

Rike Binder

Wider die Kritik der Macht

Vom Nutzen Michel Foucaults für die Rechtswissenschaft^{*}

Im vergangenen Jahr wurde *Überwachen und Strafen*, das wohl „juristischste“ Werk des französischen Philosophen Michel Foucault, 40 Jahre alt. Über einen Mangel an Aufmerksamkeit aus diesem Anlass gibt es – auch in Deutschland – keinen Grund zur Klage. So fand beispielsweise eine Tagung mit dem Titel *Überwachen und Strafen heute statt*,¹ die sich allerdings „nicht d[er] Rezeption“ des Buches zuwandte, sondern der „Fortführung von dessen Analyse“.² Es ist aber gerade ebendiese Rezeption Foucaults, die – bezogen auf die deutschsprachige Rechtswissenschaft – nicht selten merkwürdige Blüten treibt und Anlass zur Reflexion geben sollte.³ Schaut man genauer hin, so zeigt sich, dass es den Rezipientinnen und Rezipienten oftmals nicht gelingt, sich wirklich auf den foucaultschen Machtbegriff einzulassen und sich vom (wohlvertrauten) weberschen Machtbegriff zu lösen; was freilich Voraussetzung dafür ist, Foucaults Gedanken für die Rechtswissenschaft fruchtbar zu machen. Foucaults Macht ist produktiv: Sie erschafft Subjekte. Es ist dies eine Macht, die für die Gesellschaft unentbehrlich ist, weil sie Wirklichkeit konstituiert; eine Macht, die analysiert, aber nicht kritisiert werden kann. Webersche Macht hingegen ist repressiv, sie greift ein: Sie manifestiert sich in der Möglichkeit, seinen Willen auch gegen andere durchzusetzen.

Gleichwohl wurden und werden in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft bisweilen Analysen vorgelegt, in denen eine grundlegende Abneigung gegen Macht unverhohlen zutage tritt. Foucaultsche Machtmechanismen werden hier diagnostiziert und noch im selben Moment *kritisiert*: Eine spezifische Regelung (Rechtsprechung, Auslegung etc.) ist Macht und daher schlecht, da sie undemokatisch, illiberal, unfreiheitlich ist. Macht

* Für wertvolle Kritik danke ich Dr. Martin Diesterhöft sowie Dr. Jörg Kammerhofer, LL.M. (Cantab.).

1 Ein Tagungsbericht findet sich bei Helene Gerhards/Jan Philipp Schewe/Simon Egbert, Von umgestülpten Augen, Data-Harvesting und dem ewigen Problem der Macht – Tagungsbericht Überwachen und Strafen heute, Theorieblog 19.11.2015 (letzter Aufruf: 25.2.2016) <http://www.theorieblog.de/index.php/2015/11>tagungsbericht-ueberwachen-und-strafen-heute/>.

2 Siehe hierzu die Homepage der Tagung (letzter Aufruf: 31.10.2015) <https://ueberwachenundstrafenhueute.neocities.org/background.html>.

3 Im Folgenden möchte ich mich auf die Foucaultrezeption in der deutschsprachigen Rechtswissenschaft beschränken. Ähnliche Tendenzen lassen sich auch in der amerikanischen Rezeption beobachten, was jedoch eine weitaus umfangreichere Untersuchung erforderlich machen würde, siehe – wenn auch mit etwas anderem Schwerpunkt – Pat O’Malley/Mariana Valverde, Foucault, Criminal Law, and the Governmentalization of the State, in: Dubber (Hrsg.), Foundational Texts in Modern Criminal Law, Oxford 2014, 317–333 (317).

wird auf ihren repressiven Gehalt reduziert.⁴ Die Existenz von Macht löst ein Unbehagen aus, das nicht näher begründungsbedürftig erscheint, weil jede Macht – jetzt (unausgesprochen) im weberschen Sinne verstanden – für alle in der deutschen Rechtswissenschaft Sozialisierten „problematisch“, das heißt legitimationsbedürftig ist. Deshalb liegt es schließlich nahe, jeder feststellbaren Macht nicht zuletzt auch im beziehungswise durch das Recht unbedingt und entschieden entgegenzutreten.

Im Folgenden möchte ich das für die rechtswissenschaftliche Rezeption bedeutsame Verständnis von Macht und Recht bei Foucault aufzeigen (I.), um mich sodann einigen Fällen (mehr oder minder) missglückter Foucaultrezeption innerhalb der deutschsprachigen Rechtswissenschaft zuzuwenden (II.). In einem letzten Schritt werde ich – auch anhand einiger gelungener Beispiele – Möglichkeiten aufzeigen, einen durch Foucaults Werk inspirierten, gewinnbringenden Blick auf rechtliche Phänomene zu werfen (III.).

I. Macht und Recht bei Michel Foucault

Foucault schreibt wenig über Recht, erst recht ist eine elaborierte Rechtstheorie in seinem Werk nicht zu finden;⁵ Recht erscheint bei ihm stets nur als eine (zudem nicht sehr wichtige) Form der Macht⁶ – ein Faktum, das möglicherweise auch seine späte und zaghafte Aufnahme in das Theoriegebäude der Rechtswissenschaft zu begründen vermag.⁷

Herzstück des foucaultschen Œuvres ist sein Machtbegriff,⁸ eine Macht, die für Foucault keinesfalls nur repressiv ist. Vielmehr plädiert er für ein Zurücktreten dieser repressiven Sichtweise der Macht hinter der Erkenntnis ihres produktiven Potentials. Damit will Foucault gerade den Machtbegriff Webers überwinden, für den Macht gleichbedeutend ist mit „jede[r] Chance, innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch gegen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht“.⁹ Dieser we-

⁴ Vgl. auch Martin Gessmann, Foucaults Theorie der Macht, in: Heidenreich (Hrsg.), Technologien der Macht. Zu Michel Foucaults Staatsverständnis, Baden-Baden 2011, 19–37 (21).

⁵ So auch Hugh Baxter, Bringing Foucault into Law and Law into Foucault, Stanford Law Review 48 (1996), 449–479 (451). Ähnlich Christian Schauer, Aufforderung zum Spiel. Foucault und das Recht, Köln/Weimar/Wien 2006, 15; Petra Gehring, Epistemologie? Archäologie? Genealogie? – Foucault und das Recht, Internationale Zeitschrift für Philosophie 2000, 18–33 (18).

⁶ Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, Weilerswist 2007, 176.

⁷ Auch auf der Grundlage des foucaultschen Spätwerkes haben in jüngerer Zeit einige Autorinnen und Autoren den Versuch unternommen, eine foucaultsche Rechtstheorie zu (re)konstruieren. Siehe Allan Hunt/Gary Wickham, Foucault and Law. Towards a Sociology of Law as Governance, London/Chicago 1994; Ben Golder/Peter Fitzpatrick, Foucault's Law, Abingdon/New York 2009; Schauer (Fn. 5); Buckel (Fn. 6); Thomas Lemke, Eine Kritik der politischen Vernunft. Foucaults Analyse der modernen Gouvernementalität, Hamburg 1997; Jean-Claude Monod, La police des conduites, Paris 1997; Antonio Serrano Gonzalez, Poder legal y poder pastoral, Droit et Société 1989, 193–215; Antonio Serrano Gonzalez, Michel Foucault. sujeto, derrecho, poder, Zaragoza 1987.

⁸ Diesem hat Foucault vor allem seit den 1970er Jahren verstärkt Aufmerksamkeit zuteil werden lassen. In *Überwachen und Strafen* tritt dieser Schwerpunkt offen zutage. In *Sexualität und Wissen* beleuchtet er sodann den Zusammenhang von Macht und Wissen, siehe insbesondere den ersten Band, Michel Foucault, Histoire de la sexualité. Volonté de savoir, Paris 1976.

⁹ Max Weber, Wirtschaft und Gesellschaft. Soziologie, MWG I/23, Kap. I, § 16, 210. Hierbei handelt es sich um eine Macht, die – mit Foucault gesprochen – sagt: „Du sollst nicht“. Dieser Machtbegriff wird von ihm auch als „juridisch“ bezeichnet, siehe hierzu Michel Foucault, Les mailles du pouvoir,

berschen Macht gelten auch die herkömmlichen Begrenzungsversuche, weil sie die Freiheit desjenigen, gegen den sie sich durchsetzt, begrenzt; eine Macht, die eingreift; eine Macht, die es, von einer liberalen Warte aus betrachtet, zu kritisieren gilt.¹⁰ In der Verbindung mit dem weberschen Machtbegriff tritt so auch erstmals das Freiheitsproblem zutage, das die Rezeption des foucaultschen Machtbegriffs prägen soll, wird dank der Vermengung beider Machtbegriffe doch häufig auch in der foucaultschen Macht ein Eingriff in (liberale) Freiheiten erblickt.

1. Foucaultsche Macht

Foucault diagnostiziert in *Überwachen und Strafen* einen Wandel der in der modernen Gesellschaft vorherrschenden Form von Macht von der souveränen hin zu einer normalisierenden Macht; ein Wandel, der sich vor allem in der Bedeutung der Disziplin manifestiere. Erklärtes Ziel ist die Analyse der Genealogie der Strafe,¹¹ die sich mit der Geburt des Gefängnisses grundlegend gewandelt habe. Dabei möchte sich Foucault nicht auf die repressive Dimension der Strafe als Sanktion konzentrieren, sondern vielmehr die positiven Effekte des Strafens beleuchtet wissen. Strafe soll als „Technik“ untersucht werden.¹²

Im monarchischen Recht, so Foucault, sei die Strafe eine „Zeremonie der Souveränität“ gewesen. Sie sei als Vergeltung auf den Körper des Verurteilten ausgeübt worden und exemplifizierte die physische Macht des Souveräns.¹³ Die souveräne Macht des Staates wird symbolisiert durch die Hinrichtung: durch die Macht, zu töten. Diese souveräne Macht trägt unübersehbare Spuren des weberschen Machtbegriffs in sich. Dies ist jedoch ein Machtbegriff, den Foucault überwinden möchte, weil er ihn in der modernen Gesellschaft nicht repräsentiert sieht; denn in ihm erscheint der souveräne Staat als einziges Subjekt der Macht; Macht geht in diesem Narrativ allein vom Recht (gemeint ist: vom prohibitiven Recht) aus.¹⁴ Auf diese Weise wird jedoch gerade der Blick auf neuartigere, heterogene Formen der Macht wie die Normalisierung verstellt.¹⁵

Die Moderne ist für Foucault hingegen durch eine Abkehr von dieser souveränen Macht gekennzeichnet; in ihr herrscht eine Macht, die im Wege der Normalisierung, der

in: Defert/Ewald (Hrsg.), Michel Foucault. Analytik der Macht, Frankfurt a.M. 2005, 319–347 (330 f.).

10 Siehe zu Foucaults Versuchen, sich von diesem Machtbegriff loszusagen, Thomas Lemke, Nachwort,

11 Michel Foucault, *Surveiller et punir. Naissance de la prison*, Paris 1975, 30.

12 Ebd., 31.

13 Ebd., 154 f., Übers. d. Verf.

14 Das Recht erscheint bei Foucault tatsächlich oft als die juridische, negative Form der Macht, der er in der Moderne zunehmend weniger Bedeutung beimisst. Es wird für ihn symbolisiert durch das Verbot, siehe hierzu Hunt/Wickham (Fn. 7), 40. Krit. zu dieser weitgehenden Gleichsetzung von souveräner Gewalt des Absolutismus und dem Juridischen Christoph Möllers, *Die Möglichkeit der Normen. Über eine Praxis jenseits von Moralität und Kausalität*, Berlin 2015, 90. Dies ist jedoch nicht die einzige Art, auf die Recht als Macht wirkt. Vielmehr wirkt modernes Recht auch im Wege von Disziplin und Gouvernementalität, was sich schon aus deren Funktionsweise, aber auch aus dem Kontext, in dem Foucault diese Konzepte analysiert, ergibt. Die als „juridisch“ bezeichnete Macht dient so möglicherweise „wirklich nur zu kontrastiven Zwecken als Skizze“, Gehring (Fn. 5), 32.

15 Foucault (Fn. 8), 117f. Vgl. auch Justin Woolhandler, *Toward a Foucauldian Legal Method*, University of Pittsburgh Law Review 76 (2014), 131–151 (132).

Gouvernementalität sowie der Disziplin Subjekte erschafft. Diese Macht hat kein Subjekt, sie wird nicht besessen und folglich gibt es auch niemanden, dem sie fehlt. Macht existiert vielmehr in jeder sozialen Beziehung, sie ist überall. Foucault verortet die Ursprünge seines Machtbegriffs im zweiten Buch des marxschen *Kapitals*.¹⁶ Dort sei bereits dargelegt, dass es nicht eine Macht gebe, sondern zahlreiche Mächte. Mächte, das heißt: „Herrschaftsformen, Unterwerfungsformen, die lokal wirken“.¹⁷ Macht in diesem Sinne ist heterogen: „Die Gesellschaft ist ein Archipel verschiedener Mächte“.¹⁸ Die von Foucault betrachtete marxsche Macht unterscheidet jedoch (anders als der von ihm so bezeichnete „akademische Marxismus“) nicht entlang des Gegensatzes von dominierender und dominierter Klasse. Vielmehr wirkt Macht in jeder sozialen Beziehung in sämtliche Richtungen – es handelt sich hierbei allein um verschiedene Formen der Macht.¹⁹ Zur zentralen These avanciert so die Annahme, dass Macht „nicht [...] das fixierbare Vermögen, [...] die dauerhafte Eigenschaft eines individuellen Subjekts oder einer sozialen Gruppierung [...], sondern [...] das prinzipiell labile und unabgeschlossene Produkt der strategischen Auseinandersetzungen zwischen Subjekten“ ist.²⁰ Moderne Macht ist eine Macht jenseits der Souveränität, sie ist ubiquitär. Ein Machtvakuum, also die Abwesenheit von Macht, ist für Foucault *a priori* undenkbar.²¹

Die Entwicklung von der souveränen Macht der Monarchie hin zur modernen Macht der Normalisierung wird für Foucault am besten durch das Gefängnis symbolisiert.²² Subjektivierung findet im foucaultschen Gefängnis der Moderne insbesondere mittels Disziplin statt, das heißt mittels derjenigen Methoden, die „die minutiöse Kontrolle der Operationen des Körpers“ ermöglichen.²³ Die Disziplin „stellt Individuen her“. Sie ist die „spezifische Technik einer Macht, die sich die Individuen manchmal zu Objekten nimmt und als Instrumente ihrer Ausübung“.²⁴ Die Disziplin ist derjenige Machtmechanismus, der unmittelbar auf die Individuen wirkt; sie beschreibt die „Individualisierungs-techniken der Macht“ indem sie überwacht, Verhalten kontrolliert, Fähigkeiten vervielfältigt.²⁵ Im Gegensatz zur punktuellen Todes- oder Körperstrafe handelt es sich bei der Freiheitsentziehung um eine Form anhaltender Bestrafung, die in den Disziplinarinsti-

16 Karl Marx, *Das Kapital. Kritik der politischen Ökonomie*. Zweiter Band. Buch II: Der Zirkulationsprozeß des Kapitals (herausgegeben von Friedrich Engels), in: MEW, Bd. 24.

17 Foucault (Fn. 9), 186, Übers. d. Verf.

18 Ebd., 187, Übers. d. Verf.

19 Ebd., 201, Übers. d. Verf.

20 Axel Honneth, *Kritik der Macht. Reflexionsstufen einer kritischen Gesellschaftstheorie*, Frankfurt a.M. 1986, 173 f.

21 Hunt/Wickham (Fn. 7), 15.

22 Foucault (Fn. 11), 154 f.

23 Foucault (Fn. 11), 161, Übers. d. Verf.

24 Foucault (Fn. 11), 200, Übers. d. Verf.

25 Foucault (Fn. 9), 191, Übers. d. Verf. Als weitere Technik der Macht tritt neben die Disziplin die Bio-Politik, die nicht auf das Individuum, sondern auf die gesamte Bevölkerung zielt, ebd., 193; siehe auch Foucault (Fn. 8), 183. Die Bio-Politik wirkt ebenso wie die Disziplin auf das Subjekt und konstituiert dieses, sie verwaltet das Leben und tötet nicht, siehe hierzu Buckel (Fn. 6), 185. An die Stelle der *bio-pouvoir* tritt später sodann die *gouvernementalité*, wobei umstritten ist, ob es sich bei der *gouvernementalité* tatsächlich um die alte *bio-pouvoir* handelt, a.A. z.B. ebd., 187. Erstmals umfassend behandelt wurde der Begriff der *gouvernementalité* in: Michel Foucault, *La „gouvernementalité“*, in: Defert/Ewald (Hrsg.), *Dits et écrits. 1954–1988*, Bd. 3: 1976–1979, Paris 1994, 635–657.

tionen wirkt, indem sie „differenziert, hierarchisiert, homogenisiert, ausschließt“ – das heißt, „normalisiert“²⁶.

Disziplinarinstitutionen sind jedoch nicht nur Gefängnisse, sondern auch Schulen, Krankenhäuser, die Armee. Und so kommt Foucault zu dem Ergebnis, dass das Individuum „eine Realität ist, die durch diese spezifische Technologie der Macht, die wir ‚Disziplin‘ nennen, hergestellt“ wird. Daher, so seine Mahnung, müsse man aufhören, „die Effekte der Macht stets in negativen Terminen zu beschreiben: Sie ‚schließt aus‘, sie ‚unterdrückt‘, sie ‚drängt zurück‘, sie ‚verbietet‘, sie ‚abstrahiert‘, sie ‚verschleiert‘, sie ‚versteckt‘.“ Foucaultsche Macht „produziert“: „Sie erzeugt das Wirkliche; sie erzeugt Objektbereiche und Wahrheitsrituale.“²⁷

2. Foucaultsche Subjekte

Foucault resümiert aus diesem Grund auch, dass es nicht in erster Linie sein Ziel gewesen sei, Machtpheomene zu analysieren; vielmehr habe er eine Geschichte der verschiedenen Subjektivierungsmodi entwerfen wollen – „des menschlichen Wesens in unserer Kultur“. Darum habe er sich denjenigen Modi zugewandt, die den Menschen zum Subjekt machen:²⁸ „[S]ämtliche seiner Analysen [kulminieren] in der Subjektproduktion.“²⁹ Macht ist hierbei die primäre Handlungsform. Es geht also weniger um eine Macht „der ‚Einen‘ über die ‚Anderen‘“. Foucaultsche Macht kann nicht delegiert werden, sie ist nicht die Aufgabe einer prä-diskursiven Freiheit. Foucaultsche Macht wirkt auch nicht unmittelbar auf Individuen: Sie wirkt auf Handlungen, auf eventuelle Handlungen, aktuelle, zukünftige oder gegenwärtige Handlungen. Daher muss auch das Objekt der Macht immer schon Subjekt einer Handlung sein.³⁰ Macht wirkt sodann auf den Bereich der Möglichkeiten, in den sich das Verhalten des handelnden Subjektes einschreibt: „Sie stiftet an, sie ruft hervor, sie wehrt ab, sie vereinfacht oder erschwert, sie erweitert oder begrenzt, sie macht mehr oder weniger wahrscheinlich; äußerstenfalls zwingt oder verhindert sie vollständig“³¹. Freiheit (hier verstanden als positive Freiheit *zu*, oder auch Handlungsmacht)

26 Foucault (Fn. 11), 215, Übers. d. Verf. Siehe zum Zusammenhang von Recht und Normalisierung auch Margaret A. Paternak, Norms and Normalization. Michel Foucault's Overextended Panoptic Machine, *Human Studies* 10 (1987), 97–121 (97).

27 Foucault (Fn. 11), Übers. d. Verf.

28 Michel Foucault, *Le sujet et le pouvoir*, in: Defert/Ewald (Hrsg.), Michel Foucault. Dits et écrits. 1954–1988, Bd. 4: 1980–1988, Paris 1994, 222–243 (222 f.), Übers. d. Verf. Lemke sieht in dem foucaultschen Interesse für Subjektivierungspraktiken hingegen die Konsequenz seiner Beschäftigung mit Machtmechanismen, Lemke (Fn. 7), 29.

29 Buckel (Fn. 6), 194. Bisweilen wird eine Entwicklung des foucaultschen Werkes angenommen, die von drei Phasen ausgeht: Die erste Phase bezeichnet hierbei die „Archäologie des Wissens“, die zweite die „Genealogie der Macht“ und die dritte die „Theorie des Subjektes“. Macht und Subjekt als Gegenstände foucaultschen Wirkens werden in diesem Narrativ durch einen radikalen Bruch voneinander getrennt. Dies scheint jedoch nur begrenzt zutreffend, signalisiert doch „Foucaults Interesse für die Subjektivierungsprozesse [...] nicht die Aufgabe der Machtproblematik, sondern ihre Weiterentwicklung und Korrektur, die in einer Kontinuität zu seinen früheren Arbeiten steht und sie zugleich präzisiert und relativiert“. Mithin manifestiert sich ein Bruch allein „innerhalb der Machtproblematik“, Thomas Lemke, Der Kopf des Königs – Recht, Disziplin und Regierung bei Foucault, *Berliner Journal für Soziologie* 9 (1999), 415–434 (415).

30 Foucault (Fn. 28), 236.

31 Ebd., 237, Übers. d. Verf.

ist integraler Bestandteil dieser Konzeption der Macht; denn Macht wirkt nur auf freie Subjekte, auf Subjekte, die vor sich einen Bereich verschiedener Möglichkeiten, verschiedener Verhaltensweisen haben und denen verschiedene Reaktionen offenstehen:³² Das Subjekt kann sich so oder auch anders zur diskursiven Norm verhalten. Sklaverei ist so tatsächlich keine Machtbeziehung im foucaultschen Sinne.³³ Freiheit ist die Bedingung der Möglichkeit von Macht.

Dieser genuin foucaultsche Machtbegriff steht in einem eklatanten Gegensatz zum weberschen, der – gepaart mit einer liberalen Konzeption der Freiheit, die in erster Linie negativ definiert wird (das heißt, als Freiheit *von* etwas) – zu einer Kritik der Macht verleiten muss. Diese liberale Konzeption der Freiheit ist zugleich diejenige, die den deutschen rechtswissenschaftlichen Diskurs unweigerlich dominieren muss, findet sie sich doch bereits in den Grundrechten positiviert.³⁴ Und doch ist dies eine Freiheit, für die Foucault nicht einstehen könnte, weil seine Methode keinen Raum für ein ethisches Fundament im Liberalismus bereithält.³⁵

II. Zur „kritischen“ Foucaultrezeption in der Rechtswissenschaft

Vor dem Hintergrund der von Foucault herangezogenen Referenzbereiche (dem Gefängnis in *Überwachen und Strafen* sowie der Psychiatrie in der *Wahnsinn und Gesellschaft*) nimmt es nicht Wunder, dass die Versuche,³⁶ mit Hilfe Foucaults eine Kritik an bestimmten rechtlichen Phänomenen zu begründen, (im deutschsprachigen Raum) vor allem in den Teilbereichen Kriminologie und Strafrecht verbreitet sind. Sie finden sich aber auch im Arbeitsrecht sowie vereinzelt im öffentlichen Recht. Im Folgenden soll sich die Analyse der deutschsprachigen Foucaultrezeption an den Problemen orientieren, die die je-

32 Ebd., 237.

33 Ebd., 237f. Krit. zu dieser Konzeptualisierung von Macht und insbesondere zu der Überwindung von Macht als Eingriff Charles Tayler, Foucault on Freedom and Truth, Political Theory 12 (1984), 152–183 (172–175). Dieser versucht, die Inkohärenz auch von Foucaults eigenen Äußerungen zu Macht darzulegen, da diese doch stets in einem (liberalen) Verhältnis zu Freiheit stehe, mithin in diese eingreift. Denn auch die foucaultsche Macht brauche ein „Opfer“, ebd., 172. Ähnlich argumentiert Mahmood, die in Foucault bisweilen eine Romantisierung des Widerstandes ausmacht, die letztlich Freiheit als Gegensatz von Macht erscheinen lässt, Saba Mahmood, Politics of Piety. The Islamic Revival and the Feminist Subject, Princeton/Oxford 2005, 2–39.

34 Die negative Freiheit erscheint als „der strukturell das Abwehrrecht prägende Freiheitsbegriff“, auch wenn es sich hierbei nicht um den einzigen Freiheitsbegriff handelt, der in der dogmatischen Konstruktion des Abwehrrechtes Geltung erlangen soll, Ralf Poscher, Grundrechte als Abwehrrechte, Tübingen 2003, 121.

35 Hieran ändern auch seine Ausführungen zur Kritik wenig. Zwar sieht er die Möglichkeit einer Kritik gerade darin, sich so oder auch anders zur Macht zu verhalten; also so oder auch anders subjektiviert oder regiert werden zu wollen; doch liefert er hierfür keinen normativen Maßstab. Dieser verbleibt vielmehr vollständig im Subjektiven: „[J]e dirai que la critique, c'est le mouvement par lequel le sujet se donne le droit d'interroger la vérité sur ses effets de pouvoir et le pouvoir sur ses discours de vérité“, Michel Foucault, Qu'est-ce que la critique?, in: Fruchaud/Lorenzini (Hrsg.), Qu'est-ce que la critique? suivi de La culture de soi, Paris 2015, 33–80 (39). Foucault entwirft hier eher eine Archäologie der Kritik, deren Wurzeln er in der Reformation ebenso wie dem Naturrecht erblickt, als dass er selbst eine normative Basis als Bezugspunkt einer Kritik an Subjektivierungsmechanismen liefern würde, ebd., 38. Dies erkennt er freilich auch selbst: „Je hais la polémique et, quant à la critique, je ne suis pas doué pour elle“, ebd., 47.

36 So auch Schauer (Fn. 5), 17.

weiligen Texte mit Blick auf den foucaultschen Machtbegriff aufwerfen, wobei es sich hierbei nur um Schwerpunkte handelt, die miteinander interagieren und aufeinander rekurrieren; es sind dies die vergebliche Verteidigung der Freiheit (1.) sowie die Kritik der Disziplin (2.).

Dieser Rekurs der „kritischen“³⁷ Jurisprudenz auf Foucault krankt jedoch – so möchte ich zeigen – nahezu durchweg an einem zentralen Mangel: Es wird versucht, mithilfe einer foucaultschen Analyse *normative* Konsequenzen zu ziehen, das heißt (eigene) Sollensaussagen zu treffen. Auf der Suche nach Hilfestellung bei der Lösung normativer (Rechts)Fragen wird so ein Theoretiker zurate gezogen, der weniger geeignet kaum sein könnte. Denn Foucault wird seit jeher für seinen „heilosen Subjektivismus“, welcher in der „radikal historischen Auslöschung des Subjekts“ ende,³⁸ und die „Suspendierung eines jeden standardisierten normativen Rahmens“³⁹ kritisiert, weil er eine Unterscheidung von legitimer und illegitimer Machtausübung schon von vornherein verunmögliche.⁴⁰

1. Das freie Subjekt jenseits der Macht

Zahlreiche Rezipientinnen und Rezipienten möchten – nach erfolgter Diagnose foucaultscher Macht durch rechtliche Regelungen – im Namen einer (gewissermaßen vordiskursiven) liberalen Freiheit gegen eben diese Regelungen vorgehen; sie verteidigen mithin eine Freiheit, in die durch Macht eingegriffen wird; eine Macht, die begrenzt, unterdrückt, gefährdet. So wird das Recht im frühen Foucault bisweilen als „asymmetrisches Unterdrückungsinstrument“ betrachtet, das erst später in seinen „alten Stand als Garantie für die Schwächeren“ eingetreten sei;⁴¹ es wird mit Foucault angenommen, das Recht gefährde „die Autonomie des Individuums“, wenn es zum „Instrument der Macht“ wer-

³⁷ Ähnlich für die englischsprachige Rechtswissenschaft O’Malley und Valverde, die *Überwachen und Strafen* als für „watershed in ‚critical‘ criminology“ betrachten, O’Malley/Valverde (Fn. 3), 317. Auch sie argumentieren, dass eine „kritische“ Wissenschaft für Foucault ausgesprochen schwierig erscheinen musste.

³⁸ Jürgen Habermas, Der philosophische Diskurs der Moderne. Zwölf Vorlesungen, Frankfurt a.M. 1988, 324. Siehe zu habermasschen Foucaultkritik auch Jens Christian Müller-Tuckfeld, Wider die juridische Konzeption der Macht, ARSP 84 (1998), 559–564 (559).

³⁹ Nancy Fraser, Foucault on Modern Power. Empirical Insights and Normative Confusions, Praxis International 3 (1981), 272–287 (273), Übers. d. Verf.; ähnlich Hunt/Wickham (Fn. 7), 14; Schauer (Fn. 5), 40. Foucault formuliert so auch seinen eigenen Anspruch an die Tätigkeit eines Wissenschaftlers: „Je considère que le rôle de l’intellectuel aujourd’hui n’est pas de faire la loi, de proposer des solutions, de prophétiser“, Michel Foucault, in: Michel Foucault und D. Trombadori, Entretiens avec Michel Foucault, in: Defert/Ewald (Hrsg.), *Dits et écrits. 1954–1988*, Bd. 4: 1980–1988, Paris 1994, 41–95 (86). Teilweise wird dennoch auch von theoretisch ausgerichteten Arbeiten eine normative Dimension in das foucaultsche Werk hineingelesen, was nicht zuletzt mit Foucaults Rhetorik sowie seinem (bisweilen als Ethik gelesenen) Spätwerk begründet wird, vgl. z.B. Todd May, Genealogy, Problematisierung, and Normativity in Michel Foucault, History and Theory 53 (2014), 419–427; siehe zu Foucaults Ethik auch Paul Veyne, The Final Foucault and His Ethics, Critical Inquiry 20 (1993), 1–9. Hierbei handelt es sich jedoch um eine sehr viel seltener anzutreffende Auffassung, die zudem in der rechtswissenschaftlichen Foucaultrezeption keine Rolle spielt, da den meisten Autorinnen und Autoren das foucaultsche Spätwerk unbekannt zu sein scheint.

⁴⁰ Fraser (Fn. 39), 273.

⁴¹ Eva Birkenstock, Rechtstheorien ohne Moralphilosophie – Zur Abkopplung neuer Rechtstheorien von der rechtsphilosophischen Tradition, Der Staat 46, 561–572 (568).

de,⁴² und der foucaultschen Macht wird attestiert, sie stelle ein Instrument lückenloser „Kontrolle“ dar.⁴³ Besorgt wird darauf hingewiesen, dass im Gefängnis „das Moment der Freiwilligkeit verlorenginge“; denn hierfür brauche es seit Foucault „keine Institution mehr [...] [sondern] lediglich ein Machtverhältnis“.⁴⁴ Einige möchten daher auch das Subjekt vor einer Macht bewahren, die ihm (vordiskursive) Positionen raubt. So wird eine „Perspektive kritischer Kriminologie“ gefordert, die sich auf die Suche nach dem „neutralen Subjekt“ begibt.⁴⁵ Denn erst in der Abwesenheit von Macht wäre das Ziel eines geschlechtsneutralen Subjektes erreicht; eines Subjektes, das *frei* ist von geschlechtlichen Normen, die durch das Recht perpetuiert und reproduziert werden.

Die Freiheit wird durch foucaultsche Macht jedoch nicht nur in der Kriminologie als bedroht angesehen, sondern auch durch die Flexibilisierung des Arbeitsrechts. So glaubt Kremer mit Foucault gezeigt zu haben, dass „die durch ‚Flexibilisierungen‘ erlangten Freiräume nur ein zweifelhafter Autonomiegewinn“ seien. Dies liege insbesondere darin begründet, dass die Handlungsspielräume, die durch die Flexibilisierung des Arbeitsrechts gewonnen, sogleich wieder durch „Technologien des Selbst“ gefüllt würden, da das Ziel der Einräumung von Handlungsspielräumen bereits vorgegeben sei. Dieses Ziel entspreche nur allzu oft den unternehmerischen Zielen, die so „untrennbar mit der Subjektkonstitution verknüpft“ würden.⁴⁶ Diese Analyse kann nicht überzeugen: Einerseits fragt sich erneut, welches „freie“ Subjekt, welche „Autonomie“ vor Machtmechanismen geschützt werden soll, ist doch das foucaultsche Subjekt nur als Objekt von Machtmechanismen überhaupt denkbar. Dies führt jedoch zu einer weiteren Frage: Welche Form der Erwerbstätigkeit, welche Integration eines Individuums in einen Betrieb ist überhaupt denkbar jenseits diskursiver Macht?

Bisweilen wird auch zwischen zwei Manifestationen foucaultscher Macht, Disziplin und Gouvernementalität, unterschieden. Nitschmann nimmt eine chronologische Folge beider Machtformen an, wobei sich in der Gouvernementalität eine neue „Zielrichtung der Macht“ manifestiere, die „nun als Instrument zur Verwaltung freier Individuen in den Vordergrund [rückt], denen es Sicherheit zu garantieren gilt“.⁴⁷ Diese stellt freilich in den Augen der Autorin einen Fortschritt dar; denn man könne Foucaults bei der Beschäftigung mit der Gouvernementalität gewonnenes „Bild des minimalen Staates als Freiheitsgarant hervorheben“, während „[a]ktuelle Entwicklungen [...] im Lichte Foucault’scher Denkmuster als Rückschritt“ hin zur Wiederkehr der Disziplin erscheinen müssten.⁴⁸ Auch Nitschmann möchte letztlich mit Foucault für eine liberale Konzeption der Freiheit eintreten; ein Ziel, das sie jedoch weder mit noch gegen foucaultsche Macht erreichen kann.

42 Smaro Tassi, Gesetzgebung als Herrschaftstechnik: Eine Studie auf der Grundlage von Michel Foucaults Werk *Die Wahrheit und die juristischen Formen*, Marburg 2011, 91f.

43 Julia Reuter, Der Körper als Seismograph gesellschaftlicher (Un-)Ordnung, *Kriminologisches Journal* 35 (2003), 201–211 (201).

44 Ralf Oberndörfer, Eiserne Faust und unsichtbare Hand. Foucaults Gefängnis und die Suche nach den Sanktionen der Zukunft, *FoR* 1998, 4–8 (6).

45 Martina Althoff/Monika Leppelt, Feminismus & Foucault. Eine Perspektive kritischer Kriminologie, *KrimJ* 1991, 97–111 (97).

46 Stefanie Kremer, Bewusstseins- und Verhaltensänderungen durch die „Flexibilisierung“ des Arbeitsrechts. Eine Gouvernementalitäts-Studie, Baden-Baden 2006, 240.

47 Kathrin Nitschmann, Foucault, Bourdieu und die Folgen: Anmerkungen zum gegenwärtigen Stand von Kriminologie und Kriminalpolitik in Frankreich, *MscrKrim* 91 (2008), 167–196 (176).

48 Nitschmann (Fn. 47), 190f.

2. Wider das Panoptikon

Mehrere Autorinnen und Autoren wenden sich auch dem foucaultschen Panoptikon – selbst Inbegriff der Disziplin – zu. Dieses, so wird suggeriert, übe Macht aus und müsse mithin kritisiert werden. Der Panoptismus avanciert zum Schlüsselproblem einer Moderne, die den gläsernen Bürger zum Ideal erhebt.

Einige dieser Betrachtungen wenden sich der Sicherungsverwahrung zu.⁴⁹ Böhm betrachtet diese beispielsweise in *Der „Gefährder“ und das „Gefährdungsrecht“* unter Einbeziehung der akustischen Wohnraumüberwachung. Ihr kritischer Impetus – und damit ihre Abkehr vom foucaultschen analytisch-genealogischen Ansatz – tritt bereits im Vorwort zutage: „Diesen Manifestationen des gegenwärtigen Strafrechts [...] ist dezidiert entgegenzutreten“⁵⁰. Dies setzt sich dann auf syntaktischer Ebene fort, wo die einfachen Anführungszeichen für diejenigen Begriffe reserviert werden, „deren Kontingenz und Machtpotenzial [...] besonders betont werden muss“.⁵¹ In der nachträglichen Sicherungsverwahrung sowie der akustischen Wohnraumüberwachung manifestieren sich für Böhm sodann Rationalitäten, die die ihnen ausgesetzten Personengruppen nicht mehr als „Verbrecher“, sondern vielmehr als „Risiko“ oder „Feind“ betrachteten. Anders als der „Verbrecher“ sei der „Gefährder“ jedoch nicht mehr Teil der Gesellschaft. Er werde zum konstitutiven Außen des Diskurses und als solches systematisch seiner Rechte (insbesondere strafprozessualer Garantien) beraubt.⁵²

Ein elaborierterer Ansatz zu den „Möglichkeiten einer foucaultschen Rechtskritik“⁵³ findet sich bei Biebricher, der die „Disziplinierung des Rechts“ bzw. die „Überlagerung des Rechts durch die Disziplin“ in der Sicherungsverwahrung betrachtet. Gerade die „Disziplinierung des Rechts“ soll sodann als „mögliche Grundlage zeitgenössischer Rechtskritik“ dienen.⁵⁴ Biebricher zufolge differenziert Foucault zwischen Gesetz und Norm. Während das Gesetz binär strukturiert sei und so nur zwischen Erlaubtem und Verbotenem unterscheide, sei die Norm nicht binär strukturiert, sondern ermögliche eine Klassifikation von Individuen „hinsichtlich ihrer differentiellen Abweichung von der Norm“. Die Norm strukturiert also den Diskurs, „indem sie die einzelnen Elemente (In-

49 Siehe neben den im Haupttext aufgeführten Texten auch den kurzen Beitrag von Bung, der feststellt, Foucault habe „das Problem [der Sicherungsverwahrung] eindringlich analysiert“. Ihr Grundproblem sei demnach ein „potentiell unabsehbarer Freiheitsentzug als Bedrohung der Garantiefunktion des Rechts“, Jochen Bung, Zur Einführung in das Problem der Sicherungsverwahrung, ZIS 7/8 (2013), 359 f. (359).

50 María Laura Böhm, *Der „Gefährder“ und das „Gefährdungsrecht“*. Eine rechtssociologische Analyse am Beispiel der Urteile des Bundesverfassungsgerichts über die nachträgliche Sicherungsverwahrung und die akustische Wohnraumüberwachung, Göttingen 2011, i. Böhm scheint sich in dieser kritischen Dimension freilich selbst nicht immer sicher zu sein. Vielmehr oszilliert sie zwischen Analyse und Kritik, wobei die beiden Elemente mitunter fließend ineinander übergehen. So erklärt sie andernorts, „[d]ank der Diskursanalyse kann somit der Rechtsdiskurs rechtlich neutral betrachtet werden“, ebd., 64, schließt in ihre Monographie sodann jedoch ein Kapitel mit dem Titel „Angewandte Rechtskritik“ ein, ebd., 251–300.

51 Ebd., i, 14.

52 Ebd., 62.

53 Thomas Biebricher, Die Disziplinierung des Rechts: Möglichkeiten einer Foucaultschen Rechtskritik, FOR 2003, 4–8.

54 Ebd., 8.

dividuen) in einem Kontinuum zwischen Normalität und Pathologie verortet“.⁵⁵ Die Disziplin nun ist allein auf die „Normalisierung“ von Subjekten gerichtet, also die möglichst perfekte Übereinstimmung mit der Norm. Die Disziplin wird bei Biebricher sodann zu demjenigen Machtmodus, den es zu kritisieren gilt; eine Kritik, derer sich freilich auch Biebricher kaum sicher zu sein scheint, konstatiert er doch, dass diese Kritik auch gegen Phänomene vorgebracht werden könne (und konsequenterweise vorgebracht werden müsse), „die gemeinhin als Beleg für die Humanisierung des Strafvollzugs betrachtet“ würden.⁵⁶ Und doch offenbart diese Konzeptualisierung foucaultscher Rechtskritik noch ein weiteres, ganz grundlegendes Problem, wirft sie doch die Frage auf, ob Foucault die Folter und Hinrichtung Robert-François Damiens' durch Verteilung und anschließende Verbrennung aus dem Jahre 1757 vor den Toren der Kirche von Paris, mit der er das Buch eröffnet⁵⁷ und die Ausdruck der alten, negativen, souveränen, juridischen Macht ist, tatsächlich dem Panoptikon, dem foucaultschen Inbegriff moderner, positiver, produktiver Macht, vorziehen würde, ob also die juridische, negative Macht der Vergangenheit stets besser ist als die produktive Disziplin der Moderne.

3. Zwischenfazit

Diese Rezeptionslinie macht offenbar, was eingangs bereits als These formuliert wurde: In der deutschsprachigen Rechtswissenschaft wird – sofern auf Foucault anwendungsbezogen (das heißt mit dem Ziel, spezifische rechtliche Phänomene zu betrachten) rekuriert wird – allzu oft der webersche Machtbegriff in den foucaultschen hineingelesen, um so eine „Kritik der Macht“ oder eine „Kritik des Rechts“ rechtfertigen zu können.⁵⁸ Wenigen scheint hierbei aufzufallen, dass eine foucaultsche „Kritik der Macht“ immer schon mit dem Problem anfänglicher Unmöglichkeit behaftet ist. Gerne wird so mit liberalen Pathos nach dem „freien Individuum“ gesucht, welches es vor der Macht zu schützen gälte – ein souveränes Subjekt, das bei Foucault schon lange gestorben ist, entsteht doch das foucaultsche Subjekt erst in der Unterwerfung (die im Französischen treffend durch den Begriff des *assujettissement* ausgedrückt wird) und ist somit immer Effekt und Objekt der Macht. Der Vorwurf „Sie üben Macht aus“ ist insofern, wie Foucault selbst konstatiert, „eine dumme Kritik“. Dasjenige, was Foucault tatsächlich interessiert, ist vielmehr, „wie in einer Gruppe, in einer Klasse, in einer Gesellschaft die Maschen der Macht

55 Ebd., 6.

56 Ebd., 8. Ganz ähnlich für die englischsprachige Wissenschaft Woolhandler, der sich auf seiner Suche nach einer foucaultschen Rechtsmethodik der „Kritik der Modernität“ zuwendet, Woolhandler (Fn. 15), 132.

57 Foucault beginnt *Überwachen und Strafen* mit der Wiedergabe des Urteils, das der Hinrichtung zugrunde lag, siehe Michel Foucault (Fn. 11), 9. Dieses Urteil kontrastiert er sodann mit einem Regelwerk, dass Léon Faucher 1838 für ein Gefängnis von Paris verfasst hatte, und das den Tagesablauf der Gefangenen minutiös regelt, siehe ebd., 12 f.

58 Diese Tendenz stammt möglicherweise aus den amerikanischen *Critical Legal Studies*, in denen ebenfalls versucht wurde, mit Foucault kritisch zu arbeiten. So weist Ball zahlreiche Studien nach, die versucht haben, die Machtmechanismen innerhalb der amerikanischen juristischen Ausbildung als „repressiv“ zu kritisieren und für deren weitgehende Eliminierung plädierten, Matthew Ball, Power in Legal Education: A (New) Critical and Analytical Approach, QUT Law & Justice Journal 12 (2012), 157–177 (159 f.).

funktionieren, das heißt, was die Ortsbestimmung eines Jeden im Netz der Macht ist, wie er sie auf's Neue ausübt, wie er sie bewahrt, wie er sie weitergibt“⁵⁹.

III. Vom Nutzen Foucaults für die Rechtswissenschaft

Wie kann nun jedoch mit Foucault in der Rechtswissenschaft sinnvoll gearbeitet werden? Wie kann man seinem Ratschlag folgen und betrachten, „wie [...] in einer Gesellschaft die Maschen der Macht funktionieren“ und „was die Ortsbestimmung eines Jeden im Netz der Macht ist“ und dabei zugleich rechtswissenschaftliche Erkenntnisse generieren? Mit Foucault, so möchte ich im Folgenden darlegen, kann das Recht vor allem in seinen Wirkungen auf Subjekte, mit seinen Ausschlüssen, seinen (gesellschaftlichen) Fortwirkungen, seinen Konstruktionen von Wirklichkeit, *analysiert* werden. Die Rezeption Foucaults kann also vor allem zu einer Bereicherung des rechtswissenschaftlichen Werkzeugkastens führen. Diese Bereicherung möchte ich kurz anhand einiger Beispiele aus der bereits vorhandenen Literatur exemplifizieren.

Will man die Arbeiten Foucaults für die Rechtswissenschaft fruchtbar machen, sind zwei Ansätze – jeweils für sich oder in Kombination miteinander – besonders vielversprechend, die analytischer Natur sind und vor allem durch die Anwendung der foucaultschen Methode der Genealogie neue Erkenntnisse vermitteln dürften.

1. Die Analyse des Rechtssubjektes

Ein erster denkbarer Ansatz untersucht, wie das Recht auf Subjekte „wirkt, sie transformiert, beeinflusst und produziert“.⁶⁰ Hierbei handelt es sich um eine Analyse, die es uns ermöglicht, die Rolle des Rechts sowie der „juridischen Praxis für die Konstitution des modernen Subjekts“ aufzudecken.⁶¹ Das Recht erscheint als „sozial[e] Praktiken“, die an der Entstehung des Subjektes beteiligt sind.⁶²

Unter diesen Ansatz kann beispielsweise der kurze Text von Buckel zur *Mechanik der Macht in der juristischen Ausbildung* subsumiert werden, wenn er sich auch nicht mit dem Recht *stricto sensu* befasst. Buckel möchte mithilfe der foucaultschen Konzeption der „„Mikrophysik der Macht“ [...] jene Praktiken, die uns während unseres Studiums begleitet haben, in Erinnerung rufen“⁶³. Sie wendet sich hierbei der „strukturellen Verunsicherung“ zu, die durch das juristische Benotungssystem verursacht werde und betrach-

59 Foucault (Fn. 9), 201. Normative Fragen sind für Foucault „keine theoretischen Probleme, sondern praktische Angelegenheiten“: „Insofern ist diese Form der Kritik tatsächlich ‚bodenlos‘ und ‚unbeg理ndet‘“, Lemke (Fn. 7), 361.

60 Sarah Burgess, Foucault’s rhetorical challenge to law, International Journal of Law in Context 8 (2012), 297-310 (309f.). Burgess selbst schlägt jedoch einen „rhetorischen Ansatz“ vor, der zwischen den beiden hier aufgezeigten Wegen changieren soll, indem er „einen kritischen Blick“ darauf anbietet, wie „die Sprache des Rechts die Bedingungen formt und begrenzt unter denen das Subjekt das Recht selbst wandelt oder transformiert“, ebd., Übers. d. Verf. Dieser Ansatz scheint freilich wiederum sehr anfällig für die oben bereits angeführten Probleme zu sein, fragt sich doch, von welchem Standpunkt aus der „kritische Blick“ auf das Recht geworfen werden soll.

61 Buckel (Fn. 6), 168.

62 Ebd., 202.

63 Sonja Buckel, Die Mechanik der Macht in der juristischen Ausbildung, KJ 2002, 111–114 (112).

tet diese als „Disziplinarapparat, der vermittels von ‚Zwängen, Lehren und Strafen‘ die soziale Zugehörigkeit der Individuen zur Gesellschaft bestimmt“⁶⁴. Ergebnis dieses Prozesses sei sodann das „normalisiert[e] Juristensubjekt“⁶⁵ – insofern sei die juristische Ausbildung dem Gefängnis gar nicht unähnlich.⁶⁶

Ganz ähnlich geht auch Paul vor, wenn er mithilfe Foucaults die Geldstrafe betrachtet – eine Strafe, die seiner Auffassung nach Foucault entgangen ist.⁶⁷ Und doch lasse sie sich mit Foucault analysieren, weil „sich der Vormarsch der Geldstrafe ab 1900 nicht anders als die Geburt des Gefängnisses um 1800 als Zeichen einer grundlegenden sozialstrukturellen, wenn nicht sozialontologischen Transformation lesen“ lasse und weil in dem Spätwerk Foucaults gerade diese Entwicklung – also „die Ablösung der Disziplinargesellschaft [...] durch eine [...] Normalisierungsgesellschaft“ – bereits thematisiert werde.⁶⁸ Denn ebenso, wie das Gefängnis die „Verbreitung des [...] Rehabilitierungsgedankens“ beziehungsweise „des Disziplinarpositivs“ symbolisiere, so stehe „der Wiederaufstieg der Geldstrafe für eine neue Form der sozialen Regulation“⁶⁹. Die Geldstrafe ziele – anders als die Gefängnisstrafe – „nicht mehr auf die Rehabilitierung der Täter“; vielmehr induziere sie „ein symbolisches, emotionales und selbstredend monetäre Gewinne und Verluste verrechnendes Kalkül“⁷⁰.

2. Die Analyse des konstitutiven Außens des Rechts

In Fortsetzung dieser Linie ist als zweiter Strang an Analysen des Rechts (sowie der Rechtsprechung) zu denken, die das Andere des Rechts betrachten, die auf die Modi eingehen, mithilfe derer das Recht Anerkennung gewährt oder verweigert.⁷¹

Dies ist ein Ansatz, der beispielsweise von Foljanty und Lembke in ihrer Betrachtung des „Ehrenmordes“ gewählt wurde; hier jedoch unter Rückgriff auf Edward Said (der seinerseits in einer foucaultschen Tradition steht). So analysieren sie die Konstruktion eines „Wir“ ebenso wie des „Anderen“ in der Rechtsprechung – ein Diskurs, dem Said den mittlerweile berühmten Namen „Orientalismus“ gab.⁷² In diesem Diskurs werden Kulturen als „relativ homogene Einheiten greifbar“,⁷³ sie erscheinen als entweder der foucaultschen Norm entsprechend oder eben deviant; das „Wir“ ist erfolgreich normalisiert, die „Anderen“ sind es nicht. Auf die „Ehrenmord“-Rechtsprechung angewandt stellen die Autorinnen fest, „dass der Täter durch die Gegenüberstellung von ‚eigener‘ Kultur, der er sich versperrt, und der ‚fremden Kultur‘, der er verhaftet ist, zum paradigmatisch Fremden wird“. „[D]ieses Fremdsein“, so das Ergebnis der Autorinnen nach der Auswertung zahlreicher Urteile, werde „zum Teil völlig unabhängig davon festgestellt“, ob

⁶⁴ Ebd., 113.

⁶⁵ Ebd.

⁶⁶ Ebd., 114.

⁶⁷ Axel T. Paul, Über die Geldstrafe, Zeitschrift für Rechtssociologie 33 (2012/13), 131–150 (138).

⁶⁸ Ebd., 142.

⁶⁹ Ebd.

⁷⁰ Ebd., 143.

⁷¹ Realisiert wurde dieser Analysemodus in der englischsprachigen Rechtswissenschaft bei Andrew N. Sharpe, Foucault's Monsters and the Challenge of Law, London/New York 2010.

⁷² Edward Said, Orientalism, London u.a. 2003.

⁷³ Lena Foljanty/Ulrike Lembke, Die Konstruktion des Anderen in der „Ehrenmord“-Rechtsprechung, KJ 2014, 298–315 (305).

der Täter „seit Jahren in Deutschland lebt oder sogar die deutsche Staatsbürgerschaft hat“: „Fremdsein wird damit nicht an juristisch fassbaren Kategorien wie der Zugehörigkeit zu einer nationalen Minderheit oder der Staatsangehörigkeit festgemacht, sondern an der Kultur“.⁷⁴ Gewissermaßen als Vergleichsdiskurs ziehen Foljanty und Lembke sodann die Urteile zu Trennungstötungen heran, wobei „nicht unerhebliche Unterschiede zwischen der Rechtsprechung zu ‚Ehrenmorden‘ und der Rechtsprechung zu Trennungstötungen“ festgestellt werden⁷⁵ – insbesondere fehle es bei der Trennungstötung an der „Thematisierung der soziokulturellen Hintergründe der Tat fast durchgehend“ und die „rechtliche Beurteilung von Trennungstötungen setzt sich kaum jemals mit den geschlechterhierarchischen Strukturen und Wertvorstellungen der ‚modernen deutschen Rechtsgemeinschaft‘ auseinander“⁷⁶. Die beiden Autorinnen verbinden mit dieser Erkenntnis durchaus eine Kritik – eine Kritik an der unterschiedlichen Behandlung gleichgelagerter Fälle nämlich. Es ist dies jedoch nicht eigentlich die Kritik der Macht; nicht der Ausschluss einer Gruppe aus der Norm stellt das Problem dar (denn einen solchen Ausschluss produziert geradezu sachnotwendig jeder Tatbestand). So ist der normative Referenzpunkt ihrer Kritik keine diffuse „Kritik der Macht“, sondern vielmehr der selbstgesetzte Maßstab des Rechtssystems: das Schuldprinzip.

IV. Fazit

In der deutschen Rechtswissenschaft – so habe ich gezeigt – dominiert in anwendungsbezogenen Rekursen auf Foucault bisweilen eine Rezeption, die den weberschen Machtbegriff in den foucaultschen hineinliest und so die grundlegend positivistische Dimension des foucaultschen Wissenschaftsverständnisses verkennt. Es ist dies eine Rezeption, die nach einem Weg zur „Rechtskritik“ sucht – einem Weg, der mit Foucault nicht gegangen werden kann, erschafft doch die foucaultsche Macht *Wirklichkeit*, ohne die die Welt wohl kaum denkbar wäre. In solchen rechtswissenschaftlichen Auseinandersetzungen mit Foucault manifestiert sich zugleich eine große Unsicherheit im Umgang mit „Theorieimporten“⁷⁷. Selbst wenn man der Rechtswissenschaft (wie etwa die Vertreterinnen und Vertreter der neuen Verwaltungsrechtswissenschaft) bei der Integration gesellschaftswissenschaftlicher Modelle statt eines „Theorietransfers“ eine gewisse „Theorietransformation“ zugestehen möchte⁷⁸ und sich so mit einer Einbuße des „vom professionellen Stab

74 Ebd.

75 Ebd., 308.

76 Ebd., 312 (Hervorhebungen im Original nicht übernommen).

77 Voßkuhle warnt für das Verwaltungsrecht vor dem „uninformierte[n] Theorieimport“, siehe Andreas Voßkuhle, Methoden und Pragmatik im Öffentlichen Recht. Vorüberlegungen zu einem differenziert-integrativen Methodenverständnis am Beispiel des Umweltrechts, in: Bauer/Czybulka/Kahl/Voßkuhle (Hrsg.), Umwelt, Wirtschaft und Recht. Wissenschaftliches Symposium aus Anlaß des 65. Geburtstages von Reiner Schmidt, Tübingen 2002, 171–195 (182–184); ebenso ders., Neue Verwaltungsrechtswissenschaft, in: Hoffmann-Riem/Schmidt-Aßmann/Voßkuhle (Hrsg.), Grundlagen des Verwaltungsrechts, Bd. 1, 2. Aufl., München 2012, § 1 Rn. 39.

78 So zum Wandel der Sozialwissenschaften im Kontakt mit der Rechtswissenschaft allgemein Wolfgang Hoffmann-Riem, Sozialwissenschaften im Verwaltungsrecht: Kommunikation in einer multidisziplinären Scientific Community, in: Die Verwaltung, Beiheft 2: Die Wissenschaft vom Verwaltungsrecht: Werkstattgespräch aus Anlaß des 60. Geburtstages von Prof. Dr. Eberhard Schmidt-Aßmann, Berlin 1999, 83–125 (85).

der jeweiligen Disziplin zugemessenen Erklärungsgehalt[s]“ bescheidet, „die nicht selten in ein[e] Banalisierung und Trivialisierung“ mündet,⁷⁹ genügt diese Art von Foucaultrezeption selbst derart herabgesetzten Ansprüchen nicht. Denn sie wird der Originalität des foucaultschen Œuvres und hier im Besonderen seinem Machtbegriff, der als „kondensierte Theorie“ „den Schlüssel zu den verwendeten Paradigmen“ darstellt,⁸⁰ in keiner Weise gerecht. Im Gegenteil: Sie verstellt den Weg zu einem fruchtbaren Umgang mit Foucaults Denken, der auch der Rechtswissenschaft einen gewissen Erkenntnisgewinn zu verschaffen vermag und mithin als „produktive Irritation durch andere Forschungszugänge und Erkenntnisse“ dienen könnte.⁸¹



**Gesetzliche Regelungen
zur Terrorismusbekämpfung in
Deutschland auf dem Prüfstand**
**Ergebnisse der Evaluation nach
Artikel 9 des Gesetzes zur Änderung des
Bundesverfassungsschutzgesetzes**
Von Univ.-Prof. Dr. Jan Ziekow, Dieter Katz,
Axel Piesker und Hanna Willwacher
2016, 163 S., brosch., 39,- €
ISBN 978-3-8487-2964-7
eISBN 978-3-8452-7356-3
(Schriften zur Evaluationsforschung, Bd. 6)
nomos-shop.de/27002

Dieser Band umfasst die Ergebnisse der Evaluation nach Artikel 9 des Gesetzes zur Änderung des Bundesverfassungsschutzgesetzes, die vom Institut für Gesetzesfolgenabschätzung und Evaluation im Auftrag des Bundesministeriums des Innern durchgeführt wurde.



Unser Wissenschaftsprogramm ist auch online verfügbar
unter: www.nomos-elibrary.de

Portofreie Buch-Bestellungen unter
www.nomos-shop.de
Alle Preise inkl. Mehrwertsteuer



79 Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 77), § 1 Rn. 39.

80 Hoffmann-Riem (Anm. 78), 86.

81 Voßkuhle, Neue Verwaltungsrechtswissenschaft (Fn. 77), § 1 Rn. 39.