetzung mit einem bürgerlichen Freiheitsbegriff zu retten? Ist nicht Jünger das beste Beispiel dafür, dass nur der Liberalismus ein tragfähiges Konzept von Freiheit denken und praktizieren kann? Ich schlage eine andere Lesart vor, eine Lesart die Jünger als eine Radikalisierung des Liberalismus interpretiert, d. h., ich werde versuchen nachzuweisen, dass Jüngers Thesen nicht das Gegenteil, sondern das Produkt des bürgerlichen Freiheitsbegriffs sind. Wenn dem aber so ist, dann kann der Liberalismus den Faschismus – um nichts anderes geht es bei Jünger – nicht als externes Problem betrachten und von sich abspalten. Oder in meiner Terminologie: Das faschistische Programm der Ironie-Vernichtung (so muss man es bei Jünger bezeichnen), bewegt sich selbst noch im Bannkreis liberaler, ironischer Freiheit. Jünger bleibt folglich in seinem kollektivistischen Eifer negativ auf die Ironie verwiesen, er hat sie keineswegs überwunden und noch sein abstraktes Selbstopfer bleibt (analog zum Selbstverkauf in die Sklaverei) ein höchst ironischer Akt, er wird zum *Camp*.

Ich skizziere diesen Zusammenhang kurz. Jünger stellt das *Opfer des Arbeiters* dem *Vertrag des Bürgers* gegenüber. Der Arbeiter ist in die technische Verwandlung der Welt existenziell eingebunden und kann sich aus dieser Einbindung (und des darin geforderten Opfers) nicht lösen. Er kann sich deshalb nicht entziehen, weil seine Existenz nicht auf einem Vertragsabschluss gründet. Dem Arbeiter kommt, das hatten wir bereits gesehen, keine Entschließungsfreiheit mit Blick auf die Teilnahme am und seine Position im Gemeinwesen zu. Anders ist es beim Bürger, der über seine soziale Situation zu disponieren vermag. In dieser schematischen Erzählung übernimmt Jünger die Thesen eines vulgären Liberalismus, auch wenn er glaubt, diese Thesen gegen den Liberalismus selbst zu wenden. Wir haben bereits in *Gregor Albers'* Beitrag gesehen, dass in der internen Logik des Vertrags, die strikte Trennung zwischen einem einwandfreien Vertrag auf der einen Seite und dem Selbstverkauf in die Sklaverei (also das Opfer) auf der anderen Seite, nicht durchzuhalten ist. Mit anderen Worten: Der opferlose Vertrag ist eine Utopie im

§ 3. Ironie der Legalität

strengens Sinne, ein gedanklicher Nicht-Ort. Aber diese Erkenntnis ist keineswegs neu. Die *Dialektik der Aufklärung* spricht in diesem Zusammenhang vom Zivilisationsprozess als einer Geschichte der Intversion des Opfers,¹⁰¹⁷ insbesondere mit Blick auf den Tausch. Denn schon der Vertrag selbst ist eine Kultur-*Technik*,¹⁰¹⁸ d. h. eine „listige“ Auseinandersetzung mit der Natur. Hegel beschreibt diese List der Vernunft mit Blick auf die äußere Natur des Menschen folgendermaßen:

„Welche Kräfte die Natur auch gegen den Menschen entwickelt und losläßt, Kälte, wilde Tiere, Wasser, Feuer – er weiß Mittel gegen sie, und zwar nimmt er diese Mittel aus ihr, gebraucht sie gegen sie selbst; und die List seiner Vernunft gewährt, daß er gegen die natürlichen Mächte andere natürlichen Dinge vorschiebt, diese jenen zum Aufreiben gibt und sich dahinter bewahrt und erhält.“¹⁰¹⁹

Aber schon der Vertrag ist ein listiges „Vorschieben“ gegen natürliche Mächte. Anders als bei der Bearbeitung der äußeren Natur wird im Vertrag nicht bearbeitete Natur, d. h. ein Werkzeug, listig gegen die Natur in Stellung gebracht. Vielmehr liegt die List des Vertrages in der praktisch wirksamen Vorstellung, ich könne mich selbst für die Zukunft binden, ein Versprechen an das mich die Rechtsordnung gegebenenfalls handfest erinnert. Nur die souveräne Undankbarkeit des Geistes kann verleugnen, dass dieser Vorgang etwas mit einer Bezugnahme auf Natur zu tun hat. Noch einmal in den Worten der Kritischen Theorie formuliert: „Das identisch beharrende Selbst, das in der Überwindung des Opfers entspringt, ist unmittelbar doch wieder ein hartes, steinern festgehaltenes Opferritual, das der Mensch, indem er dem Naturzusammenhang sein Bewußtsein entgegenseetzt, sich selbst zelebriert.“¹⁰²⁰ Nirgendwo ist das identisch beharrende Subjekt stärker präsent als im Vertrag. Jünger darf das aber nicht zur Kenntnis nehmen, hängt doch seine ganze Opposition zum bürgerlichen Zeitalter an der Differenz von liberaler Disposition und elementarischer Einbezogenheit. Die berechtigte Kritik an der bürgerlichen Ironie schlägt hier im Zuge einer

1017 Horkheimer/Adorno (2016), S. 62.

1018 Zu diesem Verständnis von Recht, insbesondere Normen, vgl. Steinhauer (2015).

1019 Hegel (1986a), § 245 [Z].

1020 Horkheimer/Adorno (2016), S. 61.

gewaltsamen begrifflichen Operation in ihr Gegenteil um. Anstatt den Zusammenhang zwischen Opfer und Vertrag in den Blick zu nehmen, löst Jünger das Opfer aus dem Verhältnis zum Vertrag gewaltsam heraus und fordert das reine Opfer ohne die Restriktionen des Vertrags und zwar zugunsten eines schicksalhaften Elementaren. Anstatt also tatsächlich dem Elementaren, der Naturhaftigkeit des Menschen, Gerechtigkeit wiederfahren zu lassen, opfert Jünger das Individuum einem schicksalhaften Naturzusammenhang. Jünger hat alle Begrifflichkeiten zur Hand: Vertrag, Natur, Opfer, Individuum – nur anstatt im Vertrag ein Opfer des Individiums zu Ungunsten der je eigenen Natur zu sehen, gefällt er sich in der Geste des Radikalen, der jede Vermittlung ausschaltet: Das Individuum muss sich der Natur unmittelbar, d. h. ohne vorherigen Vertragsabschluss, opfern. Darin aber wird deutlich, dass das Opfer des Jünger'schen Arbeitssoldaten nicht das Andere des Vertrags ist, sondern die missglückte Radikalisierung seines stets noch mythologischen Zusammenhangs. Darin überführt Jünger immerhin die liberale These der Nichtidentität von Vertrag und Opfer der Lüge. Dieses Leugnen einer Identität von Vertrag und Opfer ist ideologisch im besten Sinne.

Gleichzeitig verfällt er selbst der ideologischen Versuchung, nämlich der von der Notwendigkeit einer Opferung, wo es eigentlich keines Opfers mehr bedürfte. Andreas Arndt beschreibt die Kategorie der Arbeit bei Hegel, d. h. der Auseinandersetzung mit der Natur, zutreffend als „Einheit von Bestimmtwerden durch die Natur und Bestimmen der Natur.“¹⁰²¹ Darin liegt sicherlich noch ein gewaltiges Stück bürgerlicher Ideologie. Nur kommt es als Absetzbewegung vom Liberalismus darauf an, wie man sich zur Natur in ein neues Verhältnis setzt. Jünger entscheidet sich statt für die Befreiung, für die doppelte Unterwerfung, das doppelte Opfer. Der Arbeiter unterwirft sich unter die Technik, die wiederum die Natur gnadenlos unterwirft. Dieses Unterwerfung ist dann zwar nicht mehr ironisch, aber wenn die Utopie, wie Klaus Günther Adorno zitiert,¹⁰²² in der „opferlosen Nichtidentität“ liegt, muss Jünger dieses Ziel immer unterlaufen.

1021 Arndt (2023), S. 113.

1022 Günther (2024), S. 159.

3. Das Vertrauen gegen die Ironie (Robert Brandom)¹⁰²³

Ich schließe mit einem dritten Versuch, die ironische Grundstruktur der liberalen Moderne zu entsetzen. Diesen Versuch unternimmt Robert Brandom in seinem Werk *Im Geiste des Vertrauens*. Das Vertrauen beschreibt einen herbeizuführenden Zustand, in dem die Mängel unserer modernen Zeit überwunden sind, einen Zustand sittlicher Praxis. Doch worin liegt der Mangel unserer Zeit? Der Untertitel des dritten und zentralen Teils seiner Arbeit spricht es deutlich aus. Er lautet: „Von der Ironie zum Vertrauen.“ Der Mangel unserer Zeit liegt für Brandom also darin, dass wir uns unter dem Primat der Ironie zueinander verhalten. Doch damit ist die Ironie noch unterbestimmt. Ich werde deshalb im Folgenden kurz erläutern, inwiefern Brandom von unserer Zeit als einer ironischen Zeit spricht, bevor ich Brandoms Begriff des Vertrauens einführe, um im Anschluss eine Verbindung zu den hier angestellten Überlegungen einer Kritik der Legalität herzustellen. Da Brandom diese gesamte Frage entlang einer Lektüre der *Phänomenologie des Geistes* unternimmt, werde ich ihm darin folgen.¹⁰²⁴

Brandom stellt also die Frage nach der Praxis, d. h. einer gelungenen, wechselseitigen Bezugnahme einzelner Vollzüge. Eine gelungene Praxis bezeichnet Brandom als „sittlich“. Fehlt es an dieser Sittlichkeit, ist eine Praktik (!) entfremdet. Ob wir es mit einer sittlichen oder mit einer entfremdeten Situation zu tun haben, kann man laut Brandom am Umgang mit moralischen und rechtlichen Normen ablesen. Den sittlichen Zustand beschreibt Brandom so: „Die Institutionen und Praktiken, in denen die Normen implizit enthalten sind, sind sittlich, wenn diese Normen praktisch Wirklichkeit, Autorität und Wirksamkeit zugestanden wird.“ Daran mangelt es laut Brandom in der Moderne. Denn Brandoms Zeitdiagnose lautet, dass unser Verhältnis zu den Normen in der Moderne entfremdet ist. Erst eine auf die Moderne folgende Postmoderne als eine Zeit des Vertrauens wird wieder einen sittlichen, nicht mehr entfremdeten Zustand hervorbringen. Was charakterisiert den gegenwärtigen ent-

1023 Ich danke Klaus Günther für den Hinweis auf R. Brandom in seinem Zweitgutachten.

1024 Eine konzise Darstellung dieses Abschnitts findet sich in einem Beitrag Klaus Günthers, auf den ich bei Bedarf zur Lektüre verweise: Günther (2024), S. 161–167.

fremdeten Zustand? Dieser besteht, insofern „sich die praktischen Einstellungen der Individuen in ironischer Distanz zu den begrifflich gehaltvollen Normen befinden, durch die diese Individuen gebildet werden.“ Der Zustand der Entfremdung ist also ein Zustand ironischer Distanz zur Norm. Dem Recht ist dieses distanzierte Verhältnis zur Norm nicht unbekannt, wir nennen diese Distanz seit Kant *Legalität*. Da Brandom sich aber nicht nur auf rechtliche, sondern auch auf moralische Normen bezieht, werde ich weiterhin von einer „ironischen Distanz zur Norm“ oder von „Entfremdung“ sprechen, wenn ich Brandoms Ausgangsthese einer ironischen Distanz zur Norm diskutiere. Brandom arbeitet nun dieses ironische Verhältnis zur Norm entlang der *Phänomenologie des Geistes* heraus, um anhand dieser Lektüre seinen Begriff sittlich-postmodernes Vertrauen zu entwickeln.

Betrachten wir den Hegel'schen Abschnitt zum *Bösen und seiner Verzeihung*, dann stellt laut Brandom eine Figur unser Verhältnis zur Norm ganz besonders auf die Probe, nämlich der Kammerdiener. Der Kammerdiener ist bestens vertraut mit der Sphäre des Allzumenschlichen, denn er „zieht dem Helden die Stiefel aus, hilft ihm zu Bette, weiß, daß er Champagner trinkt usf.“¹⁰²⁵ Aber damit nicht genug, er zerstört die Norm in einer höchst kunstvollen, vor allem aber sehr wirksamen Art. Für ihn gibt es keine (moralische) Handlung, denn er weiß, dass „der besten Tat ein unehrenhaftes Motiv unter[ge]schoben werden“ kann.¹⁰²⁶ Diese unehrenhaften Motive findet er in der Wirklichkeit des Individuums.¹⁰²⁷ Darin ist er nicht zu widerlegen, denn er assoziiert, vermutet, meint, deutet, raunt. Das Resultat ist jedenfalls eindeutig: Wo der Kammerdiener eine Handlung bewertet, da bleibt hinterher keine intentionale Normerfüllung, sondern bloßer natürlicher Trieb. Wir haben es bei dieser Figur des Kammerdieners also ganz augenscheinlich mit der Frage nach dem Verhältnis von Geist und Natur zu tun, denn auf die Frage Brandoms, wie „Normen in die Natur hineinpassen“,¹⁰²⁸ antwortet der Kammerdiener: schlecht. Damit ist das Hauptthema des Kammerdieners, darin stimme ich Brandom zu, „der reduktive

1025 Hegel (2017), S. 48.

1026 Stekeler-Weithofer (2014), S. 708.

1027 Hegel (1988), S. 437.

1028 Brandom (2021), S. 861.

§ 3. Ironie der Legalität

Naturalismus gegenüber der Normativität.“¹⁰²⁹ Und „diese Art von *Naturalismus*“, so Brandom weiter, „ist die größtmögliche Herausforderung für die kantische Auffassung von uns als normative Lebewesen, als die wir uns vom bloß Natürlichen unterscheiden, weil wir uns Normen unterwerfen [...]“¹⁰³⁰ Der „reduktive Naturalismus ist die Krönung der modernen Entfremdung.“¹⁰³¹

Der Naturalismus des Kammerdieners macht die Norm zu einer leeren Hülle, es „wird sogar die Idee der Norm unverständlich [...].“¹⁰³² Nun ist die Hegel'sche Lösung bekannt, nämlich der Prozess aus Geständnis, Verzeihen und Versöhnung, der diese Differenz in dem, was Hegel Geist nennt, aufzuheben versucht. Brandom entwickelt mit dem Vertrauen ein Konzept, das er bei Hegel angelegt sieht, hat der Einzelne demnach doch einen Anspruch auf ein zukünftiges Verzeihen für sein noch in der Zukunft liegendes Scheitern an der Norm. Dieses Wissen um ein zukünftiges Verzeihen nennt Brandom *Vertrauen*, welches die Mitglieder in eine völlig neue Situation versetzt:

„Sie stimmen der Autorität von Normen zu, gestehen das Ausmaß ihrer Unfähigkeit ein, von Normen beherrscht zu werden, stimmen ihrer Verantwortung zu, diese Unfähigkeit bei anderen erinnernd zu verzeihen, gestehen das Ausmaß der Unzulänglichkeiten ihrer Bemühungen, erinnernd und behebend zu verzeihen, und vertrauen darauf, dass ein Weg gefunden wird, auf dem diese Unfähigkeiten und Unzulänglichkeiten Verzeihung erfahren werden.“¹⁰³³

Nun soll uns im Weiteren gar nicht interessieren, ob es sich um ein gelungenes Konzept handelt oder ob ein Anspruch auf Verzeihen mit dem Begriff des Vertrauens gut beschrieben ist. Mich interessiert vorliegend allein der von Brandom angestochene Naturalisierungsdiskurs. Denn, wie ich schon gezeigt habe, sieht Brandom in diesem reduktiven Naturalismus des urteilenden Kammerdieners das Kainsmal der Entfremdung. Damit nicht genug, denn das „*Nonplusultra* der Entfremdung“¹⁰³⁴ sieht Brandom nicht in den Naturalisierungs-

1029 Brandom (2021), S. 860.

1030 Brandom (2021), S. 860.

1031 Brandom (2021), S. 912.

1032 Brandom (2021), S. 911.

1033 Brandom (2021), S. 1163f.

1034 Brandom (2021), S. 911.

argumenten des bloß urteilenden Kammerdieners, sondern in der „reduktive[n] naturalistische[n] Charakterisierung des eigenen Tuns [...]“¹⁰³⁵ d. h. in der Selbstdaturalisierung des eigentlich Handelnden, der die Naturalisierungen des Kammerdieners *als Selbstbeschreibung* übernimmt.

Doch bevor ich abschließend zu der Parallelie zwischen einem entfremdeten, d. h. ironischen Verhalten zur Norm und der ironischen Struktur der Rechte komme, möchte ich eine Rückfrage an Brandoms Konzeption stellen. Denn möglicherweise ist das zu verzeihende, naturhafte Scheitern an der Norm in der Problematisierung Brandoms selbst das Problem. Vielleicht sollte die Dialektik aus Natur/Begierde vs. Geist/Norm nicht so beginnen, dass das handelnde Bewusstsein auf Drängen des Kammerdieners die, so Brandom, „Zufälligkeit [seiner] Einstellungen gesteht.“¹⁰³⁶ Vielleicht müsste die Norm mit einem Geständnis beginnen, nämlich mit dem Geständnis der von ihr selbst hervorgebrachten Nicht-Erfüllbarkeit. Das ist die Perspektive des Paulus aus dem Römerbrief, mit der Hegel meines Erachtens auf eine seltsame und dunkle Weise spielt, die aber bei Brandom keinen Platz findet. Brandom verlangt vielmehr etwas von uns, und zwar dass wir uns für die Norm verantwortlich zeigen:

„Das praktische Zustimmen zur Autorität von Normen über Einstellungen nennt Hegel ‚Sittlichkeit‘; also das, was die traditionelle vormoderne Form des Geistes richtig verstanden hat. Als wir verstanden hatten, dass wir *für* unsere Normen verantwortlich sind, haben wir Hegel zufolge den entscheidenden Sinn aus den Augen verloren, wonach wir ihnen gegenüber auch verantwortlich sind.“¹⁰³⁷

Aber nach meiner Auffassung sind die Normen auch uns gegenüber schuldig: Die Schuld, nicht die vielbeschworene *Möglichkeit der Normen*. Hier ergibt sich zwanglos die Verbindung zum Opfer der Vertrages, welches sich Ernst Jünger nicht eingestehen wollte.¹⁰³⁸

1035 Brandom (2021), S. 911.

1036 Brandom (2021), S. 914.

1037 Brandom (2021), S. 996.

1038 Vgl. § 3 II Nr. 2 in dieser Studie.

§ 3. Ironie der Legalität

Denn auch die Norm fordert Opfer, darin liegt ihre Schuld.¹⁰³⁹ In genau dieser Konstellation bezog sich der bereits zitierte Klaus Günther auf Adorno, der die opferlose Nichtidentität des Subjekts zur Utopie erklärt.¹⁰⁴⁰ Denn das Opfer, so Günther, liegt in der „leiblich-reale[n] Erfahrung des gebrochenen Widerstands des Einzelnen [...].“¹⁰⁴¹

Handelt es sich bei dieser Opferung im Dienste der Norm um einen grundsätzlichen Mangel der Norm? Brandom würde das so verstehen, deshalb bedarf es des Verzeihens. Bei Günther klingt die Hoffnung auf eine Beseitigung der Differenz zwischen Natur und Norm an, nämlich dann, wenn es „keine Differenz mehr gäbe, weil ich als MitgesetzgeberIn in meiner ganzen ethischen Freiheit anerkannt wäre [...].“¹⁰⁴² Gibt es einen Weg jenseits eines strukturell resignativen Verzeihens des Normbruchs mit Brandom auf der einen und einer Hoffnung auf eine perfektibilistische Norm im Sinne Günthers auf der anderen Seite? Gibt es einen Weg, der zudem nicht auf die Anwendung künstlicher Intelligenz zur Beseitigung möglicher Differenzen zwischen Subjekt und Norm setzt?¹⁰⁴³

Ich wende mich vom Gesetzesbegriff ab und kehre noch einmal zur Frage dieser Arbeit, d. h. der Frage nach den Rechten zurück, insbesondere zur Frage, was Brandoms *Im Geiste des Vertrauens* zur Kritik einer ironischen Grundstruktur der Legalität beitragen kann. Die Parallelen zwischen Brandoms Konstellationen einer ironischen und daher entfremdeten Distanz zur Norm und meinem Vorschlag, die Legalität als Ironie ernst zu nehmen, habe ich schon kurz ange deutet. Brandom sieht das *Nonplusultra* der verfehlten Einstellung gegenüber Normen in der Selbstdaturalisierung des Handelnden im Moment seines Geständnisses. In diesem Moment zerfällt die Norm, wird doch vom Subjekt selbst explizit eingeräumt, dass es keine Allgemeinheit, sondern nur natürliche Individualität gibt. In dieser ironischen Distanz zur Norm liegt die Entfremdung der Moderne. Die Rechte kennen diese Selbstdaturalisierung ebenfalls, ja in

1039 Brandom räumt das auch ein, wenn er vom Subjekt im Zuge des Verzeihens die Aufopferung der eigenen Einstellungen verlangt, vgl. z. B. Brandom (2021), S. 939.

1040 Günther (2024), S. 159.

1041 Günther (2024), S. 159.

1042 Günther (2024), S. 159.

1043 Vielleicht ist dies durch das Gebot zu leisten, vgl. dazu Menke (2024).

der Legalität wird dieses Absehen von jeder Allgemeinheit und die Naturalisierung des Wollens zum Prinzip, sollen die Rechte nicht zur Pflicht werden. In der Folge sind die liberalen Rechte die konsequente Universalisierung des Kammerdieners: ein reduktiver (hier Teile ich Brandoms Kritik) Verweis auf Natur. Das bürgerliche Recht findet seinen Ausdruck in Gesetz und Rechten. Das moderne Subjekt verhält sich auf je unterschiedliche Art zu und in ihnen ironisch, beim Gesetz in ironischer Distanz zur Norm, bei den Rechten im ironischen Spiel mit Wesen und Erscheinung des eigenen Wollens. Doch eint Gesetz und Rechte nicht nur die geteilte Ironie, sondern die Ironie verweist jeweils auch auf die Natur bzw. die Natürlichkeit.

An diesem Punkt setzt der Übergang zum letzten Abschnitt dieser Studie ein. Aber ich deute schon an, wo ich eine mögliche Lösung des hier gestellten Problems einer *Ironie der Legalität* sehe. Denn die Überlegungen Brandoms fordern in gewisser Hinsicht zu der Frage heraus, ob diesem ironischen Verweis auf die Natur, zunächst auch in der defizitären Form des liberalen Naturalismus, nicht etwas abgewonnen werden kann. Ist die einzige Lösung wirklich die Sittlichkeit in ihrer Form geteilter Normen und ein zugesichertes Verzeihen des Normbruchs? Die Selbstdnaturalisierung des liberalen Rechts ist vielleicht nicht wegen ihres Verweises auf die *Natur als solche* falsch, sondern weil sie halbherzig ist. Die Freisetzung, die das liberale Recht im Zuge seiner Selbstdnaturalisierung unternimmt, macht sich gegenüber den Subjekten, die diese Freisetzung leben sollen, *schuldig*. Denn die Freisetzung konstituiert nur eine ironische, d. h. esoterische Freiheit.¹⁰⁴⁴ Und weil diese liberale Freigabe schuldig ist, muss sie zurückgenommen werden. Aber nicht unter dem Primat einer Norm, dem kategorischen Imperativ, wie Hermann Cohen das Verhältnis denkt, sondern die Rücknahme ironischer Freigabe erfolgt als eine Vertiefung des Naturverweises. Im Rahmen der Rechte bedeutet dies, dass die Leiblichkeit des Subjekts in den Vordergrund rückt. Denn die Leiblichkeit als konsequente Selbstdnaturalisierung der Rechte lässt einen Blick auf die Möglichkeit der Rechte zu, die dann nicht mehr ironisch verstellt wären. Für die, mit Brandom gesprochen, *postmoderne* Legalität und darin nicht mehr entfremdete, nicht mehr ironische Legalität, würde dies bedeuten, dass wir die Selbstnegation eines ironischen Naturverhältnisses den-

1044 Vgl. dazu in dieser Studie § 3 I, Die Natur der Ironie.

§ 3. Ironie der Legalität

ken müssen: die Selbstnegation der Willkür. Dass diese Selbstnegation der Willkür weder als externe Pflicht, noch als die Auslöschung derselben zu denken ist, versuche ich nun zu entfalten. Darin wird deutlich, dass die Aufhebung ironischer Legalität im Sinne einer konsequenten Selbstdiskreditierung der Rechte unter dem Begriff der Leiblichkeit nur in einem Modus denkbar ist, nämlich im Modus einer Ironisierung der Ironie.

III. Die Ironisierung der Ironie

Die liberalen Rechte konstituieren in ihrem Modus ironischer Freisetzung, d. h. ihrem lustvollen Disponieren, ein Verhältnis des Geistes zur Natur. Folgt man der in dieser Arbeit untersuchten Rechtkritik, so fällt auf, dass die Praxis des Urteilens in allen Ansätzen zentral ist. Versteht man nun richtigerweise die Legalität als ironische Urteilspraxis, stellt uns diese Frage vor die Aufgabe, dem Subjekt ein vernünftiges, d. h. nicht-ironisches Naturverhältnis, zu ermöglichen. Auch die drei kuriosen durchlaufenen Entsetzungsversuche ironischer Freiheit weisen in diese Richtung. Deshalb werde ich im Folgenden das Problem der Ironie als Frage nach der Subjektkonstitution verhandeln. Die Frage der Ironie als entfremdetes Naturverhältnis im Sinne einer Subjektkonstitution zu denken, bedeutet aber, über die *Leiblichkeit* des Subjekts nachzudenken.

„Ich schaue nicht auf die Gegenstände; und die Gegenstände schauen mich an!“¹⁰⁴⁵

1. Innenwelthypothesen

Das liberale Recht hat eine Lücke. Nicht nur Jhering und Menke betonen das, sondern auch *Hermann Schmitz* spricht (völlig unberührt von einer Lektüre Menkes) im Hinblick auf die Willkür subjektiver

1045 Handke (1972), S. 32.

Rechte und der Vermittlung mit einem allgemeinen Gesetz von einer „Lücke im Rechtsverständnis“.¹⁰⁴⁶ Wie ist mit dieser Lücke umzugehen? Denkt man das Recht antik, kommt es auf eine politisch-imperative Schließung der Lücke im Recht an. Die Form des modernen Rechts besteht hingegen in dem Versuch, diese Lücke im Recht nicht zu schließen, sondern zu überbrücken, denn die Lücke des Rechts ist das Subjekt.

Die Lücke des modernen Formalrechts soll in Absicherung der Subjektivität nicht permanent geschlossen, sondern durch die Form der Rechte reflexiv abgesichert werden. Darin liegt der Fortschritt der Moderne. Ihr Nachteil liegt darin, dass in der liberalen Moderne die Form der Rechte als subjektive Rechte gedachte werden. Durch den Verweis der subjektiven Rechte auf die ironische Freiheit des Subjekts, läuft die Reflexion jedoch im wahrsten Sinne des Wortes ins Leere, das liberale Recht bricht, so Menke, die Reflexion durch die Naturalisierung des Eigenwillens ab. Es ist für Menke daher eine Selbstreflexion des jeweiligen Subjekts vonnöten, geleistet durch einen „Prozeß der nachdenkenden Umwandlung sinnlicher, affektiver Evidenz“.¹⁰⁴⁷ Die Legalität wird daher nicht durch eine inhaltlich ausgearbeitete Sittlichkeit eingeschränkt, die einen Rückfall in quasi antike Rechtsverhältnisse bedeuten würde, sondern durch den radikalen Vollzug der Selbstreflexion des einzelnen Subjekt. Wie könnte diese Selbstreflexion aussehen? Nach Menke kommt es auf das Denken der eigenen Affektionen an.

Ich würde an genau dieser Stelle die von mir so bezeichnete *Lust der Rechte* verorten. Denn die Rechte vermitteln dem Subjekt die Lust am ironischen Spiel mit der Verstellung und nehmen darin Bezug auf die Natur des Subjekts. Was es bedeutet diese Lusterfahrung im Recht zu denken, werde ich am Ende dieser Studie darlegen. Zwar legt Menke seiner Konzeption die von mir hier eingeführte *Lust der Rechte* nicht zugrunde, dennoch folge ich ihm in dem Vorschlag, die durch das liberale Recht vermittelten Affektionen zu denken. Denn dieser Vorschlag Menkes führt mich zu dem Begriff Leiblichkeit, der ein anderes Naturverhältnis andeutet.

Wie verhält sich das Recht jenseits der *Lust der Rechte* zu den Affekten? Dem Recht sind, ganz allgemein gesprochen, die Affekte

1046 Schmitz (2017), S. 55.

1047 Menke (2018d), S. 377.

§ 3. Ironie der Legalität

erst einmal fremd. Eine Ausnahme zur Bestätigung dieser Regel stellt neben einigen anderen Normen der § 33 StGB dar, der eine Überschreitung der Notwehr entschuldigt, soweit diese Überschreitung „nicht-zornbedingt“¹⁰⁴⁸ sondern gem. dem Wortlaut auf „Verwirrung, Furcht oder Schrecken“ beruht. Diese gemeinhin als asthenische Affekte beschriebenen Regungen werden, anders als die sthenischen – Nietzsche nennt sie „tonisch“¹⁰⁴⁹ – Affekte, durch das Recht durchaus prozessiert. Dies belegt eine etwas altertümliche, aber recht anschauliche Definition:

„*Sthenisch* nennen wir die Menschen, die von Selbstsicherheit getragen mit tatkräftiger Energie den Kampf mit dem Leben aufnehmen; Menschen, die von dem Trieb beseelt sind, sich um jeden Preis, selbst gegen den Widerstand von Umwelt und Mitmenschen, durchzusetzen. Es sind die zähen, eigensinnigen, egoistischen Kampfnaturen, die sich nur zum Herrschen geboren fühlen. Als *asthenisch* wollen wir die Naturen bezeichnen, deren Eigenart durch ein kampfloses, stumpfes Sichbeugen unter Schicksal und Weltcharakterisiert ist; zarte, sensible, duldsame Menschen, die im Dienen ihr Ideal verwirklicht sehen.“¹⁰⁵⁰

Das Recht schützt die sog. „Schwächeaffekte“¹⁰⁵¹ im Rahmen der „Grenzen personaler Selbstkontrolle in Extremsituationen“¹⁰⁵². Auch der § 20 StGB, welcher den Schuldausschluss bei fehlender Unrechtsinsicht aufgrund einer Selbststeuerungsverhinderung regelt, kann mit Blick auf die Affekte gedeutet werden, soweit diese so sehr in die Selbststeuerung des Subjekts eingreifen, dass eine Einsicht in das Unrecht der konkreten Handlung nicht mehr angenommen werden kann. Die Fälle affektiver Betroffenheit im Rahmen des § 20 StGB sind zwar denkbar, praktisch allerdings nicht relevant und führen regelmäßig nicht zum Ausschluss der Schuldfähigkeit.¹⁰⁵³ Aber deshalb ist das Nachdenken des Strafrechts über die Probleme der Affekte für mich vorliegend interessant. Denn es geht dem Strafrecht gar nicht um das reflexive Aufgreifen der eigenen Affektionen, vielmehr wird aus der Perspektive eines strafrechtlichen (Schuld-)Vor-

1048 Paeffgen/Zabel 2023, Rn. 274.

1049 Nietzsche (1988b), S. 172.

1050 Hoffmann (1923), S. 4 [Hervorhebung im Original, S. K.].

1051 Zabel (2020), S. 354. Vgl. ebenfalls Montenegro (2023), S. 5.

1052 Zabel (2020), S. 361.

1053 Schild/Zabel (2023), Rn. 95.

wurfs auf die fehlende Affektkontrolle eines (vermeintlichen) Täters geblickt. Im Gegenteil geht „die hA [herrschende Ansicht, S. K.] davon aus, dass grundsätzlich jeder geistig gesunde Mensch seine Affekte beherrschen müsse“.¹⁰⁵⁴ So kann wie üblich am Strafrecht als Grenzwissenschaft einmal mehr sehr schön abgelesen werden, was die Gesellschaft von sich selbst erwartet. Die Berücksichtigung der Affekte im Strafrecht dient so keinem verändernden Aufgreifen affektiver Momente, sondern nur der Herstellung der allgemeinen Norm. Diese allgemeine Norm besteht in der „personalen Selbstkontrolle“.¹⁰⁵⁵ Hierin kann eine Selbstreflexion des Rechts nicht zu suchen sein.¹⁰⁵⁶ Der Affekt ist für das liberale Recht eigentlich Anathema.¹⁰⁵⁷ Das Recht hätte kein Wort über den Affekt zu verlieren, beschäftigte es sich nicht doch noch mit Menschen, d. h. Lebewesen, die gelegentlich bei ihrer Affektsteuerung versagen. Dennoch leitet mich dieser Komplex der strafrechtlichen (Nicht-)Berücksichtigung affektiver Zustände vor dem Hintergrund eines Primats der Selbstbeherrschung zu meinem eigentlichen Punkt. An entscheidender Stelle in der *Kritik der Rechte* formuliert Menke eine Kritik an Arendts Lektüre der kantischen Urteilskraft. Ich zitiere noch einmal die kritische Stelle bei Hannah Arendt:

„Nur das, was einen in der Vorstellung berührt, affiziert, und zwar dann, wenn man nicht mehr durch seine unmittelbare Gegenwart affiziert wird [...]. Erst dann spricht man vom Urteil und nicht mehr vom Geschmack, weil man nun, obwohl noch wie von einer Angelegenheit des Geschmacks affiziert, mittels der Vorstellung den angemessenen Abstand hergestellt hat [...]. Indem man den Gegenstand wegräumt, hat man die Bedingung für die Unparteilichkeit geschaffen“.¹⁰⁵⁸

Menkes Kritik bezog sich vor allem auf den Aspekt der Distanz, den der Einzelne zu dem Gegenstand des Denkens aufzubringen

¹⁰⁵⁴ Schild/Zabel (2023), Rn. 88.

¹⁰⁵⁵ Zabel (2020), S. 361.

¹⁰⁵⁶ So auch in einer neueren Studie zu dem Verhältnis von Affekt, Schuld und Strafrecht und unter Hinweis auf den unterkomplexen Umgang des Rechts mit dem Feld der Emotionen und unter Plädoyer für eine rationale Aneignung der Emotionen unter Rückgriff auf deren Intentionalität als „urteilsempfindliche Einstellungen“: Montenegro (2023), S. 3–4, S. 121–146.

¹⁰⁵⁷ Im Rahmen der Urteilsfindung hingegen für ein „affektives Momentum“ offen: Müller-Mall (2023), S. 236.

¹⁰⁵⁸ Arendt (1985), S. 90.

§ 3. Ironie der Legalität

habe.¹⁰⁵⁹ Hierin halte sich bis zuletzt noch die herrische Scheidung des Aristoteles in Geist und Körper durch.¹⁰⁶⁰ Diese richtige Einsicht bewegt sich in den bekannten Bahnen der *Dialektik der Aufklärung*,¹⁰⁶¹ welche das Bürgertum als eine fragwürde Erfolgsgeschichte unterdrückter Sinnlichkeit nacherzählt. Sein erster Vertreter ist der listenreiche Odysseus. Menke will diese Distanzierung brechen und zwar durch das Denken der sinnlichen Affektionen. Dieser Bruch der Distanzierung soll wiederum gelingen durch ein neues Urteilen, welches die Selbstreflexion des modernen Rechts wirklich vollzieht und nicht wie das liberale, subjektive Recht, diese Reflexion durch eine Naturalisierung des Willens verhindert. Für das liberale Recht endet die Selbstreflexion des modernen Rechts beim Subjekt, ab hier ist für es alles Natur, d. h. Nicht-Recht. An dieser vermeintlichen Natur setzt Menke an, hier soll das Denken der eigenen Affektionen ansetzen. Aber bei der Frage nach der Affektion bleibt Menke vage, wie dies schon bei Adorno der Fall war, dessen Ausführungen zum Affekt ebenfalls mehr Fragen aufwerfen, denn Antworten bieten.¹⁰⁶² Es ist nicht nur unklar, welche Affektionen überhaupt gemeint sein könnten, sondern auch, wie diese zu denken sind.¹⁰⁶³

Welche Lösung bietet sich noch an? Was nimmt sich noch grundsätzlicher aus, als Menkes Rückgriff auf die Geschichte unterdrückter Sinnlichkeit? Arendt schreibt in aller Klarheit von dem „Gegenstand“, der gedanklich wegzuräumen sei, und Menke stört sich an dieser herzstellenden Distanz zum Gegenstand des Nachdenkens. Wie wäre aber die Frage zu stellen, enthielte schon der Gegenstand,

1059 Bezogen auf das juridische Urteil betont auch Müller-Mall den subjektiv-allgemeinen Charakter des Urteilens. Dieses sei „gerecht“, wenn der Urteilende eine „quasi-sinnliche“ Erfahrung der Lust mache, welche von „Distanzierungsübungen“ gerade Abstand nehme. Diese Überlegungen werden entlang den Kategorien der *Kritik der Urteilskraft* entwickelt. Vgl. Müller-Mall (2023), S. 202–210.

1060 Waldenfels (2000), S. 17.

1061 „Die Distanz des Subjekts zum Objekt, Voraussetzung der Abstraktion, gründet in der Distanz zur Sache, die der Herr durch den Beherrschten gewinnt.“ Vgl. Horkheimer/Adorno (2016), S. 19.

1062 Besonders zu nennen wäre der gerade dieser Thematik gewidmete Text, der aber sonderbar opak bleibt, vgl. Adorno (1998).

1063 Zu dieser Kritik vgl. ebenfalls bereits Kneip (2023).

d. h. die Gegenständlichkeit des Denkens selbst, das hier vorliegende Problem?¹⁰⁶⁴

Ich greife an dieser Stelle auf Überlegungen von Hermann Schmitz zurück, den ganz ähnliche Probleme beschäftigt haben. Auch er sieht im Übergang zwischen den beiden homerischen Epen einen entscheidenden Wandel eintreten, der uns Europäer bis heute wesentlich prägt und der aus Sicht von Schmitz einer Revision bedürfe.¹⁰⁶⁵ Ähnlich wie Adorno (und viele andere)¹⁰⁶⁶ deutet er diesen Wandel inhaltlich als Errichtung eines Primats der Selbstbeherrschung über „bloß“ sinnliche Erfahrungen und Regungen. Er vermag es jedoch, diesen Umstand auf ein paar recht präzise umrissene Momente zurückzuführen, die ich in diesem Zusammenhang des Urteilens für diskussionswürdig halte.¹⁰⁶⁷ Der gedankliche Hintergrund bei Schmitz ist stets die Revision einer von ihm so bezeichneten „europäischen Abstraktionsbasis“, wobei diese Abstraktionsbasis als Summe der kulturell geprägten Vorentscheidungen der Wahrnehmung zu verstehen ist. Diese Abstraktionsbasis fällt in jeder eigenständigen Kultur anders aus, hat sich aber für Schmitz spätestens seit Platon für den europäischen Kulturraum als Entscheidung zwischen Empedokles und Demokrit zugunsten des letzteren ergeben und besteht seitdem fort.¹⁰⁶⁸ Bevor die von Schmitz bestimmten Merkmale der europäischen Abstraktionsbasis dargestellt werden, ist auf das Programm hinzuweisen, auf das Schmitz hinarbeitet. Die europäische Abstraktionsbasis soll „tiefer in die unwillkürliche Lebenserfahrung“ verlegt werden.¹⁰⁶⁹ Man kann diesen Ansatz von Schmitz in das Projekt einer Selbstbefreiung des Denkens von der abendländischen Tradition einordnen, wie dies seit Heidegger regel-

1064 So auch Heidegger in seiner Unterscheidung zwischen meisterndem und wesentlichem Wissen. Das erste sei ein „Überrennen des Seienden. Das alles vollzieht sich in der Weise der Vergegenständlichung. Das wesentliche Wissen dagegen, die Achtsamkeit, ist das Zurücktreten vor dem Sein.“ Heidegger (1982), S. 5.

1065 Schmitz (1978), S. 223.

1066 Zur Destruktion der transzendentalen Subjektivität des Neukantianismus bei Heidegger und das Vorhaben Nietzsches, vgl. Gadamer (1958), S. 1307.

1067 Die genuin rechtsphilosophischen Aussagen von Schmitz (1973) halte ich hingegen im Hinblick auf die Problemanalyse für weniger relevant vgl. dazu insbesondere Schmitz (2017).

1068 Schmitz (1988), S. 358–360.

1069 Schmitz (1998), S. 7.

§ 3. Ironie der Legalität

mäßig in Angriff genommen wird und sich seit der Mitte des letzten Jahrhunderts auch in dekolonialen Forderungen wiederfindet.¹⁰⁷⁰ Es geht der Sache nach darum – und hier sind Schmitz Überlegungen von denen Menkes nicht zu trennen –, die „klaffende Spanne zwischen Begreifen und Betroffensein“ zu überbrücken und das „Betroffensein der Besinnung anzueignen“¹⁰⁷¹ Menkes „Denken der eigenen Affektionen“ dürfte hierin ganz gut aufgehoben sein. Was schlägt Schmitz also vor?

Schmitz nennt folgende Punkte, welche die bis heute gültige europäische Abstraktionsbasis ausmachen sollen. Im Zuge der Selbst- und Weltbemächtigung sei es, hierin stimme ich Schmitz zu, zu einer folgenschweren Entscheidung gekommen, die alte (empokleische) Abstraktionsbasis, die „aus vollständigen Eindrücken, die nicht mit mechanischer Exaktheit reproduziert, sondern nur durch einfühlsame Intuition verallgemeinerungsfähig eingeprägt werden können“, bestand,¹⁰⁷² zugunsten einer „brutale[n] Einseitigkeit des Denkens und Wollens“ zu ersetzen.¹⁰⁷³ Diese ergibt sich für Schmitz aus dem Streben nach personaler Machtergreifung im Sinne eines Kampfes gegen den *Thymos*¹⁰⁷⁴ sowie der Beherrschung der Natur durch die Reduktion der Umwelt auf ein paar Begriffe mit „bequem identifizierbarer und manipulierbarer Beschaffenheit“.¹⁰⁷⁵ Nietzsche wird diesbezüglich deutlich: „Hybris ist heute unsre ganze Stellung zur Natur, unsre Natur-Vergewaltigung mit Hilfe der Maschinen [...].“¹⁰⁷⁶

Hier schneiden sich Kunst- und Rechtstheorie. Als Beispiel mag die platonische Dichterkritik dienen, welche die Aufgabenteilung der neuen Zeit gut dokumentiert. Der ganze Bereich menschlichen Erlebens, der sich nicht auf die Manipulation der Umwelt festlegen lässt, bleibt den Dichtern überlassen (die dann von Platon dafür abgestraft werden). Es geht mithin darum, die seit Platon allein dem Bereich der Kunst zugeordnete Sphäre der Ergriffenheit, Begeisterung, Affektion, etc. auch für Bereiche zurückzugewinnen, die nicht der Sphäre

1070 Paradigmatisch z. B. Mignolo (2019).

1071 Schmitz (1998), S. 8.

1072 Schmitz (1988), S. 382.

1073 Schmitz (1993), S. 9.

1074 Schmitz (2011), S. 139f.

1075 Schmitz (1993), S. 9.

1076 Nietzsche (2020), S. 357.

der Kunst zugehörig sind. Dieser Reduktionismus der Außenwelt, den Schmitz als *gegenständliches Denken* bezeichnet und welcher ganz zwanglos der griechischen Seinsfrage entspringt, d. h. der Frage, unter welchen Umständen dieses Prädikat „an Begegnendes verliehen werden darf“¹⁰⁷⁷ führte zu der genannten Aussonderung bestimmter Erfahrungen aus dem Bereich der Erkenntnis, die fortan exklusiv von den Künstlern bearbeitet werden.¹⁰⁷⁸ Menke greift diesen Punkt auf, indem er festhält: „Für Sokrates lässt diese Einsicht nur den Ausweg offen, das Kunstwerk aus der menschlichen Sphäre, die er als Sphäre gemeinsamer, vernünftiger Praxis versteht, auszuschließen.“¹⁰⁷⁹ Für Schmitz ist mit dieser Abspaltung aber noch mehr verbunden. Um die Hausmacht des Subjekts zu organisieren, welche nötig ist, um in dem „Konzert von Regungsherden“,¹⁰⁸⁰ in denen der Mensch sonst steht, bedarf es der „Innenwelthypothese“, d. h. der Möglichkeit eines Punktes, von dem aus die unwillkürlichen Regungen kontrolliert werden können.¹⁰⁸¹ Der Ausdruck ändert sich, sei es „Seele“, „Gewissen“ oder „Selbstbewusstsein“, die Konzepte dahinter bleibt in dieser Hinsicht ähnlich.¹⁰⁸² Dass für die *Entstehung des modernen Gewissens* gerade wieder die Technik, d. h. die Manipulation der Außenwelt, verantwortlich zeichnet, hat Kittsteiner in seiner unvergleichlichen Studie herausgearbeitet, indem er unter anderem die Erfindung des Blitzableiters für die Internalisierung der Strafinstanz als *Gewissen* verantwortlich macht, nachdem die Furcht vor dem Gewitter als Ausdruck des Zorn Gottes verschwunden ist.¹⁰⁸³ Besser ist das dialektische Verhältnis der Manipulation der Außenwelt und der Anreicherung der abgesonderten Innenwelt nie dargestellt worden, Technik und Innenwelthypothese gehen hier Hand in Hand.¹⁰⁸⁴

1077 Schmitz (1988), S. 388.

1078 Mit Blick auf die Abgrenzung des Gegenstands begriffes vom Mythos: Hübner (1987), S. 254.

1079 Menke (2019), S. 38.

1080 Schmitz (1998), S. 10.

1081 So auch die Rekonstruktion bei Schulz (1972). Ebenso unter Rückgriff auf Nietzsche: Loick (2014), S. 63.

1082 Unter dem Begriff das Göttliche noch in der zweiten Abhandlung: Locke (2020), § 241.

1083 Kittsteiner (2015), S. 31–100.

1084 Auch wenn Kittsteiner die Zusammenhänge anhand des Materials eher erahnt, denn den innersten Zusammenhang selbiger darzulegen.

§ 3. Ironie der Legalität

Das Ergebnis ist: „Die Gefühle werden in private Seelenzustände umgedeutet.“¹⁰⁸⁵ Dieser Gedanke ist für Schmitz eine ideologische Erfindung der Griechen, um Herr zu werden über die Regung, vor allem die „leiblichen und die durch sie eingreifenden Gefühle“.¹⁰⁸⁶ Ein anschauliches Beispiel bietet Goethe in den Wahlverwandtschaften, als Eduard seine (offensichtlich zerstörerische) Liebe zu Otilie und seine daraus resultierende offen vorgetragene Verzweiflung gegenüber dem Mittler rechtfertigt, der ihn zu Ermahnung, d. h. Selbstbeherrschung, auffordert. So sagt Eduard mit verdecktem Hinweis auf die Tränen des Achill und dessen Darstellung bei Homer:

„Verschmäht doch ein edler Grieche, der auch Helden zu schildern weiß, keineswegs, die seinigen bei schmerlichem Drange weinen zu lassen. Selbst im Sprüchwort sagt er ‚Tränenreiche Männer sind gut‘. Verlasse mich jeder, der trockenen Herzens, trockener Augen ist! Ich verwünsche den Glücklichen, denen der Unglückliche nur zum Spektakel dienen soll. Er soll sich in der grausamsten Lage körperlicher und geistiger Bedrängnis noch edel gebärden, um ihren Beifall zu erhalten, und, damit sie ihm bei Verscheiden noch applaudieren, wie ein Gladiator mit Anstand vor ihren Augen umkommen.“¹⁰⁸⁷

Zuständig für die Bearbeitung dieses ausgesonderten Feldes unmittelbarer Ergriffenheit ist der Künstler. Klar ausgesprochen und dabei ganz unfreiwillig illustriert, wird dieses Meisterstück europäischen Umgangs mit den vermeintlich *eigenen* Affektionen von Sir Paul McCartney, indem er im gleichnamigen Stück der Beatles gleich zu Beginn wie selbstverständlich kundtut: „*I've got a feeling – A feeling deep inside*“. Hier muss man mit Schmitz skeptisch werden. Da man ein *feeling* nämlich nicht eigentlich besitzt und vor allem nicht *deep inside* (wo wäre das auch?), sondern es erst, so die These Schmitz', nachträglich zu *seinem* Gefühl macht, nachdem man es sich in reduktionistischer Manier vorab versagt hat, dies als taugliche Erkenntnis anzunehmen. So widerfährt Paul McCartney das Unvermeidliche, da es zwei Zeilen später heißt: „*I've got a feeling*

1085 Schmitz (1978), S. 231; zu diesem Punkt des Gefühls vgl. ebenfalls Hübner (1987), S. 246.

1086 Schmitz (2011), S. 5.

1087 Goethe (2005), S. 355–356. Gerade *für diesen Hemmungscharakter* der Form gegenüber der Ergriffenheit und damit gegen die griechische Variante eines Zulassens von Emotionalität spricht sich freilich aus: Plessner (2002), S. 91.

(soweit bekannt) *a feeling I can't hide*“. Nun ist es geschehen. Das Gefühl, welches man für sein Eigentum gehalten hat (insofern man es hat), drängt mit aller Macht nach draußen. Dieses Hinausdrängen geschieht in einer Form, die sich für einen Gegenstand, den man sein Eigen nennt, eigentlich nicht schickt, nämlich mit Gewalt. Es bleibt nichts weiter zu sagen als „*oh no*“. Hat sich das in die Privatheit vermeintlich sicher abgeschobene Gefühl für sein Herausschießen entschieden, lässt es seinem ehemaligen Inhaber bloß noch eine Statistenrolle zukommen.¹⁰⁸⁸ Für McCartney als Künstler ist das kein Problem, es ist sogar höchst wünschenswert, um die von den Künstlern geforderte Bearbeitung des Feldes der Emotionen bewerkstelligen zu können. Für den Rest der Menschheit ist diese Form der plötzlichen Wiederkehr von zuvor dem Erkennen entzogenen Umständen höchst misslich.¹⁰⁸⁹

Ich komme zurück zur Kritik der Affektionen. Ich hatte festgestellt, dass Menke in der *Kritik der Rechte* an diesem entscheidenden Punkt der Affektionen etwas abstrakt bleibt. Verharrt man beim Denken der ansonsten vernachlässigten Situationen affektiver Betroffenheit, nimmt diese Ratlosigkeit Menkes wenig Wunder, bewegt er sich doch mit dem Rückgriff auf die Kritische Theorie Adornos in einem gedanklichen Rahmen, der über Affektionen eigentlich wenig zu berichten weiß. Der von Adorno im Hinblick auf das Problem der Idiosynkrasie zentrale Text, trägt zur Beantwortung der Frage, was Adorno sich eigentlich unter seiner „nervlichen“ Reaktion vorstellt, wenig bei.¹⁰⁹⁰ Auch der für die Konzeption Menkes offenbar einflussreiche Terminus Martin Seels, entwickelt in der gleichnamigen Studie *Sich bestimmen lassen*, schlägt einen erwartbaren Bogen von der Notwendigkeit der Moderation eigener Antriebe und Affinitäten¹⁰⁹¹ zu einem „Sinn für Moral“, der sich aus der Ansprechbarkeit durch andere ergibt

1088 Ob man daraus eine Faschismustheorie machen sollte, bleibt eine andere Frage. Schmitz glaubt den Nationalsozialismus als aufgestaut und dann falsch hinausgeratene Triebunterdrückung lesen zu können, vgl. Schmitz (1998), S. 8.

1089 Es geht mir – ich hoffe, dass diese Betonung überflüssig ist – ausdrücklich nicht um den Rekurs auf Gefühle im Sinne Humes und anderer, d. h. eines sensualistischen Konzepts. Diese sind als subjektive Tatsachen für die vorliegende Betrachtung uninteressant. Eine Einordnung diesbezüglich findet sich bei Zabel (2019a), S. 29–31.

1090 Adorno (1998).

1091 Seel (2002), S. 292.

§ 3. Ironie der Legalität

und worin explizit ein Gedanke von Anerkennung und Gleichheit angelegt ist.¹⁰⁹²

Nach der Lektüre Schmitz' ist die Ratlosigkeit der Kritischen Theorie aber durchaus kein Mangel, sondern findet ihren Grund darin, dass Stimmungen, Atmosphären oder sonstige affektive Zustände dem Subjekt nicht unmittelbar gehören und es sie nicht sein Eigen nennen kann. Insofern ist es von vornherein fraglich, ob es dieses Denken der *eigenen* Affektionen überhaupt geben kann. Das Nachdenken über die Affektionen des Subjekts, wird zum Nachdenken über die Limitationen der Perzeption des Subjekts und seiner ihm eigenen Form der „Innenwelthypothese“ und eröffnet den Blick auf die Leiblichkeit.

2. Leiblichkeit

Die Leiblichkeit beschreibt nicht nur einen Akt des Denkens über die eigenen Affektionen, sondern einen ganz anderen Blick auf das abendländische Subjekt selbst. Zum Konzept Autonomie hält Schmitz daher fest:

„Diese Konzeption ist nicht ganz falsch, aber zu einfach und bedarf der Korrektur durch die Einsicht, dass die Person nur Person sein kann, wenn sie zugleich präpersonal existiert, eingetaucht ins leiblich-affektive Betroffensein.“¹⁰⁹³

Auch hier bewegt Schmitz sich in Bahnen, die auch von Menke so gezeichnet werden. Menke deutet seine Figur der Selbstreflexion als Rückgang hinter das Subjekt, d. h. die Sphäre der Vermögen und Fähigkeiten:

„Durch die ästhetische Selbstreflexion zerfällt daher die Einheit des Vermögens, die Instanz des Subjekts. Zurück bleibt: die ästhetische Natur des Menschen, das Spielen dunkler Kräfte.“¹⁰⁹⁴

Aber die „ästhetische Natur des Menschen“ ist sein Leib. Bei der Feststellung, dass der hier verwendete Begriff Leib nicht identisch mit dem (bloßen) Körper ist, dürfte es sich um eine Trivialität han-

1092 Seel (2002), S. 297f.

1093 Schmitz (2017), S. 57.

1094 Menke (2017), S. 82.

deln; diese Differenz sei dennoch kurz erläutert. Damit ist nun aber lediglich in negativer Absicht etwas über den Leib gesagt, nämlich, dass er im Begriff Körper nicht aufgeht. Man muss sich der Beschreibung des Leibes, z. B. bei Merleau-Ponty, als „Medium einer Welthabe“¹⁰⁹⁵ und „Verankerung in einer Welt“¹⁰⁹⁶ nur vergegenwärtigen, um zu sehen, worauf es bei der Unterscheidung zwischen Körper und Leib ankommt. Während der Körper als (biologischer) bloßer Gegenstand unter Gegenständen betrachtet, gemessen, begutachtet oder behandelt werden kann, soll unter dem Begriff Leib hier die situative Einbindung des Körpers in seine Umgebung verstanden werden, in welcher er von einer „Durchstimmtheit“¹⁰⁹⁷ getragen ist, die sich nicht sensualistisch über die Sinne erschließen lässt.¹⁰⁹⁸ Erst aus dieser Perspektive ist ersichtlich, dass die „nervlichen Reaktionen“ Adornos das hoffnungslose Unterfangen darstellen, eine Situation zu beschreiben, derer man mit dem (medizinisch-biologischen) Begriff der Nerven, egal, wie allegorisch dieser gemeint sein mag, nicht beizukommen vermag. Denn Nerven habe ich nur für mich, die nervliche Reaktion findet nur im Subjekt selbst statt. Adorno kommt hier selbst aus der Innenwelthypothese nicht hinaus (als Theoretiker des freien Subjekts möchte er das vielleicht auch gar nicht); er verharrt bei einem Begriff des Körpers und seines Subjekts.

Ein emphatischer Begriff der Leiblichkeit ist damit aus dem Gedanken der Offenheit für Stimmungen, Emotionen oder Gefühlen heraus entwickelt und setzt die Fähigkeit voraus, sich von diesen betreffen, d. h. berühren, zu lassen. Im Begriff Berühren liegt der Gedanke eines nicht bloß innerlichen Vorhandenseins dieser Umstände, sondern der, wenn auch gerade nicht körperliche Gestalt annehmenden, Existenz jenseits des bloß subjektiven Erlebens. So ist zwar zu sehen, dass der Leib nicht etwas grundsätzlich anderes ist als der Körper. Die Betroffenheit durch den körperlichen Schmerz ist gerade immer auch Erfahrung des Leibes. Aber auch die nicht-körperlichen Momente situativer Gebundenheit fallen unter den Begriff Leib, der sich damit der rein biologischen Betrachtung entzieht. Darin liegt die Wahrheit der oft zitierten, aber dennoch bedeutsamen

¹⁰⁹⁵ Waldenfels (2019), S. 354.

¹⁰⁹⁶ Waldenfels (2019), S. 355.

¹⁰⁹⁷ Schmitz (1978), S. 227.

¹⁰⁹⁸ So ebenfalls Schmitz (1998).

§ 3. Ironie der Legalität

Aussage Nietzsches von der großen Vernunft des Leibes, des Selbst, die der kleinen Vernunft des Geistes, der sich Ich nennt, vorangeht: „Dein Selbst lacht über dein Ich und seine stolzen Sprünge.“¹⁰⁹⁹ Lachen kann es aus einem bestimmten Grund, denn für Nietzsche ist das leibliche Selbst das „Gängelband des Ich's und der Einbläser seiner Begriffe.“¹¹⁰⁰ Für Nietzsche ist klar, dass die Eitelkeit, der Stolz des Geistes, der sich in seiner (vermeintlichen) Selbsterkenntnis als den Grund aller Empfindung setzt,¹¹⁰¹ gebrochen werden muss durch das Wissen darum, dass der Geist lediglich ein Werkzeug des leiblichen Selbst ist. Diesem eitlen Stolz des Geistes, ist mit Schmitz ein anderer Stolz, ein *vitaler Stolz* entgegenzusetzen. Der im Selbst, d. h. dem Leib, sich durchsetzende Wille zum Leben bedarf nämlich der Einbettung in die den Menschen umgebenden Kontexte. Dieser vitale Stolz ist nicht der Stolz des Geistes, der sich zu „stolzen Sprünge[n]“¹¹⁰² hinreißen lässt, er ist das Gegenteil *souveräner Undankbarkeit* des Geistes.¹¹⁰³ Dazu sei auf eine kurze Interpretation Schmitz' des Bamberger Reiters hingewiesen, die sehr deutlich macht, worin der Fortschritt des Leibbegriffes für eine kritische Theorie des Subjekts liegt:

„Wichtig für die Verankerung des Lebenswillens in der Gegenwart, die allein dem Leerlauf der Projektionen ein Ende setzen kann, ist die Ermutigung des vitalen Stolzes, der sich nicht mehr von oben, aus der Herrschaft der Vernunft über die Triebe, speist, sondern im leiblichen Selbstgefühl seinen Sitz hat. Dieser vitale Stolz, der sich entfalten kann, wenn der Mensch lernt, ohne Scham und ohne Übermut seinen Kopf hoch zu tragen und sich dem Schicksal seines Leiblichseins mit allen Chancen und Gebrechen anzuertrauen, trägt in sich ein Regulativ der Haltung, der Formfindung und des Maßes, etwas im Sinne der griechischen Sophrosyne, ehe Platon diese zum anspruchslosen Gehorsam der Triebe gegen die Vernunft entwürdigte. Dies ist die Botschaft des Bamberger Reiters, der im vitalen Stolz des Reitens und des Einver-

1099 Nietzsche (1988a), S. 40.

1100 Nietzsche (1988a), S. 40.

1101 Nietzsche (1988a), S. 39.

1102 Nietzsche (1988a), S. 40.

1103 Kalatzis (2014).

ständnisses von Mensch und Tier entspannt sitzt und ohne Anmaßung, aber mit gelassener Selbstsicherheit blickt und die Zügel hält.“¹¹⁰⁴

Wo aber liegt die Bedeutung der Affektionen und des Leibes für die hier intendierte Kritik ironischer Legalität? Die Kritik der Affektionen eröffnet den Blick auf den Leib des Menschen und dieser Leib lacht bei Nietzsche laut über stolzen Sprünge des Ich. Dieses Lachen kann rechtsphilosophisch formuliert werden. Denn die stolzen Sprünge des Ich sind nichts anderes als dessen Urteile. Und die Urteile des *Subjekts ironischer Legalität* sind nichts anderes als der praktische Vollzug der Rechte, denn jede Ausübung eins Rechts ist ein Urteil. Lacht nun also der Leib zu Recht über die Urteile des ironischen Subjekts, kommt es für die Rechtsphilosophie darauf an, diesem Lachen Geltung zu verleihen. Dieser Aufgabe widme ich mich in dem letzten Kapitel dieser Arbeit, wenn ich nach der Praxis und damit der Handlung der Rechtsgenossen frage.

3. Nietzsches Lachen

Wir nehmen also die „stolzen Sprünge“ des Subjekts in den Blick, d. h. seine Urteile und damit seine Praktiken. Aber hat es in seinen Praktiken auch eine Praxis? Die „Lücke im Recht“, die „Legalität“ oder das „Formalrecht“ – all dies sind Beschreibungen für die offenkundige Tatsache, dass ein Begriff Handlung (und damit Praxis) im klassischen Sinne für die Moderne nicht mehr besteht.¹¹⁰⁵ Wer noch unbefangen von Handlungen spricht, meint entweder bloße „Tätigkeiten“ oder hängt einem vormodernen Handlungsbegriff an, der das Bestehen einer sittlichen Substanz (fälschlicherweise) unterstellt. Der Schwund sittlicher Konzeptionen ist eins mit dem Untergang eines emphatischen Handlungsbegriffes. Insofern ist es bemerkenswert, wenn Kalthöner in seiner Studie zur Verteidigung des liberalen Rechts schreibt, dass

1104 Schmitz (1993), S. 11–12. Diese Figur ähnelt Schlegels Begriff der Anmut, denn diese ist „korrektes Leben; Sinnlichkeit, die sich selbst anschaut, und sich selbst bildet.“ Vgl. Schlegel (1967), S. 149.

1105 Bubner (1976), S. 288–289.

§ 3. Ironie der Legalität

„das Recht Handlungen ermöglicht, zeigt sich insbesondere an den Grundrechten in ihrer Funktion als subjektive Abwehr-, Freiheits-, Gleichheits- oder Gewährleistungsrechte oder den verschiedenen Rechtsinstituten, wie dem Eigentum, das auf dem Boden relativ klarer Zuordnungsregeln errichtet ist.“¹¹⁰⁶

Hier können Handlungen nur als „Tätigkeiten“ begriffen werden, die der Einzelne in seinem Leben so unter Zuhilfenahme des Rechts vornimmt: man kauft ein Auto oder ein Lastenrad, man wählt eine progressive oder regressive Partei, man ist Eigentümer eines Einfamilienhauses am Stadtrand. Das sind sicherlich alles Tätigkeiten, aber im strengen Sinne keine Handlungen, denn Handlungen gibt es nur in einer sittlichen Praxis. Verstünde man sie dennoch als Handlungen, dann bliebe zu fragen, in welches Handlungskonzept die von Kalthöner beschriebenen subjektiven Eigentumsrechte eingebettet sind, damit von einer Handlung gesprochen werden kann. Dass diese sittliche Einbettung nicht wiederum durch die Verfassung mit ihren subjektiven, d. h. ironischen Rechten garantiert werden kann, scheint mir nach dem bereits Gesagten evident. Die Sittlichkeit der Rechte liegt nicht in den Rechten selbst.¹¹⁰⁷ Bleibt man deshalb intellektuell redlich, dann muss man Luhmanns These einer fehlenden Substanz, jedenfalls im Sinne eines sinnvollen Bezugs von Handlungen aufeinander,¹¹⁰⁸ zunächst akzeptieren:

„Der Systembegriff rückt damit in das Zentrum jenes Spannungsfeldes, das durch die Auslegung von Sein und Zeit konstituiert ist. Er verdrängte den Begriff der Substanz. Und deshalb wird es notwendig, die vom Substanzbegriff her konzipierte, wenn auch längst von ihm abgelöste und verselbstständigte Theorie des Handlungszweckes durch eine Theorie der Zweckfunktionen in Handlungssystemen zu ersetzen.“¹¹⁰⁹

Um diesen zentralen Punkt noch einmal zu betonen, sei gesagt: Es ist hier nicht um die Rückkehr zu einer Substanz zu tun, hingegen um eine Kritik der Legalität. Diese Kritik der Legalität kann die Abdankung des Handlungsbegriffes zugunsten einer liberalen Kon-

1106 Kalthöner (2021), S. 146.

1107 a.A. der Verfassungspatriotismus.

1108 Um die negative Vermittlung der Individuen unter dem Kapital zu beschreiben, ist der Substanzbegriff nach wie vor aktuell, vgl. dazu Ruschig (2017).

1109 Luhmann (1968), S. 34.

stellation, in der „alles erlaubt sei, was nicht verboten ist [...]“¹¹¹⁰ zwar als Zustandsbeschreibung, nicht aber als Desiderat begreifen, d. h. die Kritik der Legalität wird den subjektiven Rechten, anders als Kalthöner, keine Handlungsqualität zuschreiben. Die Lektüre Luhmanns beugt an dieser Stelle liberalem Selbstbetrug vor.

Ich schlage daher einen anderen Weg, jenseits von Liberalität und klassischer Sittlichkeit vor, und zwar eine Ironisierung der Ironie. Dazu greife ich das von Nietzsche beschriebene Lachen noch einmal auf. Nietzsche postuliert eine Spaltung des Subjekts in ein leibliches Selbst und ein urteilendes Ich, wobei das leibliche Selbst über die stolzen Sprünge des Ich in ein Gelächter ausbricht: „Dein Selbst lacht über dein Ich und seine stolzen Sprünge.“¹¹¹¹ Man darf sich dieses Lachen aber nicht als ein höhnisches, sondern vielmehr als ein befreiendes Lachen vorstellen: Nietzsche lacht mit uns über das permanente Scheitern an unserer ironischen Freiheit – und das zu Recht, da es sich um eine zutiefst komische Konstellation handelt.

Genau das scheint *Thomas Khurana* zu meinen, wenn er mit Blick auf eine Fotografie, die festhielt, wie Autos, die durch ein Hochwasser in aberwitzige Positionen versetzt wurden bemerkt, dass hier die Natur als „Installationskünstlerin“ auftrete, „die sich gleichsam über uns lustig macht.“¹¹¹² Als ästhetisches Programm fordert er dazu auf, den Gedanken einer falschen Versöhnung zwischen erster und zweiter Natur, die sich klassischerweise als das Schöne oder Erhabene zeigt, zugunsten eines anderen Verständnisses aufzugeben. Khurana zufolge seien die „Spannungen und Ironie im Verhältnis von Geist und Natur“ auszutragen.¹¹¹³ Dieses neue Verhältnis nennt er das komisch Erhabene und die Komik ergibt sich aus der Vertauschung von Objekt und Subjekt, Notwendigkeit und Freiheit, welche die Komik ausmacht.¹¹¹⁴ Indem die Natur sich nach Khurana über uns lustig macht, nimmt sie ein freies Verhältnis ein, wird Subjekt, während der Mensch plötzlich der Kategorie der Notwendigkeit unterworfen ist. Die Rollen zwischen freiem Subjekt und schicksalhafter Natur werden aufgebrochen und vertauscht. Dadurch gerät

¹¹¹⁰ Luhmann (1968), S. 11.

¹¹¹¹ Nietzsche (1988a), S. 40.

¹¹¹² Khurana (2023), S. 188.

¹¹¹³ Khurana (2023), S. 184.

¹¹¹⁴ Schelling (1990), S. 355.

§ 3. Ironie der Legalität

die strikte Trennung zwischen beiden zu einem unmöglichen Unterfangen.

Um diese Spannung zwischen erster und zweiter Natur jedoch nicht zu versöhnen, sondern auszutragen, bedarf es eines weiteren Begriffes, der die in dieser Spannung angelegte Reflexion vollziehen kann. Am Beispiel des Vertragsrechts hatte *Gregor Albers* schon darauf hingewiesen, welchen Unterschied es macht, ob ich als Schuldner zur Leistung einer Handlung *in natura* gezwungen werden kann oder ihm nur der billige Ersatz in Geld zusteht. Für Albers liegt darin der Unterschied zwischen Autonomie und Sklaverei. Er führt den entscheidenden Gegenbegriff für einen entfremdeten Vollzug ein, indem er festhält: „Seine Handlungen hat der Mensch nicht, er *lebt sie*.“¹¹¹⁵ Das Leben bedarf also, so können wir die These Albers’ reformulieren, eines Schutzes vor den Rechten der Vertragsparteien. Man kann, so Albers, eine Handlung in letzter Konsequenz nicht zum Gegenstand des Rechts machen. Lässt das Recht dies trotzdem zu, verstößt es gegen diesen Begriff des Lebens und verfehlt seinen Zweck. Mit anderen Worten: Das Recht spricht in einem solchen Fall ein negativ-unendliches Urteil über sich selbst aus, weil es, so verstehe ich Albers, den anspruchsvollen Begriff Recht verfehlt.

Aber was heißt leben? Beginnt man mit einem ersten Verständnis, dann bedeutet Leben die Entfaltung von Differenz.¹¹¹⁶ Dieser Begriff des Lebens ist aber kein vulgärer Naturalismus, sondern er artikuliert jene „Spannung von zweiter und zweiter Natur“¹¹¹⁷ und zwar im Hinblick, auf ihr Verhältnis zur ersten Natur. Ist dieses Verhältnis der zweiten zur ersten Natur befreidend oder ist es entfremdet? Wie verhalten wir uns zum komisch Erhabenen der Natur im Recht? Darin ist der Begriff Leben reflexiv, weil er sich auf die Sozialität und „gegen die ihr eigene Grausamkeit und Verletzlichkeit“ richtet.¹¹¹⁸ Diese Grausamkeiten des liberalen Rechts haben wir bereits kennengelernt: Es sind die melancholische Lust ironischer Freiheit und das Opfer. Das Opfer stellt begrifflich die erzwungene Einheit (oder

1115 Albers (2025), S. 403 [Hervorherbung von mir, S. K.].

1116 Diesen Gedanken, das Lebens als Entfaltung der Differenz zu verstehen, verdanke ich C. Menke, der diesen in seiner Frankfurter Vorlesung im WiSe 2024/25 eingeführt hat.

1117 Diese Formulierung mit Bezug auf Marx‘ Begriff des Gattungswesens findet sich bei Khurana (2024), S. 904.

1118 Khurana (2022a), S. 398.

Identität) dar, die sich das Leben nur unter Anwendung von Gewalt abpressen lässt. Wir haben diese Zusammenhänge bei Ernst Jünger und anhand des vertragsrechtlichen Problems des Selbstverkaufs in die Sklaverei nachvollzogen. Leben und Opfer sind damit kontradiktatorisch ineinander verschrankt, sie gewinnen aus ihrem komplexen Gegensatz ihren jeweiligen Sinn, nur aus der Absetzbewegung des Lebens vom Opfer kann das Leben wie das Opfer verstanden werden. Ähnliches gilt für die ironische Freiheit, die ebenfalls in Konflikt mit dem Begriff des Lebens gerät, weil sie den Zugriff auf Natur nur als suchthafte Lust des Subjekts kennt und darin einen anspruchsvollen Bezug auf die Natur verfehlt. Ich habe auf diesen Punkt mehrfach hingewiesen.

Ob Opfer oder ironisches Urteil – ein rechtliches Begehen, welches sich gegen die Entfaltung der Differenz wendet, ist eine sinnlose Aussage, ein unendliches Urteil. Hier schließt sich der Kreis zur Diskussion des Verhältnisses von Geist und Natur. Wenn die Rechte in ihrer ironischen Distanz alles überfliegen, dann liegt darin der Grund für Nietzsches Lachen über die „großen Sprünge“ des Ich. Die schon bei Albers angeklungenen Ansatzpunkte für eine Begrenzung der rechtlichen Bindungskraft des Willens als (teilweise) Verabschiedung einer ironischen Urteilspraxis sind hier aus der thematischen Verbindung mit dem Vertragsrecht zu lösen und für die Diskussion der Rechte allgemein fruchtbar zu machen.

Das ist nur zu leisten, wenn die Kritik der ironischen Legalität auf die Form der Rechte selbst zurückwirkt. Denn das ironische Subjekt hat sein Urteilen im Modus der Legalität nicht einfach so, sondern das Recht bringt das Wollen des Subjekts im Recht selbst hervor, indem es dem Wollen eine Form gibt. Was bedeutet dies für eine neue Form jenseits ironischer Legalität? Es bedeutet, dass das Recht die Verantwortung für den *eros der Rechte* übernehmen muss. Es trägt nicht die Verantwortung für die inhaltliche Ausgestaltung des Wollens, sondern für das, was über die Form ausgetragen werden kann. Dieser Gedanke ist dem bürgerlichen Recht eigentlich nicht so fremd. Das Begehen des Subjekts ist, jedenfalls dort, wo Rechte in Rede stehen,¹¹¹⁹ sein ureigenster Gegenstand. Im Verwaltungsrecht,

¹¹¹⁹ Nach dem Verwaltungsrecht haben die subjektiven Rechte sich nun auch das Strafrecht vorgenommen und zwar in Person von Hirsch (2021). Die liberale Utopie rückt damit näher, d. h. alles wird Vertrag.

§ 3. Ironie der Legalität

bei den Grundrechten, im gesamten Zivilprozess – alles dreht sich um das Begehrn des Subjekts.

Aber dieser Lusterfahrung der Rechte, steht eine andere Erfahrung entgegen, die Unlusterfahrung der Strafe. Im Begriff (Un-)Lust kreuzen sich die dogmatischen Fächer. Denn beide Zugriffe auf die Lusterfahrung des Subjekts, privatautonome Dispositionslust und Kriminalstrafe, sind auf die Natur des Subjekts gerichtet. Darin liegt das doppelte Naturverhältnis ironischer Freiheit: Lusterfahrung in der Disposition, Unlusterfahrung in der intentionalen Einwirkung auf die Natur des Subjekts durch die Strafe. Um diesen Zugriff des liberalen Rechts auf die Natur vollständig darzustellen, werde ich kurz auf die Strafe und die darin praktizierte Unlusterfahrung eingehen.

a. *Brothers in Crime – Brüder im Nebel*

Das Strafrecht ist in doppelter Hinsicht an die Ironie gebunden. Einerseits kann man sich zu den strafrechtlichen Normen ganz im Sinne ironischer Legalität verhalten, d. h. im Sinne Brandoms in *entfremdeter Art* und zwar dann, wenn man den Normen zwar äußerlich folgt (ggf. aus Sorge vor Strafe), diese aber nicht zur Triebfeder des eigenen Handelns erhebt. Das gilt selbst noch für den Moment eines Strafausspruches. Im Falle einer Verurteilung hat sich das Subjekt zwar ganz praktisch für seine „Handlung“ zu verantworten, aber schon mit der Urteilsverkündung kann das Subjekt die ironische Spannung wieder aufbauen, denn es muss keine Reue zu zeigen, sondern allein den Urteilsspruch zur Kenntnis nehmen.¹¹²⁰ Bisherige Versuche, eine (rechtliche) Reue in den Strafprozess zu implementieren, waren erfolglos. Zu weiteren Handlungen im Rahmen des Prozesses wird das Subjekt nicht gezwungen. Dieser Aspekt des Verhältnisses von Strafe und Ironie wird mich im Folgenden nicht weiter interessieren.

Interessanter ist es jedoch, die Strafe als die Existenzbedingung ironischer Freiheit zu verstehen. Die Strafe ist darin nicht das Andere der Ironie, sondern die Bedingung ihrer Möglichkeit. Nicht

¹¹²⁰ Hirsch geht von der Möglichkeit einer rein rechtlichen Reue aus. Dies wird m. E. aber durch das Verwischen des Unterschieds zwischen Verständnis in die rechtliche Bewertung und (moralische) Einsicht der Richtigkeit der Normen erkauft. Vgl. dazu Hirsch (2021), S. 229, Fn. 105.

umsonst sind die Grenzen der (grund-)rechtlichen Freiheiten häufig durch das Strafrecht markiert. Man kann hier schöne Begriffspaare bilden, z. B. Meinungsfreiheit und Beleidigungsdelikte, Eigentumsfreiheit bzw. Privatautonomie und Vermögensdelikte (Diebstahl, Betrug, Raub), Handlungsfreiheit und Nötigung. Zu jeder Freiheit findet sich ein passender Straftatbestand, das Strafrecht ist die Kehrseite der bürgerlichen Freiheiten. Diese Einsicht in eine gegenseitige Verwiesenheit von Strafrecht und Freiheitsrechten hatten wir schon dem Zitat *Benno Zabels* entnommen, wonach das Strafrecht fortlaufend zur Sittlichkeitproduktion – und das bedeutet hegelianisch gesprochen zur *Freiheitsproduktion* – berufen ist.

Aber die Mängel des ironischen Freiheitsbegriffs schlagen auch hier voll durch, nämlich der Zugriff auf die Natur. Denn schon eine ganze Generation bevor der Philosoph Ludwig Feuerbach das sinnliche Wesen in seiner Auseinandersetzung mit Hegel „entdeckte“ und zur Befreiung desselben aufrief, hatte sein Vater, Strafjurist und Rechtsphilosoph, Paul Johann Anselm von Feuerbach, das sinnliche Wesen schon längst für das Strafrecht nutzbar gemacht. Diese „sinnliche Familie“ Feuerbach war von Anfang an mit einem Fluch belegt, den der Vater heraufbeschwore, als er mit der Sinnlichkeit des Menschen dessen schwächsten Punkt ausmachte, um diesen dann planmäßig zu exploitieren. Wenn es so etwas wie eine „Einheit der Rechtsordnung“ geben sollte, dann liegt sie in diesem instrumentellen Naturbegriff, ob als Lust an der Disposition im Sinne eines *Eros der Rechte* oder als Abschreckung des *sinnlichen Wesens* im Strafrecht. Dabei kommt der Feuerbach'sche Zwang gegen die Sinnlichkeit zunächst ganz aufgeklärt daher. Dieser Zwang werde, so Feuerbach Senior, zunächst nur angedroht. Bei einer Drohung kommt es auf die freie Entscheidung des Subjekts an, diese Drohung niemals aus der Latenz zu holen. Wohlwollend könnte man die Idee also so formulieren: Die Drohung mit dem Schmerz der Strafe, überwindet den Schmerz der Strafe. Die ursprüngliche Intention dieses Spiels mit der Latenz der Drohung möchte ich hier nicht bewerten, es hat den Strafschmerz, d. h. die intentionale Übelszufügung, jedenfalls bis heute nicht beseitigt. Vielmehr noch, es ist uns gleichsam eingeschrieben die Strafe als körperliches Übel zu denken.¹¹²¹ Für das Strafrecht und seinen Strafschmerz gilt die alte These Mc Luhans,

1121 Abraham (2018), Günther (2004) und Zabel (2025).

§ 3. Ironie der Legalität

denn auch hier gilt *the medium is the message*. Darin liegt der hier relevante Verstoß des Strafrechts, es verstößt gegen den hier eingeführten Begriff Leben, denn der Strafe ist das Opfer inhärent und das Opfer der Strafe ist der Täter. Diesen Gedanken kann man wiederum nur entlang der dem Strafrecht bis heute eigenen Theatralität¹¹²² erfassen.

Die szientistische Kälte, welche die Analysen des großen Strafrechtlers Günther Jakobs zu dem hier verhandelten Thema durchdringt, hat weniger mit einer wissenschaftlichen Objektivität zu tun denn mit der andächtigen Strenge eines Priesters kurz vor der rituellen Opferung. So operationalisiert er den Naturbegriff auf doppelte Art. Zunächst wird in der strafrechtlichen Zurechnung „Handlung von Natur getrennt“,¹¹²³ d. h. der Zufall begrifflich als Natur ausgeschieden. Denn verurteilt wird man nur wegen der „freien“ Handlungen, nicht wegen der „natürlichen“ Zufällen (man denke an Ödipus, wie hätte er es wissen sollen). In einem zweiten Schritt wendet Jakobs die im höchst aufwendigen Prozess strafrechtlicher Zurechnung ausgeschiedene Natur wiederum auf das Subjekt an, indem es, mit Feuerbach gesprochen, „den Regeln der Natur unterworfen“, d. h. auf seinen Leib, seiner Natur (heute in Form der Freiheitsstrafe), strafend zugegriffen wird.¹¹²⁴ Die Abspaltung der Natur ermöglicht erst deren Erscheinung. So dialektisch ist die Moderne. Wir haben diese Figur einer Aneignung durch Abspaltung schon bei Ernst Jünger festgestellt. Die zwangsläufige Erscheinung der zunächst verdrängten Natur im Strafschmerz ist schicksalhaft, d. h. wir sind in diesem Verhältnis zur Strafe unfrei.

Ist diese Trennung von Natur und Handlung in der strafrechtlichen Zurechnung und die anschließende Unterwerfung unter die Natur in der Strafe aber wirklich nötig bzw. ist sie vernünftig? Vernünftig ist jedenfalls die Kritik an der Strafe, wenn sie sich als Aufklärung über eine mythologische Praxis versteht, die Praxis der strafrechtlichen Übelzufügung, die planmäßige Unterwerfung eines Subjekts unter die Regeln der Natur. Die vermeintlichen Gründe für diese bis heute gängige Praxis sind so verschieden, wie je für sich

1122 Ich verwende diesen Begriff ausdrücklich in Abgrenzung zur (dramatischen) Tragödie, vgl. dazu Bayer (2021).

1123 Jakobs (2008a), S. 134.

1124 Jakobs (2008a), S. 134.

unhaltbar.¹¹²⁵ Man hat nicht wenig zur Verteidigung der Strafe ins Feld geführt: Vergeltung, Abschreckung, Normstabilisierung, Opferunterstützung, Reue, Triebabfuhr, Artikulation eines anthropologischen Strafbedürfnisses, neuerdings sogar (vermeintlich auf der Höhe der Soziologie): Strafe als Ausdruck von Resonanz.¹¹²⁶ Diese Aufzählung ist nicht abschließend, man wird sich immer neue Gründe für die Übelzufügung im Rahmen der Strafe einfallen lassen. Dabei soll nicht bestritten werden, dass sich mit der wechselnden Begründung der Strafe auch deren Form verändert. Aber sie ändert sich an einem entscheidenden Punkt nicht, nämlich der intentionalen Unterwerfung des Subjekts unter die Regeln der Natur. Welche Schlüsse sind daraus zu ziehen? Wir wollen die Strafe als Überstellung an die Natur nicht deshalb, weil sie vernünftig ist, sondern weil es dem instrumentellen, bürgerlichen Naturbegriff entspricht. Dieser Bezug der Strafe auf die Natur ist mythologisch geschickt abgesichert und deshalb, so die These, gar nicht auf dem Wege einer argumentativen Widerlegung der Straftheorien zu überwinden. Deshalb werde ich im Folgenden die Punkte benennen, an denen die Mythologie dieses schmerzhaften Naturbegriffs ins Strafrecht hineinragt.

Als Einstieg dient mir die Habilitationsschrift Bernhard Haffkes, in der er sich mit einer psychoanalytischen Kritik der Strafe auseinandersetzt, welche die Funktion der Strafe wesentlich über den Neid erklärt:

„Noch mobilisiert das Verbrechen unsere Affekte und Ängste, weil wir dem Delinquenten die Freiheit, die er sich gegenüber den sozialen Erwartungen herausgenommen hat, im Grunde neiden.“¹¹²⁷

Diese Kritik sieht die Strafe als klassisches Sühneopfer, in dessen ritueller Opferung das Gemeinwesen sich mit sich selbst versöhnt. Die Exponenten dieser Kritik, z. B. Eduard Naegeli oder Karl Menniger, arbeiten wenig überraschend aus einer christlichen Perspektive an einer Sublimierung des Opfers. Aber selbst wenn man diesen psychoanalytischen Ansatz nicht teilt, wendet er den Blick weg vom Täter, hin zur Gemeinschaft. Ernst Jünger hat diesen Zusammenhang betont, denn für ihn ist am „Morde nicht der individuelle Anteil

¹¹²⁵ Ausführlich gewürdigt hat das Abraham (2018).

¹¹²⁶ Rostalski (2024).

¹¹²⁷ Haffke (1976), S. 163.

§ 3. Ironie der Legalität

des Mörders gefährlich, sondern das Kollektive, das ihm mit allen anderen gemeinsam ist.“ Denn jeder Mord mache den Blick frei auf Gründe, „die alle bedrohen, weil sie in jedem verborgen sind.“¹¹²⁸ Erst von hier aus kann dann das Subjekt des Normbruchs überhaupt als Opfer der Gemeinschaft erkannt werden. Deutlich wird das in Shakespeares *Kaufmann von Venedig*.

Denn ohne hier den Inhalt des Stücks zu referieren, kommt es im Laufe der Handlung zu einer entscheidenden juristischen Operation. Der Kaufmann hat zwar das Recht auf ein Stück Fleisch seines Schuldners, allerdings nicht, so die Bedingung, auf das darin befindliche Blut. Eine unmögliche Operation. Denn diese Verweigerung des Zugriffs auf (christliches) Blut ist entscheidend. Denn offenbar ist es nicht jedermann verboten, sich ein Stück seines Schuldners bei dessen Nichtleistung aus diesem herauszuschneiden; verboten ist es aber dem Juden Shylock. Es besteht also zwischen Shylock und der christlichen Bevölkerung eine Differenz und diese Differenz sagt mit Blick auf die Frage, wer, wann, wo und wie Blut vergießen darf, etwas über die Strafe selbst aus.

Was hat nun das liberale Strafrecht mit dem Blutvergießen zu tun? Ich würde behaupten: eine Menge. Denn im Begriff Strafschmerz (wie er z. B. bei Jakobs prominent verwendet wird) ist die blutige Variante der Strafe noch aufbewahrt oder wie *Daria Bayer* festhält: „Auch ohne Geständnis und Todesstrafe wollen wir heute noch Blut sehen, zumindest in sublimierter, symbolisch gehegter Form [...].“¹¹²⁹ Wir haben diese Form des Blutvergießens heutzutage vermittelt, d. h., es sind verschiedene Vermittlungsschritte erfolgt, die Schmerzen werden nicht mehr unmittelbar, sondern auf Umwegen zugefügt. Das ist der zivilisatorische Punkt in der Freiheitsstrafe; Zivilisation heißt einfach nur: Vermittlungssteigerung. Aber man darf über jeden Fortschrittoptimismus nicht die Strafpraxis vergessen. Die Strafpraxis ist professionelle Leid- und Schmerzzufügung. Nichts anderes meint die Rede von der „Unterwerfung unter die Regeln der Natur“, man blutet, wenn man verletzt wird. Das ist die älteste Regel der Natur. Mehr kann man als leibliches Wesen den Regeln der Natur nicht unterworfen sein. Der Schmerz vergisst die Wunde, die Wunde das vergossene Blut nicht. Akzeptiert man diese These, wonach

1128 Jünger (1954), S. 66.

1129 Bayer (2025), S. 10.

im Strafschmerz das Blutvergießen aufbewahrt ist, ist ein weiterer Schritt zum Verständnis der mythologischen Praxis des Strafens erforderlich. Denn das Blut wird nicht einfach nur vergossen. Das wäre aus mythologischer Perspektive auch eine unverzeihliche Verschwendug, sondern es muss sich rituell angeeignet werden.

Einer der hellsichtigsten Denker in diesem Zusammenhang ist Einar Schleef. Denn er verbindet zwei Aspekte miteinander, die das heutige Strafrecht verkörpern, den Chor und die gemeinsame Drogeneinnahme in Form des Blutes. Der Chor ist eindeutig charakterisiert:

„Figuren rotten sich zusammen, stehen dicht bei dich, suchen Schutz beieinander, obwohl sie einander energisch ablehnen, so, als verpeste die Nähe des anderen Menschen einem die Luft. Damit ist die Gruppe in sich gefährdet, sie wird jedem Angriff auf sich nachgeben, akzeptiert voreilig angstvoll ein notwendiges Opfer, stößt es auf, um sich freizukaufen. Obwohl sich der Chor des Verrats bewußt ist, korrigiert er seine Position nicht, bringt vielmehr das Opfer in die Position des eindeutig Schuldigen. Das ist nicht nur ein Aspekt des antiken Chors, sondern ein Vorgang, der sich jeden Tag wiederholt.“¹¹³⁰

Der Chor erhält sogar eine formelle Inkorporation in den Strafprozess, denn das „Urteil ergeht im Namen des Volkes“, § 286 Abs. 1 Strafprozessordnung. Aber mit dem Chor ist nur die erste Bedingung dieses mythologisch-rituellen Vollzuges beschrieben. Denn zum Chor gehört für Schleef noch mehr. „Drogeneinnahme und Chor-Bildung gehören zusammen, bedingen einander.“¹¹³¹ Denn die Droge, so Schleef, ist notwendig, um eine gesellschaftliche Utopie zu verwirklichen und dieses Abendmahl-Motiv lässt seit 2000 Jahren eigentlich nur eine Substanz als Droge zu, das Blut.¹¹³²

Aus dieser Perspektive ist die Rede vom Strafschmerz die letzte mythologische Bastion einer Erinnerung an die Möglichkeit rituellen Blutvergießens. Ist das Strafrecht also der letzte Gesamt-Chor der BRD? Das wäre nicht weit von der bereits mehrfach erwähnten Einschätzung des Strafrechts als Kohärenzstrafrecht entfernt. Vielleicht müsste man diese rationale Erzählung von der kohärenzstiftenden Funktion des Strafrechts, um die soeben eingeführte, etwas

1130 Schleef (1997), S. 14.

1131 Schleef (1997), S. 18.

1132 Schleef (1997), S. 7.

§ 3. Ironie der Legalität

düstere, mythologische Erzählung, ergänzen. Die ungeheure Spannkraft, der es bedarf, um mit dem Strafrecht die ihm aufgebürdete Kohärenz herzustellen, muss sich möglicherweise mythologischen Materials bedienen. Dazu gehörte die Geschichte vom blutigen Opfer, das wir noch in der Rede vom Strafschmerz wiederentdecken können und uns deshalb auch des Strafschmerzes nicht entledigen können. Man sollte sich gelegentlich an die Aufschrift auf einem Aktenordner des Kölner Erzbistums erinnern. Denn auf diesem für die Missbrauchstäter ordnungsgemäß angelegten Ordner stand folgende sehr instruktive Aufschrift: *Brüder im Nebel*. Möglicherweise überfordert diese radikale Haltung, den bzw. die andere(n) als Bruder bzw. Schwester zu sehen, eine ausdifferenzierte, hochmoderne Gesellschaft. Die Bruder- oder Schwesternschaft ruft zwar auch noch leise die Erinnerung an ein Naturverhältnis (das Geschwisterverhältnis) wach. Aber diese Brüder sind Brüder im Geiste und dazu: im Nebel. Die Überlegungen Brandoms zum *Vertrauen* dürften hier an der richtigen Stelle verortet sein.¹¹³³

b. *Eigentum, Opfer, Pöbel*

Kehren wir zurück zur Frage nach der *Lust der Rechte*. Ich erläutere die relevanten Probleme anhand des subjektiven Rechts schlechthin, dem Eigentum. Denn im Eigentum kreuzt noch ein drittes Naturmoment die Konstellation. Nicht nur die Lust des Subjekts und die äußerliche Begrenzung derselben im Strafschmerz (Stichwort: Diebstahl) spielen hier eine Rolle, sondern auch die Bearbeitung der äußeren, ersten Natur. Da in jüngerer Zeit wieder vermehrt die Frage des Eigentums diskutiert wird,¹¹³⁴ greife ich diese Diskussion zum Abschluss dieser Arbeit auf und verbinde diese einerseits mit Anregungen Ernst Jüngers und andererseits mit einer entschiedenen Einsicht, die in der Rechtstheorie der DDR gewonnen wurde. Beginnen werde ich mit der eingangs zitierten Aussage Kalthönners. Denn seine Verteidigung des liberalen Rechts stützt er ausdrücklich auf den Gedanken, Rechtsinstitute wie das Eigentum, würden Handlungen ermöglichen. So schreibt er, dass

1133 Eine Rezeption Brandoms für die Straftheorie steht noch aus, hätte sich aber gut eingefügt in das Konzept einer Refiduzierung bei Abraham (2018), S. 267–269.

1134 Angebauer/Blumenfeld/Wesche (2025).

„das Recht Handlungen ermöglicht, zeigt sich insbesondere an [...] den verschiedenen Rechtsinstituten, wie dem Eigentum, das auf dem Boden relativ klarer Zuordnungsregeln errichtet ist.“¹¹³⁵

Das Eigentum steht also auf dem Boden klarer Regeln. Rhetorisch belehrt Kalthöner hier geschickt den *grundsoliden Klang*, der im Wort „Boden“ mitschwingt. Aber damit nicht genug. Auf diesem soliden Grund werden nun *relativ klare Zuordnungsregeln* errichtet. Ist also alles solide, klar und deutlich im Reich des Eigentums? Oder käme es nicht auf die präzisere Frage an, *welches* Eigentum, d. h. welche Eigentumsform, uns die von Kalthöner beschriebenen Handlungen ermöglicht?

Aber um dem erwartbaren Einwand der Verflüssigungsromantik direkt entgegenzutreten, sei gesagt: Dem Wunsch nach einer eindeutigen Zuordnung körperlicher Gegenstände, ist gar nicht zu widersprechen. Doch alleine eine solche Zuordnung ermöglicht dem Subjekt noch keine Handlung. Dass eine verlässliche Strukturierung der Dinge im Raum mir als Subjekt eine Orientierung erlaubt, Möglichkeiten zur Entäußerung in und Aneignung von Welt bietet sowie in gewissen Grenzen Verantwortlichkeiten regelt, ist nicht zu beanstanden. Damit ist aber noch nicht sonderlich viel darüber gesagt, welche Lebensform diese „relativ klaren Zuordnungsregeln“ des Eigentums uns ermöglichen. Betrachten wir daher zur Erhellung des Problems die einschlägige Norm, § 903 S. 1 BGB:

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Zunächst lässt der Regelungsort erkennen, dass es sich um (1) Privateigentum handelt. Wir haben (2) den Eigentümer, d. h. das Subjekt des Eigentums und (3) eine Sache, Gegenstand des Eigentums. Wir haben (4) das Recht des Eigentümers, mit der Sache nach Belieben zu verfahren und andere auszuschließen. Dem kann höchstens (5) das Gesetz oder (6) Rechte Dritter entgegenstehen. An welchem Punkt muss also die hier entwickelte Kritik der Legalität ansetzen, um die ironische Struktur liberaler Rechte aufzubrechen? Ich beginne bei der Kategorie des Privateigentums.

1135 Kalthöner (2021), S. 146.

§ 3. Ironie der Legalität

Es gibt im deutschen Recht *ausschließlich* Privateigentum. Da es neben dem Privateigentum kein anderes Eigentum gibt, ist § 903 BGB mit *Eigentum* überschrieben, kurz: Das Eigentum nach deutschem Recht ist das Privateigentum. Wer Privateigentum sagt, legt dadurch nahe, es gäbe noch eine andere Art des Eigentums. Diese andere Art des Eigentums gibt es aber im positiven Recht nicht. Das kann man als „monistischen Eigentumsbegriff“ des deutschen Rechts bezeichnen. Von dieser Frage des Privateigentums strikt zu trennen, ist die später noch zu behandelnde Frage, *wer* Eigentümer einer Sache sein kann. Diese Frage betrifft die Subjektposition des Eigentümers. Der Staat kann z. B. Eigentümer sein, ohne darin die Form des Privateigentums zu überschreiten. Bloß weil kein Individuum (juristisch: eine natürliche Person) Eigentümer ist, ändert sich nicht die Form des Privateigentums.

Allerdings ist es nicht ganz richtig, dass es im deutschen Recht keine andere Form als die des Privateigentums gäbe bzw. gegeben hat und zwar aus zwei Gründen. Ersten wegen § 4a des Hamburgischen Wassergesetzes und zweitens wegen den §§ 17 ff. des Zivilgesetzbuches der DDR. Beide Gesetze sehen einen anderen Eigentumsbegriff vor, der dem in § 903 BGB unterschieden ist. Zunächst zu § 4a HaWG. Diese Norm des Hamburgischen Landesrechts stellt in § 4 a Abs. 1 S. 1 HaWG fest, dass bestimmte Hochwasserschutzanlagen in *öffentlichen Eigentum* stehen. Die Existenz dieser Rechtsform eines „öffentlichen Eigentums“ wird von der Norm vorausgesetzt, der folgende zweite Absatz stellt noch einmal fest, was diese Rechtsform ausmacht:

„Das öffentliche Eigentum begründet eine hoheitliche Sachherrschaft. Die in öffentlichem Eigentum stehenden Gegenstände sind dem Rechtsverkehr entzogen. Die Vorschriften des bürgerlichen Rechts, insbesondere über den Besitz und das Eigentum, werden nicht angewendet.“¹¹³⁶

Die Norm hat ausweislich ihres Normtextes überwiegend negierenden Charakter, da sie sich gegen die Anwendung der Vorschriften des bürgerlichen Rechts stellt. Der zweite Satz hält insbesondere fest, dass die Gegenstände des öffentlichen Eigentums *extra commercium* sind. Eine Erklärung darüber, was das öffentliche Eigentum jenseits

¹¹³⁶ § 4a Abs. 2 HaWG.

einer hoheitlichen Sachherrschaft genau sein soll, bleibt die Norm jedoch schuldig. Insofern ist *Hans-Jürgen Papier* zuzustimmen, der erklärt, es handele sich bei der Einführung dieses „öffentlichen Eigentums“ Mitte der 1960er Jahre um einen „Etikettenschwindel“, sei doch nicht klar, wodurch der Begriff des öffentlichen Eigentums, jenseits der Abgrenzung zum bürgerlichen Recht, rechtlich strukturiert sei.¹¹³⁷ Es wäre sicherlich lohnenswert, diese Rechtsform des öffentlichen Eigentums mit einigen rechtlichen Bestimmungen zu versehen und dadurch überhaupt erst zum Leben zu erwecken. *Ernst Forsthoff*, ebenfalls kein Freund der Rechtsform des öffentlichen Eigentums, verwies im Zuge dieser Diskussion auf einen Artikel des Schweizer Zivilgesetzbuches (Art. 664 S. 2), wonach an öffentlichen Gewässern und kulturunfähigem Land kein „Privateigentum“ bestehen kann.¹¹³⁸ Dass diese Abkehr vom Privateigentum nicht unbedingt förderlich sein muss, zeigt der nächste Satz der Norm, wonach das kantonale Recht über die „Aneignung des herrenlosen Landes, die Ausbeutung und den Gemeingebräuch der öffentlichen Sachen“ entscheidet. Es scheint dasselbe Problem wie beim Hamburger Wassergesetz zu bestehen: Ohne eine Festlegung darüber, was öffentliches Eigentum ausmacht, setzt sich die Logik des Privateigentums in der Ausübung des „öffentlichen Eigentums“ durch. Es gibt, so ist festzuhalten, bislang kein Konzept des öffentlichen Eigentums im bundesdeutschen Recht (zum Eigentum an öffentlichen Sachen sogleich), da es kein nennenswertes öffentliches Eigentum in der deutschen Rechtsordnung gibt.

Neben dem Schweizer Zivilgesetzbuch und § 4a des HaWG kannte auch das Zivilgesetzbuch der DDR einen dualistischen Eigentumsbegriff. Die §§ 17 ff. regelten dort das „sozialistische Eigentum“, welches in § 18 Abs. 1 ZGB als das „Volkseigentum, das Eigentum sozialistischer Genossenschaften und das Eigentum gesellschaftlicher Organisationen der Bürger“ beschrieben wird. Sinn und Zweck des sozialistischen Eigentums war es gem. § 17 ZGB, die ökonomische Grundlage für die materielle und kulturelle Entwicklung von Gesellschaft und Bürgern bereitzustellen. Die §§ 19 – 21 ZGB stellen dann eine Trias aus Befugnis, Schutz und Benutzung dieser neuen Eigentumsform auf. Wenn der Zweck in der Beförderung der „schöpferi-

1137 Papier (1984), S. 8.

1138 Forsthoff (1966), S. 350.

§ 3. Ironie der Legalität

schen Kräfte“ (§ 17 Abs. 2 ZGB) liegt, dann kann die Befugnis zum Umgang nur an diesem Zweck orientiert sein. Ähnlich wie in § 4a HaWG und Art. 664 des Schweizer ZGB ist auch nach § 20 Abs. 3 ZGB die Schutzfunktion als Veräußerungsverbot ausgestaltet, während § 21 ZGB einen Nutzungsanspruch der Bürger konstituiert. Erst diesem sozialistischen Eigentum ist dann das persönliche (nicht das private) Eigentum nachgeordnet: „Das sozialistische Eigentum, seine Mehrung und sein Schutz sind Grundlage für die Entwicklung des persönlichen Eigentums.“ (§ 22 Abs. 1 S. 1 ZGB). Dieses persönliche Eigentum war dann wiederum auf bestimmte Gegenstände begrenzt, z. B. Arbeitseinkünfte, Gegenstände des persönlichen Bedarfs oder das Wohneigentum. Die Absicht ist bekannt, es galt, das Eigentum an Produktionsmitteln gerade nicht mehr als Privateigentum auszustalten.

Bietet sich eine solche Differenz im Eigentumsbegriff, entweder in öffentliches und Privateigentum bzw. sozialistisches und persönliches Eigentum auch heute noch an? Diese Frage werde ich am Ende noch einmal aufgreifen. Denn ohne einen Blick auf das Subjekt und sein Urteilen zu werfen, kann die Frage nach der Sinnhaftigkeit eines dualistischen Eigentumsbegriffs nicht beantwortet werden. Klar ist aber, dass die Spaltung des Eigentumsbegriffs nur dann überhaupt im Sinne der hier vorgebrachten Kritik erfolgreich sein kann, wenn sich in ihr ein anderer Freiheitsbegriff zeigt. Dieser ist aber, auch das habe ich bereits mehrfach betont, von einem zugrunde liegenden Naturbegriff nicht zu trennen. Wenn am Ende doch wieder nur ein instrumenteller Zugriff auf Natur abgesichert wird, auf fremde Sterne also nun wieder unter Anleitung des Staates, statt unter dem Kommando Elon Musks eingestürmt wird, dürfte wenig mit einer weiteren Eigentumsform gewonnen sein. Solange man also annimmt, dass „Maschinen [...] neutral den Klassen gegenüber sind, wie die Sprache, und ebenso einem kapitalistischen System wie einem sozialistischen dienen können“,¹¹³⁹ sollte man sich nicht allzu viel von der Einführung einer weiteren Eigentumsform erwarten.

Verbleiben wir bei § 903 BGB, so wird deutlich, dass grundsätzlich jede Person Eigentum erlangen kann, auf die faktische Erlangung desselben kommt es nicht an. Aber neben einzelnen Personen kommt eine Vielzahl anderer Subjektkonstellationen im Rahmen des

¹¹³⁹ Stalin (1968), S. 26.

Privateigentums in Frage: Miteigentum, Gesamthandseigentum bei Gesellschaften, in der Ehe, die Miterbungsgemeinschaft oder die neue Form eines Verantwortungseigentums.¹¹⁴⁰ Auch öffentlich-rechtliche Körperschaften können Eigentümer im Sinne des Gesetzes sein. Sie sind z. B. Eigentümer von Sachen im Gemeingebräuch (Straßen, Plätze etc.),¹¹⁴¹ aber als Eigentümer im Sinne von § 903 BGB. Darin liegt der Unterschied zum „öffentlichen Eigentum“, welches nicht an diese Norm gebunden ist. All diesen Subjekten ist jedenfalls eigen, dass sie einen Willen bilden können und in der Lage sind, ihr Eigentumsrecht zu artikulieren, d. h. auszuüben.

Gegenstand des Eigentums ist jede *Sache*. Darin zeigt sich die Differenz zum Zivilrecht der DDR. Denn § 903 BGB erlaubt ohne Weiteres das Eigentum auch an Produktionsmitteln, welches in der DDR nach § 18 Abs. 2 i. V. m. § 23 ZGB ausgeschlossen war. Aber diese Fragen sind vorliegend nur mittelbar von Bedeutung, die Kritik der Legalität setzt nicht bei der Einschränkung des Privateigentums zugunsten einer kollektiven Eigentumsform an, sondern bei einer Begrenzung des Eigentums durch die Rechte Dritter und das dem Eigentümer eingeräumte „Belieben“ im Umgang mit der Sache, noch einmal der entsprechende § 903 S. 1 BGB:

„Der Eigentümer einer Sache kann, soweit nicht das Gesetz oder Rechte Dritter entgegenstehen, mit der Sache nach Belieben verfahren und andere von jeder Einwirkung ausschließen.“

Diese beiden Punkte die Rechte Dritter und das willkürliche Verfügen über die Sache, sind zusammenzulesen. Dogmatisch sind die im Gesetz genannten Rechte Dritter eng begrenzt und betreffen beschränkte dingliche Rechte an der Sache, z. B. Nießbrauch an einem Grundstück oder Pfandrechte an einer Sache. Verlassen wir aber den engen dogmatischen Zugriff auf diese in § 903 S. 1 BGB erwähnten Rechte Dritter, dann bieten sich uns andere Perspektiven, z. B. die Lektüre des Hegel'schen Notrechts bei Thomas Khurana und die Deutung des Hegel'schen Pöbels durch Frank Ruda. Beide Ergebnisse dieser Lektüren gehören zusammen, denn dort zeigt sich für Khurana 1. ein *Recht des Lebens* gegen das *formale Recht des Eigentümers* und für Ruda 2. ein *unendliches Urteil des Pöbels*, wel-

¹¹⁴⁰ Reiff (2024).

¹¹⁴¹ MüKoBGB/Brückner, 9. Aufl. 2023, BGB § 903 Rn. 16–19.

§ 3. Ironie der Legalität

cher sich in dieser Urteilsform den üblichen Kategorien des liberalen Rechts entzieht.

Khurana sieht in dem Hegel'schen Begriff der Rechte eine Spannung angelegt und zwar im Hegel'schen Absatz zum Notrecht, § 127 der *Grundlinien*. Dieses Notrecht soll der Lebensgefahr des Einen ein Recht des Lebens gegen das Recht des Eigentümers einer Sache geben, stünde doch einerseits im Falle des Todes die „totale Rechtslosigkeit“¹¹⁴² (wie soll man den Tod besser beschreiben?) gegen die Verletzung eines einzelnen Rechts des Eigentümers. Gegen ein „Recht auf Rechte“ möchte Khurana hier also ein Recht gegen Rechte, ein Recht des Lebens gegen das formelle Recht des Eigentümers setzen. Das bürgerliche Recht kennt diese Konstellation des Notrechts bis heute, geregelt direkt nach dem Eigentum in § 904 S. 1 BGB:

„Der Eigentümer einer Sache ist nicht berechtigt, die Einwirkung eines anderen auf die Sache zu verbieten, wenn die Einwirkung zur Abwendung einer gegenwärtigen Gefahr notwendig und der drohende Schaden gegenüber dem aus der Einwirkung dem Eigentümer entstehenden Schaden unverhältnismäßig groß ist.“

Und Khurana erkennt auch die Schwäche dieses Notrechts, denn einerseits ist es nur ein Notfall-Recht und andererseits ist es selbst wiederum ein individuelles, subjektives Recht, welches sich nur auf eine konkrete Situation und auf eine konkrete Person beziehen kann. Das liberale Recht individualisiert den Konflikt strukturell:

“In this sense, this ‘right against rights’ does not concern a more general entitlement to sustainable conditions of living, independent of immediate threats to survival, and it does not concern our collective and shared right to such conditions.”¹¹⁴³

Diese Konstellation erinnert an die Analyse Frank Rudas zu *Hegels Pöbel*. Denn auch dort produzieren die Eigentumsverhältnisse einen menschlichen Rest, der nach Rudas Lesart ein Recht auf Subsistenz einklagt, ohne dies in der klassischen Rechtsform des individuellen Anspruchs artikulieren zu wollen. Der Pöbel formuliert gerade keinen Anspruch auf Mundraub (in Köln: Fringsen) oder Sozialhilfe, sondern er verweigert sich den Urteilsformen des Rechts. Es han-

1142 Hegel (1986b), § 127.

1143 Khurana (2022b), S. 162.

delt sich weder um ein positives Urteil im Sinne eines Anspruchs („Dies steht mir zu“) noch um das einfach-negative Urteil, mit dem ein Rechtsanspruch bestritten wird. Es handelt sich auch nicht um die unendlichen Urteile von Verbrechen und Betrug, d.h. weder um ein „negativ-unendliches Urteil [...] – er ist kein Verbrecher – noch ein positiv-unendliches Urteil, sondern vielmehr eine Art *unendlich-unendliches Urteil [...]*.¹¹⁴⁴ Der Pöbel stelle sich mit diesem unendlich-unendlichen Urteil ins Un-Recht, denn das „Recht ohne Recht des Pöbels ist ein Un-Recht in der Weise, dass es noch die Unterscheidung von Recht und Unrecht unterminiert [...].“¹¹⁴⁵ Gleichzeitig handele es sich um ein Recht, „das die bestimmungslose Vorhandenheit als einzigen Ausgangspunkt nimmt [...].“¹¹⁴⁶ Darin ist nichts anderes zu sehen, als ein Aufbegehren des Lebens gegen das formale Recht des Eigentums.

Das Recht des Lebens im Sinne Khuranas und das unendlich-unendliche Urteil des Pöbels im Sinne Rudas, sind der Einspruch des Lebens gegen das Recht in nicht mehr rein rechtlicher Form. Deshalb kann das Recht sie auch nicht verstehen, sie können an die Kommunikation des Rechtssystems nicht anschließen, für das Recht sind sie *sinnlos*. Das Recht kann zwar die Performanz dieses Einspruches vernehmen, allerdings nur als Verbrechen, d.h. als vermeintlich negativ-unendliches Urteil über das Recht. Aber dieser Einspruch möchte kein Einspruch gegen die Sphäre des Rechts als solche sein, sondern gegen *diese* rechtliche Ordnung. Indem der Liberalismus diesen Punkt übersieht, immunisiert er sich gegen jede wahrhafte Kritik mit den Mittel des Strafrechts. Kritik an den Rechten wird so zur Kritik an den Rechten *an sich* imaginert. Nirgends ist der Liberalismus ideologischer als an dieser Stelle. Es mag ein Recht auf Rechte geben, der Liberalismus kennt aber nur *sein Recht* auf subjektive Rechte.

Worauf kann aber ein nicht mehr nur formales Recht des Eigentums gegründet werden, welches die Einsprüche Khuranas und Rudas vernehmen kann? Ernst Jünger hatte für ein neues Naturverhältnis unter dem Begriff des Elementaren geworben, denn in dieses Elementare sei der Arbeiter existenziell einbezogen. Jedenfalls

1144 Ruda (2011), S. 199.

1145 Ruda (2011), S. 200.

1146 Ruda (2011), S. 200.

§ 3. Ironie der Legalität

kann eine Einbettung des Menschen in die Natur nicht geleugnet werden, wir sind auch Teil der Natur und an sie gebunden. Aber Jünger versteht dasjenige, worin wir einbezogen sind, falsch. Für ihn sind wir allein einem Prozess der Verschmelzung aus Technik und natürlichen Mächten unterworfen und zwar unter dem Primat der Notwendigkeit, des Schicksals und damit des Opfers. Dieser Naturbegriff ist für einen ehemaligen Stoßtruppführer biographisch erklärbar, gedanklich ist er, gelinde gesagt, nicht zwingend. Aber richtig bleibt die Betonung einer elementaren Einbezogenheit, die gegen ein liberales, d. h. ironisches Verhältnis zur Natur in Stellung gebracht wird. Jünger bestimmt lediglich den Ansatzpunkt der Kritik falsch, indem er den Vertrag der elementaren Einbeziehung entgegenstellt. Denn noch dem bürgerlichen Vertrag lag das Opfer zugrunde. Aber gäbe es nicht auch einen Vertrag ohne Opfer? Eine Rettung des Vertrages, wie Gregor Albers sie vorzunehmen versucht?

Dazu muss man festhalten, was der Vertrag überhaupt bewirkt. Im klassisch-liberalen Verständnis *begründet* der Vertrag ein Rechtsverhältnis, welches zuvor nicht bestand. In den Worten der Zivilrechtswissenschaft: „Regelmäßig können Schuldverhältnisse ohne Weiteres [!] durch Vertrag begründet werden, § 311 I (sog. Vertragsfreiheit).“¹¹⁴⁷ Hier ist die Kritik *Gregor Albers* zu verschärfen. Albers schlug vor, die Bindungskraft rechtlichen Wollens abzuschwächen, d. h. den Willen u. a. mit Blick auf die Möglichkeit einer Selbstverpflichtung zeitlich zu begrenzen.¹¹⁴⁸ Das begrenzt die „sog. Vertragsfreiheit“ in quantitativer Hinsicht. Genügt das? Indem für die Zivilrechtsdogmatik ein Rechtsverhältnis „ohne Weiteres“ (!) durch Vertrag begründet werden kann, so zeigt sich in diesem lapidaren Attribut das ganze Problem der Ironie. In dem „ohne Weiteres“ liegt die ganze abstrakte Urteilspraxis schlechter Unendlichkeit. Verschärft wird die Kritik Albers’ daher, wenn man die Verpflichtungskraft des Willens auch in qualitativer Hinsicht einschränkt. Das gelingt, indem man im Vertrag nicht die *Begründung* eines Verhältnisses sieht, sondern lediglich dessen *Ausgestaltung*. So sahen es Teile der sozialistischen Kritik am Vertragsrecht. Nach *Oberländer* kann der

1147 Medicus/Petersen (2024), S. 41.

1148 Mit Konsequenzen einer zeitlichen Begrenzung für das Erbrecht vgl. Gosepath (2025).

Vertrag das ihm vorgängige Verhältnis nur gestalten,¹¹⁴⁹ nach *Posch* kann er dieses lediglich konkretisieren.¹¹⁵⁰ Dieses auszugestaltende Verhältnis, auf welches sich die Ausübung von Rechten überhaupt nur beziehen kann, ist unser gemeinsames (d. h. politisches) Verhältnis zur Natur und unser arbeitsteiliger Bezug auf diese. Genau davon muss man aber abstrahieren (wollen), wenn man „ohne Weiteres“ zwischen zwei Subjekten ein Vertragsverhältnis entstehen lassen möchte.

Zwar war die rechttheoretische Diskussion in der DDR jedenfalls in den Fällen latent kollektivistisch überdeterminiert, in denen die Rechte allein als Ausdruck ökonomischer Verhältnisse angesehen wurden.¹¹⁵¹ Die daraus gezogene Forderung „[d]er Gegensatz zwischen Individuum und Gesellschaft wird aufgehoben“¹¹⁵² soll allerdings nicht übernommen werden. Die These Poschs und Oberländers von der qualitativ begrenzten Wirkungskraft des Vertrages ist davon jedoch nicht betroffen, sondern bleibt ein gewichtiger Einwand, der sogar noch auszuweiten ist. Er gilt nicht nur für den Vertrag, sondern für jedes subjektive Recht, nicht zuletzt für das Eigentumsrecht in § 903 BGB. Denn die Rechte Dritter sind diejenigen Umstände, von denen man nach der liberalen Rechtswissenschaft mit dem Vertrag so kühn und „ohne Weiteres“ zu abstrahieren vermag. Versteht man diesen „Dritten“ im Vertrag weiter als es die Dogmatik tut, d. h. im Sinne Khuranas und Rudas, dann steht jedes rechtliche Urteil eines Subjekts unter dem Vorbehalt, dass es nicht von dem abstrahiert, was es ermöglicht. Tut es dies dennoch, handelt es sich bei diesem Urteil um eine unsinnige Aussage, ein negativ (oder positiv) unendliches Urteil, bei dem Subjekt und Prädikat unwiderruflich auseinanderfallen, nämlich in das Recht und das Recht auf Leben.

c. Eros der Rechte

Daraus erwächst ein Anspruch der Kritik. Die Rechte können ein gesellschaftliches Verhältnis gestalten, aber nicht begründen. Genau

1149 Oberländer (1961), S. 14.

1150 Posch (1959), S. 838.

1151 Zum Wiederaufleben des subjektiven Rechts mit Einführung des ZGB vgl. Zabel (2018), S. 158.

1152 Posch (1959), S. 841.

§ 3. Ironie der Legalität

darin liegt die Ironisierung der (ironischen) Rechte. Denn die Verstellung der Verstellung bewirkt nicht die Aufhebung der Rechte, sondern deren Korrektur. Das zwingt die Rechte zu einer Selbstreflexion, die nicht schon in ihrer Materialisierung liegt, sondern im Blick auf das Verhältnis, welches den Rechten zugrunde liegt, zu suchen ist. In der Diskussion des Eigentums ist das allein über eine Verdoppelung des Eigentumsbegriffs in Privat- und Gemeineigentum wohl nicht zu leisten. Denn es ist juristisch recht einfach, einen Gegenstand dem ironischen Urteil des Privatrechts zu entziehen. Allein diese Verschiebung löst das Problem nicht, wenn nicht gleichzeitig die Urteilspraxis des handelnden Subjekts verändert wird, sei es eine natürliche oder eine juristische Person, z. B. der Staat.

Die Urteilspraxis des Subjekts hängt mit etwas zusammen, was ich als den eigentlichen Grund der Rechte bezeichnet habe, es ist die Lust des ironisch disponierenden Subjekts. Loick kam dem Problem auf anderem Wege sehr nahe, als er dem Recht statt dem kantischen Rechtszwang, die Freude entgegenhalten wollte. Nicht mehr der Zwang sollte herrschen, sondern die Freude an der Gesetzesbefolgung; ich habe diesen Punkt ausführlich diskutiert.¹¹⁵³ Darin berührt Loick ohne die hier entwickelten Zusammenhänge vorauszusetzen zwei entscheidende Fragen: Was ist der Zentralbegriff des liberalen Rechts und was setze ich diesem Konzept entgegen? Loick sah den Zentralbegriff des Rechts im „Zwang“ und wollte diesen Zwang mit dem Konzept Freude überwinden. Aber dem rechtlichen Zwang die Freude an der Gesetzesbefolgung entgegenzuhalten, geht fehl. Denn der Kern des liberalen Rechts ist nicht der Rechtszwang, sondern die ironische Lust. Diese Kategorie der Lust kann gegen den Liberalismus selbst gewendet werden, indem man statt der Lust das griechische Wort *eros* verwendet. Denn der griechische Begriff verweist, anders als der deutsche Begriff, eindeutig auf eine Form der Liebe. Im Ergebnis hat Marietta Auer durchaus Recht, indem sie sagt, „Privatrecht ist doch wie Liebe.“¹¹⁵⁴ Setzt man also beim Begriff des *eros* an, liegt die kritische Operation in einer Transformation des Liebesbegriffes, der dem Recht zugrunde liegt.

1153 Vgl. in dieser Studie, § 2 II. Nr. 3, „Freude statt Zwang“.

1154 Auer (2017), S. 117 [Hervorhebung im Original]. Ich danke Jakob Knapp für seinen Hinweis auf diese Textstelle.

Genau eine solche Verschiebung macht Žižek zu Recht in Wagners *Ring* aus, wenn er dort die Verwandlung des *eros* zur *agape* abgebildet sieht. Denn im *Ring* kann die erotische Liebe das Gesetz nicht überwinden,¹¹⁵⁵ genau wie die Lust des bürgerlichen Rechts nicht bei sich bleiben kann, seriell ist und schließlich melancholisch wird. Die Transformation der Lust zur *agape* scheint hier im Recht wie im *Ring* nötig zu sein, denn „Agape ist das, was bleibt, nachdem wir die Konsequenz des Scheiterns des *Eros* angenommen haben.“¹¹⁵⁶ In der Frage der Rechte haben wir dieses Scheitern ironischer Lust als *Eros der Rechte* ausführlich nachvollzogen. Der *Eros der Rechte* muss abgelöst werden und er wird abgelöst werden durch eine *agape*. Denn zwischen *eros* und *agape* besteht ein relevanter Unterschied: Der *eros* bezieht sich auf die Spezies, die *agape* bezieht sich auf die Gattung, die, wie Žižek es beschreibt, „sich selbst als ihre Art umfasst“.¹¹⁵⁷

Dass die liberalen Rechte als *eros* aber nur auf den Menschen als Spezies rekurrieren, hält Khurana überzeugend im Zusammenhang mit den Menschenrechten als Paradigma subjektiver Rechte fest:

„Menschenrechte sprechen von angeborenen Rechten, so als gründeten diese Rechte in unserer biologischen Spezieszugehörigkeit; die subjektiven Rechte adressieren den Einzelnen, so als ginge es in ihnen um ein im Grunde asoziales Wesen [...].“¹¹⁵⁸

Die neuen Rechte, denen nicht mehr der *eros* und damit die Spezies zugrunde liegt, d. h. nicht zuvorderst auf das „Tier“ in der Rede vom Menschen als sozialem Tier abgestellt wird, müssen sich auf die Gattung beziehen, soweit ein Gattungswesen „den allgemeinen Charakter aller Spezies erkennt und im Ausgang von und im irreduziblen Rückbezug auf seine besondere Spezies eine Lebensform anderer Art konstituiert: die Lebensform eines Gattungswesens.“¹¹⁵⁹ Khurana möchte den Gattungsbegriff zu Recht als Reflexionsfigur auf die soziale Praxis verstanden wissen.¹¹⁶⁰ Greift man diesen Gedanken auf und liest ihn mit der Transformation der ironischen Lust zur

¹¹⁵⁵ Žižek (2010), S. 166.

¹¹⁵⁶ Žižek (2010), S. 166.

¹¹⁵⁷ Žižek (2010), S. 166.

¹¹⁵⁸ Khurana (2022a), S. 396f.

¹¹⁵⁹ Khurana (2022a), S. 385.

¹¹⁶⁰ Khurana (2022a), S. 398.

§ 3. Ironie der Legalität

agape zusammen, dann ist diese Anwendung des Gattungsbegriffs in der Urteilspraxis der Rechte zu verorten. Das heißt, die neue Lust am Grunde einer Urteilspraxis der Rechte ist die politische Liebe zur Gattung. Dieses neue Urteilen, damit holen wir die Ausgangsthese ein, erkennt, dass die Rechte ein Verhältnis nicht begründen, sondern nur gestalten können, weil sie sich der Perspektive der Spezies zugunsten der Gattung verweigern. Subjektive Rechte werden zu *Gattungsrechten*.