

3. Libertäre und egalitaristische Konzeptionen der Gerechtigkeit und ihre jeweiligen Beherrschungsformen

In diesem Kapitel werden zwei idealtypische Konzeptionen, eine libertäre (oder klassisch-liberale) und eine egalitaristische, des im letzten Kapitels (2.) entwickelten allgemeinen Begriffs der Gerechtigkeit sowie ihre jeweiligen Beherrschungsformen, Ausbeutung als Machtstabilisierung und Normalisierung, dargestellt. Dem seien drei Erläuterungen bzw. Erinnerungen vorgeschaltet: zum Begriff der Beherrschung (a), zum ›idealtypischen‹ Charakter dieser Konzeptionen (b) und zum Anspruch der Argumentation in diesem Kapitel für die Hauptthese der Arbeit (c).

(a) Mit den jeweiligen Beherrschungsformen einer idealtypisch libertären oder egalitaristischen Gerechtigkeitskonzeption ist *nicht* die Durchsetzung von Normen, die nach der jeweiligen Gerechtigkeitskonzeption als gerecht bewertet werden können, gemeint. Es geht hingegen um die Form der *Beherrschung*, die eine Gerechtigkeitskonzeption über ihre legitime Herrschaft (die Durchsetzung gerechter Normen) hinaus, produziert. Im letzten Kapitel habe ich bezogen auf mögliche falsche Grenzziehungen zwischen gerechtigkeitsrelevant und gerechtigkeitsirrelevant bereits auf diese Beherrschungsformen hingewiesen (vgl. 2.1). Diese Beherrschungsformen in den Blick zu bekommen, geht über eine normative Kritik an bestimmten Gerechtigkeitskonzeptionen hinaus. Es werden nicht die normativen Ziele der jeweiligen Konzeptionen kritisiert, sondern betrachtet werden soll, was die (institutionelle) Regulierung von sozialen Konstellationen entsprechend dem normativen Ideal der jeweiligen Konzeption tatsächlich bewirken oder begünstigen würde (vgl. 1.2 zur Methode).

›Herrschaft‹ verwende ich als normativ neutralen Begriff, denn es kann auch legitime, etwa demokratische, Herrschaft geben (so auch Forst 2015a: 77). Diese normative Neutralität gilt in meiner Terminologie genauso für den Machtbegriff. Herrschaft ist dabei als Unterbegriff von Macht zu verstehen. Macht ist Herrschaft, wenn sie eine kontinuierliche, verfestigte Form von Machtausübung darstellt und nicht etwa die situative Handlungsmacht eines Individuums beschreibt. Gewalt verstehe ich als physische oder präziser Kausalbeziehungen beeinflussende Kraft – so ist eine Gewaltausübung auf neurologische Mechanismen denkbar (vgl. Forst 2015a: 79, insb. Fn. 50) – und Grenzbegriff von sowohl Macht- als auch Herrschaft. Alle Machtbeziehungen (einschließlich Herrschaftsbeziehungen) können so einerseits durch das Vorhandensein

von Gewaltmitteln ermöglicht werden, etwa, wenn jemand eine Drohung ausspricht, während er dem Bedrohten eine geladene Pistole an die Schläfe hält; andererseits schlägt die Macht des Drohenden in Gewalt um, wenn er den Bedrohten erschießt, weil dieser keine Informationen preisgibt oder bezogen auf die Herrschaft, wenn jemand eine Straftat begeht und deswegen physisch in ein Gefängnis eingesperrt wird, d.h., wenn das Wissen über das zu erwartende Strafmaß für die begangene Tat nicht ausreicht hat, um den Täter vom Begehen der Tat abzuhalten.¹ Diente in diesem letzten Beispiel die staatliche Herrschaft als Beispiel, muss Herrschaft nicht in diesem Sinne *staatlich* institutionalisiert sein, sondern kann sich auch in »sozialen (also nicht erst den politischen) Relationen« bilden (Menke 2015: 268). Diesen Begriff der Herrschaft als institutionalisierter Macht in »eine[m] weiten Sinn« verwendet Menke im Anschluss an Michel Foucault und Heinrich Popitz (Menke 2015: En. 206 auf 455f., verwiesen von 268).

Wenn ich also Herrschaft als normativ neutralen Begriff verwende, verwende ich Beherrschung als Ausdruck für normativ nicht-wünschenswerte Formen von Herrschaft (vgl. Gädeke 2017: 146–167).²

(b) In loser Anlehnung an Max Webers Rede von Idealtypen sozialer Phänomene und Handlungen (vgl. Weber 2005 [1922]: 5) rücken

- 1 Genauer zu Forsts Verständnis von Macht (im Verhältnis zu Herrschaft, Gewalt und Beherrschung), auf das ich mich im Vorgehenden gestützt habe, siehe 6.3.2.
- 2 Der Ausdruck ›Beherrschung‹ bzw. ›Nicht-Beherrschung‹ hat sich als Übersetzung des englischen Ausdrucks *domination* bzw. *non-domination* eingebürgert, welcher insbesondere in der neo-republikanischen Politischen Philosophie eine zentrale Rolle spielt. Als Hauptvertreter einer neo-republikanischen Politischen Philosophie gilt Philip Pettit. Neben der Tatsache, dass es sich bei Beherrschung um ein nicht-wünschenswertes Verhältnis handelt, ist es in der neo-republikanischen Theorie zentral, dass die Beherrschung einer Person durch eine andere Person (oder Institution) nicht notwendig auf einer manifesten Einmischung (*interference*) der letzteren in die Freiheit der ersteren beruhen muss. Vielmehr ist bereits das Vermögen der letzteren Person allerdings nur zur *willkürlichen* und nicht jedweder Freiheitsbeschränkung der ersteren hinreichend für ein Beherrschungsverhältnis (vgl. Gädeke 2017: 82f.). Es lässt sich nun weiter diskutieren, was ein solches Vermögen kennzeichnet und was unter einer willkürlichen Freiheitsbeschränkung zu verstehen ist. Ich teile für den Kontext dieser Arbeit neben der Tatsache, dass Beherrschung normativ nicht-wünschenswert ist, das grundsätzliche Merkmal des Beherrschungsvokabulars, das Beherrschung nicht auf *direktem* Zwang beruht. Dies gilt in meiner Terminologie allerdings auch für ›Herrschaft‹ (vgl. 6.3.2). Auch dass Beherrschung durch willkürliche Freiheitseinschränkung konstituiert wird, teile ich (siehe dazu neben den Ausführungen in diesem Kapitel insbesondere 10.4). Deswegen scheint mir ›Beherrschung‹ eine angemessene Bezeichnung für Ausbeutung,

in diesem Kapitel nicht *eine* libertäre und *eine* egalitaristische Gerechtigkeitskonzeption in den Blick, sondern jeweils eine idealtypische. Das bedeutet, dass nicht die gesamte Theorie einer Autorin oder eines Autors unter einer der beiden Konzeptionen abgebildet wird, sondern jeweils nur bestimmte Bestandteile. Das erste Prinzip von Rawls' Gerechtigkeitskonzeption (Gerechtigkeit als Fairness), »Jedermann soll gleiches Recht auf das umfangreichste System gleicher Grundfreiheiten haben, das mit dem gleichen System für alle anderen verträglich ist.«³, ist so einer idealtypisch libertären Gerechtigkeitskonzeption zuzuordnen, während zumindest Teil (a) des zweiten Grundsatzes, des Differenzprinzips, dass »[s]oziale und wirtschaftliche Ungleichheiten so zu gestalten [sind], daß (a) sie zu jedermanns Vorteil dienen [...]« einer idealtypischen egalitaristischen Konzeption zuzuordnen ist (Rawls 2012 [1971]: 81).

(c) Die Beschreibung der beiden Beherrschungsformen, Ausbeutung (als Machtstabilisierung) und Normalisierung, stellt eine Rekonstruktion von Teilen von Menkes Analyse in seinem Buch *Kritik der Rechte* (2015) dar. Menke spricht von Ausbeutung, schließt damit aber im Anschluss an Weber auch schon die von mir bevorzugte, allgemeinere Deutung als Machtstabilisierung eines per Definition *asymmetrischen* Klassenverhältnisses, d.h. der über die Zeit stabilen Herrschaft⁴ einer Klasse über die andere, ein (vgl. Menke 2015: 279 und En. 252 auf 461, verwiesen von 288). Ich beanspruche in diesem Kapitel nicht ›Ausbeutung‹ und ›Normalisierung‹ eigenständig herzuleiten, sondern verlasse mich in großen Teilen auf Menke. Allerdings sind die von Menke analysierten Herrschaftsformen, Ausbeutung (als Machtstabilisierung) und Normalisierung, als Herrschaftsformen des Privat- bzw. Sozialrechts konzeptualisiert, während ich sie als Beherrschungsformen einer idealtypischen libertären bzw. egalitaristischen *Gerechtigkeitskonzeption* darstelle. Der Zusammenhang von Privat- bzw. Sozialrecht und Libertarismus bzw. Egalitarismus kann aus zwei Perspektiven beschrieben werden: So kann *aus Perspektive des Rechts* eine Gerechtigkeitskonzeption als Ausdruck

Normalisierung, Beschleunigung und Flexibilisierung zu sein. Auf die Diskussion der Definitionsmerkmale von ›Beherrschung‹ in der Debatte um den Neo-Republikanismus gehe ich allerdings nicht weiter ein.

- 3 Diese Formulierung hat Rawls später in Reaktion auf eine Kritik von Hart geringfügig abgeändert zu »*Jede Person hat ein gleiches Recht auf ein völlig adäquates System gleicher Grundfreiheiten, das mit dem entsprechenden System von Freiheiten für alle vereinbar ist.*« (Rawls 1992a: 160)
- 4 Menke unterscheidet terminologisch nicht zwischen wünschenswerter und nicht-wünschenswerter Herrschaft. Die Herrschaftsformen, Ausbeutung und Normalisierung, die er beschreibt, verstehe ich jedoch als in seinem Sinne nicht-wünschenswert und deswegen in meiner Terminologie als *Beherrschungsformen*.

der normativen Grundorientierung einer spezifischen Rechtsform oder eines Rechtsgebiets gedeutet werden. Aus *Perspektive der Gerechtigkeit* hingegen kann eine spezifische Rechtsform oder ein Rechtsgebiet als gesellschaftliche Realisierung(sform) einer normativen Gerechtigkeitskonzeption gesehen werden. Ich beziehe keine Stellung zu der Frage, ob es moderne Gerechtigkeitskonzeptionen (im Sinne des allgemeinen Begriffs wie er in Kapitel 2 dargestellt wurde) geben könnte, ohne dass es ein positives modernes Recht gibt. Von dieser entwicklungsgeschichtlichen Frage abgesehen, betone ich allerdings den strukturellen Zusammenhang von Recht und Gerechtigkeit: Keine Realisierung der Gerechtigkeit ohne Rechtsstaat⁵; kein Rechtsstaat ohne die Idee der Gerechtigkeit.⁶

Menkes Kritik der Rechte

Bevor ich auf die idealtypische Konzeption einer libertären Gerechtigkeitstheorie zu sprechen komme, sei noch das Gesamtkonzept von Menkes *Kritik der Rechte* skizziert, da ich einige der methodischen Prämissen und grundlegenden Argumentationsschritte des Buches im weiteren Verlauf dieses Kapitels voraussetzen werde. Manche der methodischen Prämissen und grundlegenden Argumentationsschritte habe ich bereits in Kapitel 2 übernommen; an den relevanten Stellen hatte ich dies kenntlich gemacht.

Der Ausgangspunkt von Menkes Buch ist »Marx' Rätsel«: Wie verhält sich die *politische*, gar revolutionäre Einforderung von Gleichheit (als Gleichheit von Rechten) zu der Tatsache, dass die erfolgreiche Etablierung solcher Rechte im Recht – im Gegensatz zu ihrem politischen »Grund« – *private* Subjekte der Rechtsgleichheit produziert? (Menke 2015: 7f.) Menke möchte nun nicht – wie laut Menke Marx – diese Depolitisierung bloß benennen, sondern anhand einer Analyse und Kritik der *Form* der Rechte verstehen. Der Anspruch des Buches ist, zu zeigen, »wie [nicht ›dass‹ oder ›warum‹, E.N.] sie [die bürgerliche Gesellschaft] dies [die Politik degradieren, E.N.] tut« (Menke 2015: 9).

Das Buch ist in vier Teile gegliedert, die mit den Schlagworten »Geschichte«, »Ontologie«, »Kritik« und »Revolution« betitelt sind. Im ersten Teil wird die These erläutert, dass es ein spezifisches, nämlich

- 5 Mit der Frage nach transnationaler Gerechtigkeit (dazu siehe 6.5) ist somit unmittelbar die Frage nach trans- und internationalem Recht und damit transnationalen Konstitutionalisierungsprozessen verknüpft.
- 6 Vgl. »Das Recht enthält [...] den Anspruch einer Ausübung, die im Namen der Gerechtigkeit geschieht; die Gerechtigkeit wiederum erfordert, daß sie in einem Recht sich einrichtet, das ›enforced‹ werden muß.« (Derrida 2014 [1990]: 46)

modernes, positives Recht ist, das den Gegenstand des Buches darstellt. Dieses Recht sei durch die revolutionäre Erklärung von gleichen Rechten begründet und funktioniere, d.h. reguliere Gesellschaften durch die Bereitstellung subjektiver Rechte (vgl. 2.2 und 2.3). Im Gegensatz zum vormodernen oder klassischen Recht, das »gerechte[] Anteil[e]« (Menke 2015: 45) an einer objektiv gerechten Ordnung verteile, seien moderne subjektive Rechte solche, die »(natürliche) [nicht gerechte, E.N.] Ansprüche« gelten lassen (Menke 2015: 56). Dadurch hat das moderne Recht (das Recht der subjektiven Rechte) im Gegensatz zum klassischen Recht einen konstitutiven Bezug zum Natürlichen (oder Nicht-rechtlichen oder zur Materie). Im zweiten Teil, »Ontologie«, erläutert Menke dieses Verhältnis zwischen dem modernen Recht (als Form) zu der Materie (dem Nicht-Rechtlichen, dem Natürlichen), der es durch subjektive Rechte Geltung verschafft, genauer: Menke erläutert, dass die Differenz von Recht und Nichtrecht für die Normativität des modernen Rechts entscheidend ist. Da es der Zweck des modernen Rechts selbst ist, (durch subjektive Rechte) Nichtrechtliches zu erlauben, liegt die Differenz von Recht zu Nichtrecht im Kern der Normativität des modernen Rechts. Sie ist die »Lücke im Recht« (Menke 2015: 111). In dem Sinne dass sich diese Differenz »im Inneren des Rechts [vollzieht]«, nämlich durch die Form der subjektiven Rechte, die für das moderne positive Recht insgesamt bestimmend ist, und nicht außerhalb des Rechts, reflektiert das moderne Recht auf sich selbst als spezifische Form von Normativität (vgl. Menke 2015: 12). Das moderne positive Recht drückt durch die Form der subjektiven Rechte gewissermaßen aus, dass das normativ Wünschenswerte für dieses Recht bloß die Sicherung des Natürlichen ist (vgl. 2.2). Die Beschreibung dieser Selbstreflexivität des Rechts ist Menkes eigenem Anspruch nach eine ontologische. Er beschreibt hier zunächst die Grundstruktur des modernen Rechts, ohne sie zu bewerten. Im dritten Teil des Buches »Kritik« verändert sich Menkes Argumentationsmodus; er *kritisiert* nun die Art und Weise, wie das moderne Recht selbstreflexiv ist. Das moderne Recht beziehe sich auf das Nichtrechtliche in Form eines blinden Hinnehmens. Menke nennt dies auch den »Modus ihrer [der Form der Rechte] Verleugnung« (Menke 2015: 12): Insofern das Recht der Rechte das Nichtrechtliche als Materie einfach blind akzeptiert oder positiviert, verleugnet es seine eigene spezifische Normativität, die ja gerade das Nichtrechtliche affirmiert, sichert oder sogar erst zum Nichtrechtlichen oder Natürlichen macht und ihm deshalb gerade nicht indifferent gegenüber steht (wie es aber die Form der subjektiven Rechte nahelegt). Im vierten Teil des Buches »Revolution« erläutert Menke, wie ein anderer Grund (als der der bürgerlichen Revolutionen) auszusehen hätte, der dementsprechend auch ein anderes, »neues Recht« (Menke 2015: 369) mit sich bringen würde. Menkes positiver Vorschlag (also

Teil IV) ist für mich weniger relevant als die eher diagnostischen Teile I–III und darin insbesondere Teil III.

In den ersten drei Teilen des Buches beschreibt Menke jeweils zwei Weisen, in denen das moderne Recht sich vom klassischen Recht unterscheidet (Teil I), Bezug nimmt auf das Nichtrechtliche (Teil II) und diese Selbstreflexion falsch vollzieht (Teil III). Diese beiden wiederkehrenden Motive, die in drei unterschiedlichen Hinsichten ausgeführt werden, bilden, meinem Verständnis nach, zusammengenommen das zentrale Argument des Buches (wenigstens der Teile I–III). Im ersten Teil des Buches beschreibt Menke den Übergang vom klassischen Recht zum modernen Recht in zwei Durchgängen: einmal den Übergang »Vom Anteil zur Macht« (Kapitel 2: »Das Interesse der Selbsterhaltung«) und einmal den Übergang »Von der Paideia zur Souveränität« (Kapitel 3: »Die Willkür des Inneren«). Im zweiten Teil des Buches beschreibt er zwei Weisen, in denen sich das Recht auf das Nichtrechtliche bezieht. Auf der einen Seite bezieht sich Recht berechtigend auf die Natur. Die Rechte »berechtigen« also vorrechtlich bereits existierende faktische Bestrebungen. Auf der anderen Seite »erlauben« die Rechte (des modernen Rechts). Berechtigen und Erlauben sind zwei Seiten der Legalisierung. Durch die Berechtigung begründet sich das Recht selbst, durch die Erlaubnis begrenzt es sich selbst (vgl. Menke 2015: 104f.). Im dritten Teil des Buches unterscheidet Menke zwischen »Ermächtigung« (Kapitel 8) und »Eigenwille« (Kapitel 9). Beides sind Funktionen von subjektiven Rechten. Für Menke ist die erste Komponente (»Ermächtigung«) schließlich verantwortlich für die Herrschaftsform der Normalisierung und die zweite Komponente (»Eigenwille«) für die Ausbeutung (vgl. Menke 2015: En. 192 auf 424f., verwiesen von 89). Zudem betonen laut Menke die zwei gängigsten Rechtstheorien, die Interessens- und Willentheorie, jeweils eine dieser Komponenten: die Interessentheorie die Ermächtigungsfunktion von Rechten und die Willentheorie den Eigenwillen, der von Rechten legalisiert wird (vgl. Menke 2015: 91). Schließlich sind es zwei unterschiedliche Rechtsgebiete, die beide Funktionen der Rechte paradigmatisch umsetzen: das Privatrecht die Funktion, den Eigenwillen zu legalisieren, und das Sozialrecht die Ermächtigungsfunktion (s.u.).

Meiner Systematik nach ist es die Funktion der Rechte als den Eigenwillen legalisierend, die in libertären Gerechtigkeitstheorien extrapoliert wird, während es die Ermächtigungsfunktion ist, die in egalitären Gerechtigkeitstheorien zugrunde gelegt wird.

3.1 Libertäre Gerechtigkeit und Machtstabilisierung (Ausbeutung)

3.1.1 Die libertäre Spezifizierung des allgemeinen Begriffs der Gerechtigkeit

In diesem Unterkapitel soll plausibilisiert werden, dass eine der zwei von Menke beschriebenen Funktionen der Rechte, diejenige die den Eigenwillen legalisiert, als normative Grundlage einer idealtypischen libertären Gerechtigkeitstheorie verstanden werden kann. Menke selbst schlägt zwar den Bogen von den jeweiligen Funktionen der Rechte zu unterschiedlichen Theorien der Rechte, Interessen- und Willens- bzw. Willkürtheorien der Rechte (s.o.), aber nicht zu Gerechtigkeitstheorien. Das liegt möglicherweise daran, dass er den Gerechtigkeitsbegriff anders verwendet als ich, d.i. nicht auf die moderne Rechtsform bezogen. In *Kritik der Rechte* gibt es zwei verschiedene Punkte, an denen dieses nicht auf die moderne Rechtsform bezogene Verständnis von Gerechtigkeit deutlich wird. Einerseits schreibt Menke in Bezug auf die Abgrenzung des modernen vom klassischen Recht, dass das klassische Recht Anteile »auf etwas Gerechtes«, Anteile an einer objektiv richtigen, sittlichen Ordnung verteile (Menke 2015: 57). Im Gegensatz dazu sind moderne Rechte Rechte auf etwas, das eben nicht normativ qualifiziert (i.S.v. gerecht) ist, sondern außerrechtlich oder natürlich ist. Wie bezüglich der reduzierten Perspektive der Gerechtigkeit beschrieben (2.1), ist in meiner Terminologie die intersubjektive Ordnung, die von der Gerechtigkeit gefordert ist, gerade nicht unbedingt auch eine sittliche Ordnung. Am Ende des Buches im Abschnitt »Gerechtigkeit der Spaltung« (395ff.) verwendet Menke andererseits den Gerechtigkeitsbegriff als Bewertungsmaßstab für das von ihm geforderte »neue Recht«. Da es bei Menke unklar bleibt, wie weit das neue Recht sich vom modernen Recht entfernt, ist es auch unklar, inwiefern der Gerechtigkeitsbegriff hier als auf das moderne Recht bezogen verstanden werden kann oder ob er sich eher auf das, wenn man so will, *sittliche* Gelingen einer Praxis bezieht (vgl. Menke 2015: 395). Eine andere Möglichkeit wäre auch, dass Gerechtigkeit an dieser Stelle eher als ›Gerechtigkeit als Überschuss‹ zu verstehen ist (vgl. 1.1).

Abgesehen von dieser terminologischen Frage verweist Menke im Kontext der Beschreibung der Funktion der Rechte als den Eigenwillen legalisierend auf Theorien, die ich als libertäre Gerechtigkeitstheorien fasse. Im neunten Kapitel »Eigenwille« (Teil III) schreibt Menke über das Eigentum als »einfachste und grundlegendste Gestalt der rechtlichen Ermächtigung des Eigenwillens« (Menke 2015: 207). Menke bezieht sich hier auf John Lockes Konzeption und Rechtfertigung von

Eigentum durch das Eigentum an der eigenen Person (Selbsteigentum). Seine Eigentumskonzeption ist für Lockes gesamte Politische Philosophie grundlegend und Locke ist wiederum der Vordenker neuerer libertärer Gerechtigkeitstheorien. Unter solchen neueren libertären Gerechtigkeitstheoretikern legte Robert Nozick mit *Anarchy, State, and Utopia* (1974) das wohl wichtigste Buch vor. Menke bezieht sich in diesem Kontext auch einmal direkt auf Nozick (Menke 2015: En. 105 auf 447f., verwiesen von 220). Im Folgenden werde ich nun anhand der drei in Kapitel 2 entwickelten Merkmale eines allgemeinen Gerechtigkeitsbegriffs eine idealtypische Konzeption libertärer Gerechtigkeit darstellen.

Die Grenze zwischen privater und öffentlicher Sphäre (Reduziertheit)

Aus Perspektive der Gerechtigkeit interessieren soziale Phänomene nicht im Ganzen und nicht alle sozialen Phänomene, denn sie ist ›reduziert‹ in dem Sinne, dass sie eine Auswahl der für sie relevanten Phänomene trifft (vgl. 2.1). Diesen zunächst abstrakten Charakter der Reduziertheit der Perspektive der Gerechtigkeit beschreibt Nozick: Zunächst sei die Berücksichtigung von Rechten die einzige Bedingung für Gerechtigkeit: »Respect for rights is [...] the sole condition of justice« (Nozick 2013 [1974]: xiv) und Rechte versteht Nozick als »side-constraints« (Nozick 2013 [1974]: 29), d.h., sie schränken lediglich die *gegebenen* Handlungen von Individuen ein. Die *Handlungsziele* sind aus Perspektive der Gerechtigkeit nach Nozick also irrelevant. Geht man davon aus, dass Handlungsziele (zumindest auch) in intersubjektiven Räumen gebildet und realisiert werden, werden somit einige gesellschaftliche Bereiche aus dem Blickfeld der Gerechtigkeit ausgeschlossen und zwar die privaten.

Substanziell zieht die libertäre Gerechtigkeit die Grenze zwischen gerechtigkeitsrelevant und gerechtigkeitsirrelevant zwischen der öffentlichen und privaten Sphäre. Wie im Privaten zu handeln sei, darf nicht mit öffentlicher Gewalt bestimmt werden. Die Grenze zwischen dem, was öffentlich reguliert und dem was im Privaten unbestimmt bleiben darf und soll, wird mithilfe der Frage bestimmt, ob subjektive Rechte verletzt werden oder nicht. Solange jemand keine subjektiven Rechte einer anderen Person verletzt, darf sie machen, was sie will. Sobald eine Person die Rechte einer anderen Person verletzt, ist das Eingreifen öffentlicher Gewalt gerechtfertigt. Wie die Funktion dieser Rechte im Liberalismus zu verstehen ist und inwiefern sie eine normative Grundlage teilen, ist Thema des nächsten Abschnitts. Neben der Frage danach, wo die Grenze gezogen wird, ist es aus Sicht des Liberalismus wünschenswert, dass die private Sphäre möglichst umfangreich ist und die Bereiche, in denen Staatshandeln zulässig ist, möglichst begrenzt werden (vgl. z.B. Brennan 2012: 2).

Beispielhaft wird im Eintrag »*libertarianism*« der *Stanford Encyclopedia of Philosophy* beschrieben, wann die Grenzen der öffentlichen Gewaltanwendung im Sinne des Libertarianismus bereits überschritten sind:

»Agents of the state violate the rights of citizens when they punish, or threaten to punish, a person for riding a motorcycle without a helmet, for taking drugs, for refusing to purchase health insurance or serve in the military, for engaging in consensual sexual relations in private, or for gambling.« (Vallentyne und van der Vossen 2014: 16)

Der Raum für kollektive politische Zielsetzungen ist demnach, wenn etwa auch als privat gilt, ob ich eine Krankenversicherung habe oder nicht, sehr begrenzt.

Das Recht auf private Freiheit (auf Rechte)

Wie im zweiten Unterkapitel des vorhergehenden Kapitels (2.2) vorgeschlagen, konzeptualisiere ich die normative Grundorientierung einer Gerechtigkeitskonzeption als Spezifizierung eines Meta-*Rechts* auf Rechte. Die normative Grundorientierung einer libertären Konzeption der Gerechtigkeit ist dementsprechend ein *Recht auf private Freiheit* auf Rechte, welches durch positive Rechte (*Recht auf private Freiheit auf Rechte*) geschützt werden soll. Dieses Recht drückt die Forderung aus, dass jeder und jedem ermöglicht werden soll, in der Sphäre des Privaten frei zu handeln, solange niemand anderes durch diese freie Handlung in seiner Freiheit beschränkt wird. Ob die freie Handlung dabei autonom ist, d.h. vernünftigen, selbstgewählten Regeln gehorcht, ist unerheblich. Frei handeln kann hier etwa auch sein, sich dafür zu entscheiden, dem Lebensstil der Eltern unhinterfragt zu folgen oder ihn aus Trotz abzulehnen, ohne dafür vernünftige Gründe angeben zu können oder zu müssen: »[...] [L]ibertarians advocate radical freedom. Each person may decide how her life will go. We need not justify ourselves to others.« (Brennan 2012: 4) Menke beschreibt diese Freiheit als »gleiche Willkürfreiheit aller Bürger« (Menke 2015: 272f.). Honneth bezeichnet sie auch in Bezug auf Nozick als »negative Freiheit« (Honneth 2011: 50). Habermas spricht von »Privatautonomie«, wobei die Rede von Autonomie auch mit dem Zusatz »privat« womöglich missverständlich ist, da Autonomie wörtlich Selbstgesetzgebung heißt und die von Libertären befürwortete Freiheit auch Fälle erfassen soll, in denen eine Handlungsentscheidung gar keiner Handlungsregel (auch keiner idiosynkratischen) unterliegt (vgl. Habermas 1994 [1992]: z.B. 483f.).

Obwohl es nicht festgelegt ist, welche Handlungen im Bereich der Privatsphäre vollzogen werden sollen, gelten die freie Verfügung über sein Eigentum und der freie Tausch seines Eigentums als paradigmatische

Nutzung dieser Freiheit (vgl. Menke 2015: 273). Brennan schreibt: »Libertarianism is most famous for its view on economics; however, it is not just about economics. It is not even primarily about economics. Libertarian attitudes toward the free market are just an extension of the attitudes toward the rest of social life.« (Brennan 2012: xiii, xiv) Die freie Verfügung über das Eigentum ist also eine Weise, durch die private Freiheit paradigmatisch ausgeübt werden kann, aber die Nutzung des Eigentums tritt normativ gegenüber der Idee privater Freiheit zurück.⁷

Versteht man das Recht auf private Freiheit als Begründung positiv-rechtlicher Rechte (Recht auf private Freiheit auf *Rechte*) wird deutlich, dass es zu der Willens- oder Willkürtheorie von Rechten passt: Die Funktion von Rechten wird darin so gesehen, dass sie nicht grundlegenden, gerechtfertigten Interessen jedes Menschen (bzw. von Bürger/innen) schützen sollen, sondern den »Eigenwillen« einer und eines jeden, in einer begrenzten Sphäre zu tun und zu lassen, was sie oder er will (vgl. Wenar 2020).

Dabei kann es unterschiedliche Begründungen für das Recht auf private Freiheit geben (vgl. Wendt 2016: 207). Die Begründungsebene hat nicht unbedingt Einfluss auf seine Konzeptualisierung. Eine mögliche Begründung ist die auf Locke zurückgehende Vorstellung des Selbstbesitzes. Aber auch die »kantische[] Idee der Achtung von Personen« (Wendt 2016: 207) als Zwecke in sich selbst und nicht bloß Mittel (etwa zu einem gemeinsamen Ziel) mag als Rechtfertigung eines Rechts auf private Freiheit dienen in dem Sinne, dass niemand in die Freiheit eines anderen intervenieren darf, um seine eigenen Ziele zu verwirklichen.⁸ Unabhängig von der spezifischen Begründung wird hier eine »starke Normativität« (vgl. 2.3) begründet. Eine Normativität, die staatlichen Zwang (wenn auch nur in begrenzten Bereichen) rechtfertigen kann.

Formale Rationalität des Rechts (spezifische Rechtsform) und unbestimmte Gesellschaft

An dieser Stelle stellt sich die Frage nach der von libertärer Gerechtigkeit geforderten spezifischen Rechtsform und danach, welches Gesellschaftsbild sie implizit zugrunde legt. In Habermas' Systematisierung ist an dieser Stelle das *liberale* Rechtsparadigma relevant. Das liberale Rechtsparadigma ist mit der spezifischen Rechtsform des »formalen Recht[s]« verbunden (Habermas 1994 [1992]: 494). Das implizite Gesellschaftsbild einer libertären Gerechtigkeitskonzeption ist dabei, dass

7 Anders Wendt: »Libertäre Gerechtigkeit löst sich also in die Achtung von Eigentumsrechten auf.« (Wendt 2016: 206)

8 Für weitere mögliche Begründungen vgl. Wendt 2016: 207f.

Gesellschaft »als Unbestimmbares« erscheint (vgl. Menke 2015: 92). Ich gehe nun zunächst näher auf das formale Recht und dann etwas genauer auf das implizite Gesellschaftsbild ein.

Bevor ich detaillierter beschreibe, was unter der Rechtsform des formalen Rechts oder der formalen Rationalität des Rechts zu verstehen ist, sei kurz daran erinnert, wie sich die Frage nach der spezifischen Rechtsform zu unterschiedlichen Rechtsgebieten verhält. Im deutschen Recht unterscheidet man zwischen drei Rechtsgebieten: dem Privatrecht, dem öffentlichen Recht und dem Strafrecht⁹. Menkes Analyse der einen Seite der Funktion subjektiver Rechte (den Eigenwillen zu legalisieren) bezieht sich auf eine Rationalität des Rechts, die es ursprünglich nur im Privatrecht gab. Der erste Teil seines Buches *Kritik der Rechte*, welches den historischen Unterschied zwischen klassischem Recht und modernem Recht beschreibt, setzt deshalb mit der Geschichte des Privatrechts an. Allerdings ist es eine entscheidende These seines Buches, dass die zunächst von Menke über das Privatrecht herausgearbeitete Form der subjektiven Rechte nicht nur für das Privatrecht gilt, sondern für alle Rechtsgebiete des modernen bürgerlichen Rechts: »[D]ie Transformation im Begriff der Rechte [von einem klassischen zu einem modernen Begriff der Rechte, E.N.], der traditionell ein Begriff des Privatrechts ist, [ist] nicht auf dieses Feld beschränkt« (Menke 2015: 18).¹⁰

Wenn ich von der spezifischen Rechtsform formalen Rechts schreibe, ist es zudem wichtig zu betonen, dass ich damit *nicht* die moderne Rechtsform im Allgemeinen meine (vgl. 2.3). Manchmal wird ›formales Recht‹ auch so verwendet. Im Kontext der Untersuchung der spezifischen Rechtsform libertärer Gerechtigkeit geht es konkreter darum, in welcher Form Gesetze formuliert sind.¹¹

In seinem Aufsatz »Reflexives Recht: Entwicklungsmodelle des Rechts in vergleichender Perspektive« (1982) beschreibt Teubner drei unterschiedliche Rechtsrationalitäten: eine formale, eine materiale und eine reflexive. Er unterscheidet dabei im Anschluss an Habermas zwischen drei Dimensionen der Rationalität: »Interne Rationalität«, »Norm-Rationalität« und »System-Rationalität« (Teubner 1982: 23)¹². Für meinen

9 Das Strafrecht kann dabei systematisch allerdings auch dem öffentlichen Recht zugeordnet werden, da es auch das Verhältnis von der einzelnen Bürgerin bzw. vom einzelnen Bürger zum Staat betrifft.

10 Zur Kritik an dieser These Menkes, siehe schon 2.2.

11 Es kann allerdings sein, dass spezifische Rechtsformen, wie reflexives Recht, auch die allgemeine moderne Rechtsform – bezogen insbesondere auf die klare institutionelle Trennung von Judikative und Legislative, die auf die Trennung von Gesetzgebung (Legislative) und Rechtsanwendung (Judikative) zurückgeht – »ankratzen«, vgl. Kapitel 8, insb. 8.5.

12 Die Unterscheidung in diese drei Dimensionen übernimmt Teubner aus: Habermas 1976.

Zweck an dieser Stelle, die Beschreibung der spezifischen Rechtsform, ist nur die »Interne Rationalität« wichtig. Dabei geht es um die »Begriffsstrukturen des Rechts« (Teubner 1982: 24).¹³ Die spezifische Rechtsform »formales Recht« ist typischerweise formuliert in Form von Konditionalaussagen (wenn x, dann y), wobei x durch eine »eindeutige[r] Tatbestandsorientierung« bestimmt ist (Teubner 1982: 24, vgl. auch Calless 1999: 19).¹⁴ Luhmann beschreibt die »Grundform« von konditionalen Rechtsnormen so: »[W]enn bestimmte Bedingungen erfüllt sind (wenn ein im Voraus definierter Tatbestand vorliegt), ist eine bestimmte Entscheidung zu treffen.« (Luhmann 1987 [1983]: 227) Das Rechtsinstrument des Vertrags ist dabei paradigmatisch: x besteht dabei in der »Willensübereinstimmung abstrakter Rechtssubjekte« (Teubner 1982: 27), unabhängig von den konkreten Rechtssubjekten oder dem Inhalt ihres Vertrags. Speziell der Arbeitsvertrag wird wichtig, um die Beherrschungsform libertärer Gerechtigkeit, Ausbeutung, in den Blick zu kriegen (3.1.2).

Geht man davon aus, dass die Regulierung von Gesellschaft durch solche formalen Regeln dazu beiträgt, Gerechtigkeit im Sinne der Berücksichtigung des Meta-Rechts auf private Freiheit einer jeden und eines jeden zu realisieren, dann muss dafür ein bestimmtes Bild von Gesellschaft zugrunde gelegt werden. Dieses Bild von Gesellschaft besagt einerseits, dass die *nicht* durch formale Regeln explizit geregelten Handlungsbereiche »eine machtfreie¹⁵ Sphäre« (Habermas 1994 [1992]: 482) darstellen, d.h., dass es zulässig ist, sie *nicht* bei der Formulierung einer Norm bzw. bei der Rechtsanwendung in einem konkreten Fall miteinzubeziehen (im Fall des Vertrags wäre das die Individualität der Rechtspersonen und der Vertragsinhalt) und andererseits, dass die Regelung der Gesellschaft durch Recht keine Auswirkungen auf sie hat. Wie bereits oben

- 13 Bei der Norm-Rationalität hingegen geht es um die »grundlegenden Prinzipien«. Das beachte ich hier nicht, weil ich das schon durch Merkmal 2 des allgemeinen Gerechtigkeitsbegriffs abgedeckt habe (vgl. 2.2). Die System-Rationalität hingegen bezieht sich darauf, welche Funktion dieses Recht für die Gesellschaft hat. Normativ gesehen decke ich das wiederum durch Merkmal 2 ab und durch die Beschreibung der Beherrschungsform der Ausbeutung (s.u.) fokussiere ich auf eine faktische (aber kritikwürdige) Funktion von Recht, das einer formalen Rationalität unterliegt, nämlich »die normativen Imperative einer entwickelten Marktgesellschaft zu erfüllen« (Teubner 1982: 24). Dasselbe gilt dann für das Recht, das einer materialen Rationalität unterliegt, und Normalisierung, vgl. 3.2.
- 14 Die vollständige Beschreibung bei Teubner lautet: »Regel-Orientierung; Konditionalprogramme, präzise Definition von Tatbestandmerkmalen und Rechtsfolgen; dogmatische Systembildung« (Teubner 1982: 28).
- 15 Hier ist normativ nicht wünschenswerte Macht gemeint (kein neutraler Machtbegriff wie bei Forst).

zitiert, könnte man mit Menke sagen, dass die Gesellschaft – das Material, auf das das Recht angewendet wird – als *unbestimmbar* vorausgesetzt wird. Die schwächere These, dass dieses Material als hinsichtlich problematischer Machtverhältnisse *unbestimmt* vorausgesetzt wird, ist hinreichend, um zu zeigen, dass dies kein adäquates Gesellschaftsbild ist. Im Fall libertärer Gerechtigkeit kann man also sagen, dass der Idee, die Gesellschaft sei unbestimmt, die falsche empirische Vorstellung zugrunde liegt, dass in (funktionierenden) Marktgesellschaften keine ungerechtfertigten Machtverhältnisse existieren.

Die Betonung des zweiten Aspekts, der Voraussetzung, dass die Regelung der Gesellschaft durch Recht keine Auswirkungen auf sie hat, ist wichtig für Menkes im folgenden Unterkapitel (3.1.2) darzustellende Kritik an der Beherrschungsform der Ausbeutung. Menke ist skeptisch, dass die Logik des Privatrechts (als Logik des gesamten Rechts und nicht bloß des Rechtsgebiets ›Privatrecht‹ gedacht) in Begriffen des Formalismus hinreichend präzise beschrieben ist. Diese Skepsis äußert er in Bezug auf die Formalismus-Kritik am Recht der in den 1970er Jahren entstandenen amerikanischen Strömung der *Critical Legal Studies*, insbesondere bezüglich eines der Mitbegründer dieser Denkrichtung Duncan Kennedy (Menke 2015: En. 8 auf 409, verwiesen von 9; En. 88 auf 433, verwiesen von 144; En. 230 auf 458f., verwiesen von 278). Aus Menkes Perspektive erscheint die Beschreibung, dass das formale Recht *indifferent* gegenüber ihrem Material sei und es deshalb ungleiche Machtstrukturen im Privaten nicht erkennen kann, als oberflächlich oder zu schwach: »[D]er soziale Inhalt der Rechtsform [steht ihr] nicht äußerlich gegenüber« (Menke 2015: 278). Die Rechtsform als eine spezifische Form der Normativität »produziert« vielmehr den »soziale[n] Inhalt der Rechtsform [als] [...] Faktizität der Herrschaft« selbst (Menke 2015: 279, 278). Menke betont hier also, dass das formale Recht nicht den sozialen Inhalt dessen, worauf es angewendet wird, schlichtweg ignoriert (im Falle des Vertrags den Vertragsinhalt und die Individualität der Vertragspartner), sondern dass der soziale Inhalt durch das formale Recht überhaupt erst gewissermaßen zum ›Ignorierbaren‹ gemacht wird.¹⁶ ›Ignorierbar‹ ist jedoch schwächer als ›unbestimmbar‹ (s.o.): Das Material wird als hinsichtlich Machtverhältnissen unbestimmt vorausgesetzt und somit ignorierbar gemacht. Ich halte mich terminologisch an die Redeweise von der spezifischen Rechtsform als *formal*, obwohl ich inhaltlich Menke zustimme, dass das rechtliche Material durch die Rechtsform selbst erst ignorierbar gemacht wird und nicht einfach ignoriert wird – und zwar weil es hinsichtlich möglicher Machtverhältnisse als unbestimmt angesehen wird.

16 Diese stärkere These wird laut Menke auch schon von Marx und Weber vertreten, womit er gegen Kennedy auch einwendet, dass er Weber in diesem Punkt falsch deutet.

Im nächsten Unterkapitel geht es darum, die Herrschaftsform ›Ausbeutung‹ der formalen Rechtsform näher zu erläutern.

3.1.2 *Machtstabilisierung (Ausbeutung) als Beherrschungsform libertärer Gerechtigkeit*

Ausgangspunkt für die Konzeptualisierung von Ausbeutung bei Marx ist die Tatsache, dass die paradigmatische Ausübung der privaten Freiheit (Willkürfreiheit), der freie Gebrauch von Dingen, die das Eigentum einer Person sind, und der freie Tausch solcher Dinge (Vertrag,) sich in seiner Struktur nicht verändert, wenn das relevante Ding die Arbeitskraft eines Menschen ist (vgl. Menke 2015: 274). Das basiere allerdings auf einem falschen Verständnis der Ware ›Arbeitskraft‹, weil der »Gebrauch der Ware Arbeitskraft [...] qualitativ anders [sei] als der anderer Waren« (Menke 2015: 274): Als Eigentümer einer Ware mit Ausnahme der Arbeitskraft ist das Recht auf ihren Gebrauch *unmittelbar*, sie kann von ihrem Eigentümer gebraucht werden. Der Eigentümer von Arbeitskraft hat hingegen ein *vermitteltes* Recht auf ihren Gebrauch: Er hat das »Recht zum Gebrauch ihres Gebrauchs [...]. Das Recht auf den Gebrauch und der Vollzug des Gebrauchs sind hierin getrennt [...].« (Menke 2015: 274) Der Gebrauch der Ware Arbeitskraft ist also vermittelt über die »Herrschaft über den Arbeiter« (Menke 2015: 275, Herv. entfernt E.N.). Diese Beherrschung des Arbeiters (als nicht-wünschenswerte Herrschaft über den Arbeiter) steht den expliziten Prinzipien des freien und gleichen Tauschens (der gleichen privaten Freiheit) entgegen, deren Realisierung durch das Privatrecht ermöglicht werden soll. Die Freiheit des Tausches von gleichen Waren ist eine oberflächliche Beschreibung von privatrechtlichen Strukturen, die damit nicht falsch wird, aber sie *verdeckt* und *ermöglicht*¹⁷ damit tieferliegende Strukturen sozialer Beherrschung (vgl. Menke 2015: 275).

Diese Strukturen sozialer Herrschaft sind nicht als bloß ökonomische Ausbeutungsstrukturen zu verstehen. Ich bezeichne einen Begriff bloß ökonomischer Ausbeutung als einen engen Begriff der Ausbeutung im Gegensatz zu einem weiten Begriff der Ausbeutung¹⁸, den ich als (nicht

17 Es ist entscheidend, dass es sich hier sowohl um eine Logik der Verdeckung als auch der Ermöglichung handelt. Menkes Kritik an den Critical Legal Studies (insb. Kennedy, s.o.) lässt sich so verstehen, dass sie bloß die Verdeckungslogik in den Blick nehmen. Vgl. auch Menkes Insistieren darauf, dass ein oberflächliches Verständnis des Tauschs von Arbeitskraft (als bloß freier und gleicher Austausch) keine »epistemologische[]« Verklärung und keine »Ideologie« sei, sondern *Strukturmerkmal* »kapitalistischer Herrschaft« (Menke 2015: 276, 277).

18 Eine »weite Verwendung« des Ausbeutungsbegriffs, der über ökonomische Ausbeutung hinausgeht, schlägt auch Jaeggi vor (Jaeggi 2008a: 88).

gerechtfertigte) Machtstabilisierung¹⁹ fasse. Der enge Begriff der ökonomischen Ausbeutung beruht auf Marx' umstrittener Arbeitswerttheorie: Laut Marx erwirtschaftet der Arbeiter durch seine Arbeitskraft mehr ›Wert‹ als nötig ist, um seine Arbeitskraft zu reproduzieren. Der ›Mehrwert‹, der über die Reproduktion des Arbeiters hinausgeht, kommt allerdings nicht dem Arbeiter zu Gute, sondern dem Kapitalisten, für den er arbeitet. Somit wird der Arbeiter ausgebeutet, er wird, so könnte man sagen, in dem Verhältnis zum Kapitalisten übervorteilt.²⁰ Laut Menke steht nun zwar bei Marx die ökonomische Ausbeutung im Mittelpunkt, aber sie sei für Marx nicht hauptsächlich deshalb problematisch, weil sie eine »ungleiche Verteilung der (Geld-)Mittel« (zwischen Arbeiter und Kapitalisten) bedeute, erheblicher sei »die ungleich verteilte *Verfügung* über diese Mittel« (Menke 2015: 279). Weber ziehe aus der Tatsache, dass es die Macht über die Verteilung der Mittel und nicht die ungleiche Verteilung der Mittel selbst ist, die den Kern von Ausbeutung ausmacht, »die systematische Konsequenz, [...] die ökonomische Ausbeutung begrifflich *als Machtverhältnis* – genauer: als eine institutionalisierte, verfestigte Asymmetrie der Macht, und das heißt: als Herrschaft – zu analysieren [...]« (Menke 2015: 279)

Dieser weite, nicht auf die ökonomische Verteilung, sondern asymmetrische Machtverhältnisse²¹ bezogene Begriff der Ausbeutung bringt drei Vorteile bzw. Konsequenzen mit sich:

- (1) Der weite Begriff der Ausbeutung ist nicht auf Marx' Arbeitswerttheorie angewiesen und steht und fällt in seiner Plausibilität somit nicht mit ihr.
- (2) Dem Recht kommt eine bedeutendere Rolle zu als diejenige – als bloßer ›Überbau‹ – die normativen Strukturen der Ökonomie zu stabilisieren. Die Normativität des Rechts ist dann selbst herrschaftskonstituierend (vgl. Menke 2015: 276): »Marx und Weber zeigen, daß das bürgerliche Recht sozialen Zwang hervorbringt. [...] Der Grund dafür ist die Formbestimmung der Freiheit und also der Subjektivität, die dem bürgerlichen Recht durch seine Grundfigur subjektiver Rechte eingeschrieben ist.« (Menke 2015: 281)²²

19 Vgl. Menkes Rede von einer »Herrschaft *als Ausbeutung und Zwang*« (Menke 2015: 271).

20 Es gibt auch den Versuch von G.A. Cohen, Marx' Konzeption der Ausbeutung von der Arbeitswerttheorie zu befreien und dennoch an einem engen, d.i. ökonomischen, Ausbeutungsbegriff festzuhalten, vgl. 1.2 in: Zwolinski und Wertheimer 2017.

21 Die asymmetrischen Machtverhältnisse sind bei Menke allerdings als »asymmetrische Marktpositionen der Klassen« gefasst, wobei der Begriff der Klasse wiederum ökonomische Verhältnisse abbildet (Menke 2015: En. 252 auf 461, verweisen von 288).

22 Vgl. Kapitel 2, Fn. 7.

- (3) Der weite Begriff von Ausbeutung hat den Vorteil, dass er Ausbeutungsverhältnisse, d.i. die Produktion, Stabilisierung und Verschleierung asymmetrischer Machtverhältnisse nicht auf *einen* ökonomischen Grundwiderspruch zurückführt, sondern auch andere asymmetrische Herrschaftsverhältnisse, insbesondere patriarchale Geschlechterverhältnisse (vgl. Jaeggi 2008a: 88) und strukturellen Rassismus²³, in den Blick nehmen kann. In diesem Sinne würde ›Ausbeutung‹ dann dasjenige bezeichnen, was unter Frasers Schlagwort »Abnormal Justice« sichtbar werden soll: tiefenstrukturelle asymmetrische Machtverhältnisse, die eine kritische Theorie der Gerechtigkeit sehen können sollte (Fraser 2010: 48ff.).

Unabhängig davon, ob es sich um einen engen oder weiten Ausbeutungsbegriff handelt, stellt sich die Frage, ob es Ausbeutung nur in kapitalistischen Gesellschaften geben kann oder in allen »class-based societies, not only capitalism« (Zwolinski und Wertheimer 2017: 8). Menke scheint davon auszugehen, dass Ausbeutungsverhältnisse, auch wenn er sie nicht auf Marx' Arbeitswerttheorie bezieht, nur in kapitalistischen Gesellschaften auf oben genannte Art und Weise auftreten (vgl. Menke 2015: 277). Dies lässt sich vielleicht so erklären, dass Ausbeutung in feudalen Gesellschaften nicht bloß die Tiefen-, sondern gleichzeitig die Oberflächenstruktur der Gesellschaft ausmacht und somit die Konzeptualisierung als Ausbeutung redundant wäre.

3.2 Egalitaristische Gerechtigkeit und Normalisierung

In diesem Unterkapitel geht es darum, die andere Seite der Funktion subjektiver Rechte nach Menke, die Ermächtigungsfunktion, genauer darzustellen und als Kernidee egalitaristischer Gerechtigkeitstheorien auszuweisen (3.2.1). Anschließend wird ihre Beherrschungsform, Normalisierung, erläutert (3.2.2).

3.2.1 Die egalitaristische Spezifizierung des allgemeinen Begriffs der Gerechtigkeit

Das Zusammenführen von Menkes Analyse der Ermächtigungsfunktion subjektiver Rechte (und seiner Beschreibung, dass diese – und zwar ausschließlich diese – von Interessentheorien von Rechten in den Blick

23 Für einen kurzen Überblick darüber, was unter »Rassismus als strukturelle[r] Kategorie« in der *Critical Philosophy of Race* zu verstehen ist, siehe: Lepold und Martinez Mateo 2019: 579f.

genommen wird) mit egalitaristischen Gerechtigkeitstheorien lässt sich zunächst folgendermaßen plausibilisieren: Habermas' Erläuterung des sozialstaatlichen *Rechts*paradigmas in *Faktizität und Geltung* (welches zu Menkes Beschreibung der Ermächtigungsfunktion und des Sozialrechts passt) und seine Kritik daran setzt er parallel zu Iris Marion Youngs Kritik am distributiven *Gerechtigkeits*paradigma (vgl. Habermas 1994 [1992]: 505).²⁴ Für Habermas ist der Übergang vom liberalen zum sozialstaatlichen Paradigma des Rechts nicht normativ zu verstehen, sondern wurzelt in der Einsicht, dass die »Bedingungen für die faktische Wahrnehmung« (Habermas 1994 [1992]: 484, Herv. entfernt E.N.) von formal gesicherten Freiheiten nicht einfach vorausgesetzt werden können, sondern selbst hergestellt werden müssen. Der Übergang zum sozialstaatlichen Paradigma erfolgt also über eine »empirische Kritik« (Habermas 1994 [1992]: 485) am liberalen Paradigma, insbesondere der Vorstellung von Gesellschaft als normativ unbestimmt. Das vorausgesetzte, *empirisch falsche* Bild der Gesellschaft bestand aus »ökonomischen Gleichgewichtsannahmen [...] sowie au[s] entsprechende[n] soziologischen Annahmen über eine breite Streuung von Vermögen und eine annähernde Gleichverteilung sozialer Macht, die die chancengleiche Ausübung der privatrechtlichen Kompetenzen sichern sollten.« (Habermas 1994 [1992]: 485) Wenn diese Annahmen nicht stimmen, aber »die Freiheit des ›Haben- und Erwerbenkönnens‹ [die private Freiheit, E.N.]« nur dann »Gerechtigkeitserwartungen erfüllen« kann, wenn eine »Gleichheit des ›rechtlichen Könnens‹ besteh[t]«, dann ergibt sich die Grundidee einer egalitaristischen Gerechtigkeitkonzeption (Habermas 1994 [1992]: 485).

Die Grundidee einer egalitaristischen Gerechtigkeitstheorie (bzw. der Ermächtigungsfunktion der Rechte oder der normativen Idee eines sozialstaatlichen Rechtsparadigmas) ist, dass gesichert werden soll – und nicht fälschlicherweise bloß angenommen –, dass alle Bürger/innen gleichermaßen sozial teilhaben können. Diese Grundidee möchte ich nun anhand der im ersten Kapitel entwickelten drei Merkmale eines Gerechtigkeitsbegriffs ausbuchstabieren.

Die Gleichheitsgesellschaft betreffend (Reduziertheit)

Wenn jede Bürgerin und jeder Bürger einer Rechtsgemeinschaft gleichermaßen an ihr teilhaben können soll, heißt das nicht, dass jede/r in jeder Hinsicht dasselbe tun sollte. Jede/r sollte nur an bestimmten, wichtigen gesellschaftlichen Institutionen oder Praktiken teilhaben können. Die

24 Auch Forst bezieht sich auf diese Stelle bei Habermas, wenn er das ›Bild‹ distributiver Gerechtigkeit kritisiert (vgl. Forst 2011: 35). Mehr dazu s.u.

Gleichheit wird also in zwei Hinsichten eingeschränkt: Ein/e Bürger/in soll nur an besonders wichtigen Elementen des Sozialen teilhaben können und sie wird auch nicht gezwungen an ihnen teilzuhaben, sondern hat bloß einen Anspruch darauf, der aber auch ungenutzt bleiben darf. Nur die erste Hinsicht ist spezifisch für die egalitaristische Gerechtigkeits-theorie. Die zweite Hinsicht gilt für die allgemeine Rechtsform, die über subjektive Rechte funktioniert, insgesamt (vgl. 2.2). Die erste Hinsicht beschreibt also die Grenze von gerechtigkeitsrelevant und gerechtigkeitsirrelevant so, dass es bestimmte Dinge gibt, die unabdingbar für jedes Gesellschaftsmitglied sind, um an der Gesellschaft teilzuhaben, während andere vernachlässigbar sind. So mag es etwa in einer Arbeitsgesellschaft gerechtigkeitsrelevant sein, dass jede/r eine Arbeit und etwas Freizeit (oder etwas staatlich bereitgestelltes Geld für den Lebensunterhalt), eine Wohnung und eine Grundbildung hat. Dadurch kann sie oder er teilhaben. Diese Grenze kann nun entweder durch die Beschreibung einer idealen gerechten Gesellschaft oder durch die Betrachtung dessen, was in einer konkreten Gesellschaft die Mindestbedingung zur Teilhabe sind, spezifiziert werden (s.u.).

Recht auf soziale Teilhabe (auf Rechte)

Die normative Grundorientierung einer egalitaristischen Gerechtigkeits-theorie ist, dass jedem ein grundsätzliches »Recht auf soziale Teilhabe« (Menke 2015: 223)²⁵ zusteht. Dieses Recht soll verwirklicht werden durch positive Rechte bzw. den Bewertungsmaßstab für dieselben darstellen.

Egalitaristische Gerechtigkeitskonzeptionen, so meine These, erläutern nun genauer, was es heißen könnte, sozial teilzuhaben, entweder, indem sie erläutern, was es heißen würde an einer *gerechten* Gesellschaft oder einer *gegebenen* Gesellschaft teilzuhaben.²⁶

Mit der ersten Variante, die sich auf die Teilhabe an einer *gerechten* Gesellschaft bezieht, sind solche Theorien gemeint, die besagen, dass in einer idealen gerechten Gesellschaft allen gleichermaßen bestimmte Güter zukommen sollten.²⁷ Das sind in meiner Terminologie

25 Oder »das gleiche Recht auf soziales Leben [...] das ›Recht auf die Existenz‹, das Recht auf Leben« (Menke 2015: 285). Vgl. Menkes Ausführungen zum »biopolitische[n] Kontext« (Menke 2015: 159ff.).

26 Ich vermute, dass diese Unterscheidung zwischen zwei Typen des Egalitarismus Ähnlichkeiten zu dem Unterschied zwischen *distributive equality* und *social* oder *relational equality* aufweist. Vgl. exemplarisch zu der im angelsächsischen Kontext geführten Debatte darüber: Schemmel 2011.

27 In gewisser Weise wird hier ein Schritt zurück zu einem vormodernen Rechtsverständnis gegangen: Es geht um die Verteilung von Anteilen an einer als gerecht angesehenen Gesellschaftsordnung (einer Ordnung, in der

distributiv-egalitaristische Theorien. Um welche Güter es sich handelt, ist dabei umstritten. Es werden typischerweise drei verschiedene Arten von zu verteilenden Gütern unterschieden: Ressourcen (Rawls, Ronald Dworkin), Wohlergehen (Richard M. Hare) und Fähigkeiten (bzw. *capabilities*, Martha Nussbaum und Amartya Sen) (vgl. Hinsch 2016: 80f.). Eine Gesellschaft ist demnach gerecht, wenn alle die gleichen Ressourcen, das gleiche Level an persönlichem Wohlergehen oder dieselben Fähigkeiten haben.

Beim *capability*-Ansatz ist es so, dass die Bestimmung dessen, was dafür notwendig ist, behaupten zu können, dass eine bestimmte Fähigkeit bei einer Person vorhanden ist, nicht nur abhängig ist von den Grundvoraussetzungen der Person, sondern auch von dem Kontext, in dem sie sich bewegt. Was es etwa heißt, die Grundfähigkeit, geographisch mobil zu sein, ausgebildet zu haben, heißt für Gehbehinderte etwas anderes als für nicht-Gehbehinderte sowie für Menschen, die in einem Hochgebirge leben und Menschen, die auf einer Insel leben.²⁸ Trotz dieser Kontextabhängigkeit dessen, was es heißt, eine Fähigkeit tatsächlich auszubilden, sind die Fähigkeiten selbst für alle Menschen gleich.²⁹ Eine Gesellschaft ist gerecht, wenn die für ein menschliches Leben wichtigen Fähigkeiten gleich verteilt sind.

Im Gegensatz dazu gibt es egalitaristische Gerechtigkeitstheorien, die noch stärker kontextbezogen sind und bloß konstatieren, dass es gerecht ist, wenn jede und jeder an dem, was für eine *gegebene* Gesellschaft bedeutend ist, auch teilhat. Dasjenige, was in einer gegebenen Gesellschaft als wichtig und deshalb als Wert daran teilzuhaben gilt, muss sich nicht notwendig in der Sprache von Gütern fassen lassen. Als so eine Version egalitaristischen, aber eben *nicht distributiv-egalitaristischen* Gerechtigkeitsdenkens verstehe ich Frasers Beschreibung der Grundorientierung der Gerechtigkeit an der Norm der »*partizipatorischen Parität*« (Fraser und Honneth 2003: 54): »Nach dieser Norm erfordert die Gerechtigkeit gesellschaftliche Vorkehrungen, die allen (erwachsenen) Gesellschaftsmitgliedern erlauben, miteinander als Ebenbürtige zu verkehren.« (Fraser und Honneth 2003: 54f.) Fraser schlägt vor, dass dafür – in heutigen

alle gleich viele Güter haben). Vgl. meine Darstellung des ersten Teils von Menkes *Kritik der Rechte* zu Beginn dieses Kapitels. Da ich mich für die Darstellung der Beherrschungsform der Normalisierung auf eine andere egalitaristische Gerechtigkeitskonzeption beziehe, ist diese Überlegung aber für den weiteren Argumentationsverlauf unerheblich.

28 Zur Kontextabhängigkeit des *capability*-Ansatzes, siehe: Culp 2014b: 158.

29 Obwohl es also kontextabhängig ist, was für Güter notwendig sind, um eine Fähigkeit zu haben, ist die »Liste zentraler menschlicher Fähigkeiten« selbst kontexttranszendierend. Das kritisiert Culp, wenn er schreibt, dass diese Liste »der demokratischen Meinungs- und Willensbildung zu viel vor[gebe]« (Culp 2014b: 166).

Gesellschaften« könnte man hinzufügen – »mindestens zwei Bedingungen erfüllt sein« müssen, nämlich ein gewisser Grad an materieller Verteilungsgerechtigkeit und eine Gewährleistung von Status-Anerkennung (Fraser und Honneth 2003: 55). Ich gehe nicht weiter auf die konkreten beiden Bedingungen ein, weil Fraser selbst betont, »daß es mehr als zwei sein können« (Fraser und Honneth 2003: 55, Fn. 55). Es hängt also nach meiner Interpretation letztlich von der gegebenen Gesellschaft ab, welche Bedingungen es gewährleisten, dass sich zwei Menschen als Ebenbürtige gegenüberstehen.³⁰ Frasers partizipatorische Parität hilft nicht weiter dabei, Dissense und daran möglicherweise anschließende vernünftige Übereinkünfte darüber, was Ebenbürtigkeit in einer konkreten Gesellschaft bedeutet, zu konzeptualisieren.³¹

Diese zweite Form des Egalitarismus scheint Menke im Sinn zu haben, wenn er von der Ermächtigungsfunktion von Rechten schreibt. Menke schreibt nämlich, dass Marx' Kritik an der verteilungstheoretischen Konzeption der Gerechtigkeit der Sozialisten, die er in der *Kritik des Gothaer Programms* formuliert, selbst oberflächlich bleibt und nicht den Kern der normativen Idee der Sozialisten richtig erfasst:

»Marx (und Engels) deuten die von den Sozialisten erhobenen Ansprüche so, daß sie sich nur auf eine gerechte Verteilung der Konsumtionsmittel beziehen. Das verkürzt diese Ansprüche um den normativ entscheidenden Punkt. Denn ihr Anspruch ist nicht nur viel weitreichender, sondern auch von *anderer Art* als die Gerechtigkeit der Verteilung. [...] Das sozialistisch konzipierte Sozialrecht versteht die Gerechtigkeit der Verteilung nicht nur als die Zuteilung von Mitteln, sondern als die Befähigung zur Teilhabe am sozialen Leben [...].« (Menke 2015: 285)

Wenn im folgenden Unterkapitel (3.2.2) die Beherrschungsform egalitaristischer Gerechtigkeit erläutert wird, dann ist es wichtig, sie als Kritik einer so verstandenen, nicht-distributiven, aber dennoch egalitaristischen Gerechtigkeitskonzeption zu verstehen.³² Dadurch wird die Kritik gegen

30 Damit stimme ich gewissermaßen mit Honneths Kritik an Fraser überein, dass »diesem Vorschlag [von zwei Bedingungen für partizipatorische Parität, relative ökonomische Gleichverteilung und kulturelle Statusanerkennung, E.N.] insofern etwas sehr Zufälliges [anhftet], als sich kein Argument dafür findet, warum es sich bei der Kombination von zwei bloß analytisch begriffenen Perspektiven gerade um diejenigen der ›Ökonomie‹ und der ›Kultur‹ handeln soll.« (Fraser und Honneth 2003: 185f.)

31 Ich verstehe Forsts Kritik an Fraser so, dass er die *Rechtfertigung* dessen, was es heißt, in einer Gesellschaft als ein/e Gleichwertige/r geachtet zu werden als normativ basaler betrachtet als den Status der gleichwertigen Teilhabe an der (bloß gegebenen, aber nicht durch alle Betroffenen gerechtfertigten) Gesellschaft (vgl. Forst 2011: 143).

32 Weber, der als erster Materialisierungstendenzen des Formalrechts erkannt (und kritisiert) hat, schien die normative Grundidee einer solchen

den Egalitarismus gewissermaßen stärker, da man behaupten könnte, dass der nicht-distributive Egalitarismus die avanciertere Version des Egalitarismus ist.

Materiales Recht (spezifische Rechtsform) und bestimmte Gesellschaft

An dieser Stelle geht es um die Frage, welche spezifische Rechtsform als Realisierungsform der Gerechtigkeit von einer egalitaristischen Gerechtigkeitskonzeption gefordert wird und welches Gesellschaftsbild von ihr implizit vorausgesetzt wird. Bezogen auf Ersteres muss an dieser Stelle wieder eine Vorbemerkung zum Verhältnis der spezifischen Rechtsform, »materiales Recht«³³, und dem Rechtsgebiet des Sozialrechts gemacht werden.

Wie beschrieben stützt sich Menkes Analyse des Privatrechts und der ihm eigenen Beherrschungsform, Ausbeutung (als Machtstabilisierung), auf Marx (s.o.). Marx' Diagnose der Ausbeutung in kapitalistisch-bürgerlichen Gesellschaften soll nun aber nicht nur eine Diagnose über bestimmte Probleme eines Rechtsgebiets, nämlich des Privatrechts, sein, sondern die Diagnose der Ausbeutung soll eine gesamtgesellschaftliche Problemkonstellation benennen. Marx setzt nichtsdestotrotz beim Privatrecht an – und das bleibt die einzige Rechtsgestalt, die er analysiert –, weil »das bürgerliche Privatrecht [...] nach Marx die einzige strukturell notwendige Rechtsgestalt der bürgerlichen Gesellschaft [ist]« (Menke 2015: 272).³⁴ Im Anschluss an François Ewald hält Menke dies für »empirisch falsch«. Neben dem »Privatrecht (eingeschlossen das zur Regulierung seiner Hervorbringung und Erhaltung notwendige öffentliche Recht)« sei die bürgerliche Gesellschaft »zugleich und unhintergebar durch ein zweites Rechtskonzept bestimmt: die sozialen Rechte oder

Materialisierung auch in dem zweiten egalitaristischen Sinne gesehen zu haben. Er schreibt an einer Stelle, dass es um die »[...] Anerkennung der Durchschnittsauffassung der Interessenten, also eines [...] Merkmals wesentlich faktischer Art [gehe, E.N.], als des von dem Interessenten befugtermaßen durchschnittlich *erwarteten* und deshalb von der Justiz zu akzeptierenden Normalmaßstabs«. (Weber 2005 [1922]: 647)

33 In Habermas' Systematisierung ist das materiale Recht die bevorzugte (spezifische) Rechtsform des sozialstaatlichen Paradigmas (vgl. Habermas 1994 [1992]: 494).

34 »Marx' Argument ist: (i) Die bürgerliche Gesellschaft ist als politisch-ökonomische Klassenherrschaft bestimmt. (ii) Für diese Herrschaftsform ist die Form des bürgerlichen Privatrechts konstitutiv. Also: (iii) Es gibt mit dem bürgerlichen Privatrecht nur *eine* für die bürgerliche Gesellschaft notwendige Rechtsgestalt.« (Menke 2015: 282)

besser *das Sozialrecht*« (Menke 2015: 282). Daran verwundert nun zunächst einmal, dass das Sozialrecht – heute in Deutschland zumindest³⁵ – Teil des Verwaltungs- und damit des öffentlichen Rechts ist. Wenn das öffentliche Recht bereits als zur »Hervorbringung und Erhaltung« (s.o.) des Privatrechts ausgewiesen wurde, ist nicht einsichtig, warum Menke die Eigenlogik des Sozialrechts (das schon Teil des öffentlichen Rechts ist, welches als Stütze des Privatrechts fungiert) eigens betont. Für Menke scheint es davon abgesehen jedenfalls so zu sein, dass die gesamte Logik des modernen Rechts über die formale Rationalität, die paradigmatisch das bürgerliche Recht prägt, und die materiale Rationalität, die paradigmatisch das Sozialrecht prägt, zu erfassen ist. Privatrecht und Sozialrecht (nicht nur das Privatrecht wie bei Marx), so scheint es, konstituieren die bürgerliche Gesellschaft bzw. ihre paradigmatischen Rationalitäten bestimmen die gesamte Logik des modernen Rechts.

Wie bei der spezifischen Rechtsform des formalen Rechts möchte ich nun wieder mit Teubner die interne Rationalität des materialen Rechts beschreiben. Zuvor seien noch zwei Punkte angemerkt: Teubner beschreibt, erstens, sowohl die materiale als auch die reflexive Rationalität des Rechts im Gegensatz zur formalen als responsiv.³⁶ Teubners Analyse geht, zweitens, von Weber aus, der bereits Anfang des 20. Jahrhunderts Materialisierungstendenzen des Rechts benannte. Waren diese damals bloß »marginal«, erscheinen sie Teubner Anfang der 1980er Jahre als der »dominante neuere Entwicklungstrend« (Teubner 1982: 15). Wie schon bei der Beschreibung der spezifischen Rechtsform des formalen Rechts beziehe ich mir hier nur auf das, was Teubner im Anschluss an Habermas interne Normrationalität nennt und vernachlässige aus denselben obengenannten Gründen die Norm- und Systemrationalität. Teubner schreibt:

»Die ›interne Rationalität‹ wandelt sich, insofern die vorherrschende Regelorientierung von einer zunehmenden Zweckorientierung³⁷ abgelagert wird. Statt einer strikten Anwendung präzis definierter Rechtsnormen (Konditionalprogramme) verwalten jetzt Rechtsexperten eher

35 Dies anzuführen ist dadurch verbürgt, dass Menke selbst in seinen Erläuterungen auf das aktuelle deutsche Sozialgesetzbuch verweist (vgl. Menke 2015: En. 251 auf 460f., verwiesen von 288).

36 In dem Aufsatz, den ich verwende, kommt Teubner überhaupt erst dazu, die Kategorie der reflexiven Rationalität einzuführen (vgl. Kapitel 8), weil er zeigen will, dass die von Nonet und Selznick vorgeschlagene Idee eines responsiven Rechts sich in eine materiale und reflexive Spielart unterteilen lässt.

37 Forst schreibt in seiner Kritik an Fraser, dass sie (in einer von zwei möglichen Lesarten jedenfalls) eine teleologische, d.h. auf Endzustände ausgerichtete Gerechtigkeitstheorie vorlegt (vgl. Forst 2011: 141).

offen definierte Standards und vage Generalklauseln (Zweckprogramme).« (Teubner 1982: 25)³⁸

Wenn man sich nun fragt, welches (implizite) Bild von Gesellschaft eine Person hat, die eine Norm mit Zweckorientierung etablieren will (oder eine Person, die so eine Norm anwendet), erkennt man, dass Gesellschaft dann »als Bestimmbares« (Menke 2015: 92) gesehen werden muss. Denn eine Person, die eine Norm mit Zweckorientierung, die sie für richtig hält, vorschlägt, muss davon ausgehen, dass sie wissen kann, welcher Zweck für alle sinnvoll ist (und nicht nur wie die idiosynkratischen Zwecke von einzelnen begrenzt werden sollen, wie im libertären Modell). Weitergehend muss sie für die Anwendung einer solchen Norm wissen, wie sich Personen verhalten müssten, um diesen Zweck zu erfüllen.

Habermas sieht zudem eine Parallele zwischen dem Gesellschaftsbild, das durch ein liberales einerseits und ein sozialstaatliches Paradigma andererseits vorausgesetzt wird, nämlich: »das *produktivistische* Bild einer industriekapitalistischen Wirtschaftsgesellschaft, die so funktioniert, daß sie die Erwartung sozialer Gerechtigkeit nach der einen Lesart über die privatautonome Verfolgung je eigener Interessen erfüllt, nach der anderen Lesart gerade dadurch zunichte macht.« (Habermas 1994 [1992]: 491) D.h. gewissermaßen, dass aus liberaler Sicht jeglicher Versuch, soziale Gerechtigkeit substanziell bestimmen zu wollen, fehlschlägt, während aus sozialstaatlicher Sicht jeder Versuch fehlschlagen muss, das Erreichen sozialer Gerechtigkeit gesellschaftlichen Kräften zu überlassen.³⁹

3.2.2 Normalisierung als Beherrschungsform egalitaristischer Gerechtigkeit

Die Beherrschungsform, Normalisierung, die ich im Anschluss an Menke als Beherrschungsform einer egalitaristischen Gerechtigkeitskonzeption beschreiben will, muss spezifischer als Beherrschungsform nicht-distributiver egalitaristischer Gerechtigkeit angesehen werden. Damit ist einerseits der häufig geäußerte Paternalismusvorwurf (vgl. Hinsch 2016: 80f.) an distributiv-egalitaristischer Gerechtigkeit weniger zentral und andererseits ist Forsts Kritik an dem distributiven Gerechtigkeitsbild, die ein wichtiger Ausgangspunkt für die Entwicklung seiner eigenen Gerechtigkeitskonzeption ist, meiner Ansicht nach zwar richtig, aber nicht

38 Vgl. Calliess 1999: 19.

39 Bezogen auf die Dimension der Systemrationalität von materialem Recht schreibt Teubner, dass das Recht in seiner materialisierten Form (anders als das formale Recht) unmittelbar Ziele des Wohlfahrtsstaates umsetzen und ihn somit reproduzieren kann (vgl. Teubner 1982: 25).

identisch mit der Normalisierungskritik. Die Idee des Antipaternalismus ist es, Individuen vor unangemessenen Eingriffen des Staates in ihr Privatleben zu schützen. Es geht also um eine *explizite* Machtbegrenzung des Staates. Bei der Normalisierungskritik richtet sich die Kritik hingegen an politisch ungewollte *Nebeneffekte* bestimmter Politiken – so ist beispielsweise die Berücksichtigung von Trauerzeiten für Individuen politisch erwünscht, unerwünscht ist aber, dass Trauernde dadurch in eine gesellschaftliche Normaltrauerzeit gezwängt werden, die ihren eigenen Trauerprozess womöglich eher behindert, als dass ihm Rechnung getragen wird. Die Normalisierungskritik ist auf diese Weise gewissermaßen subtiler als das liberale Desiderat, Paternalismus zu vermeiden. Nichtsdestotrotz ist es so, dass sich die Normalisierungskritik sowie die Paternalismuskritik typischerweise beide gegen wohlfahrtsstaatliche Politiken richten. Forsts Kritik an dem distributiv-egalitaristischen Gerechtigkeitsbild, die er vor allem in seinem Aufsatz »Zwei Bilder der Gerechtigkeit« ausführt, möchte ich kurz darstellen, bevor ich dann auf die Normalisierungskritik eingehe.

In dem Aufsatz kritisiert Forst ein distributionstheoretisches Gerechtigkeitsbild aufgrund von vier Problemen und stellt ihm eine »radikale, kritische Vorstellung« der Gerechtigkeit entgegen (Forst 2011: 32). Forsts Kritik eines distributiven Gerechtigkeitsbilds ist nicht nur eine Kritik an einer egalitaristisch-distributiven Gerechtigkeitskonzeption im obigen Sinne sondern auch der Gerechtigkeitsströmung des »*sufficientarianism*« (Forst 2011: 35). Das liegt daran, dass Forst auch dem *sufficientarianism* ein grundsätzliches Denken im Rahmen eines distributiven Gerechtigkeitsbildes unterstellt, also einen Bezug auf Fragen nach »Mangel oder Überfluss« an Gütern und nicht auf »gerechte[] *Verhältnisse*[] *zwischen Menschen*« (worum es nach Forst eigentlich bei der Gerechtigkeit gehen sollte) (Forst 2011: 36).⁴⁰ Das erste der vier Probleme eines distributiven Gerechtigkeitsbilds, in dem es »an erster Stelle darauf ankommt, was Einzelnen im Sinne der Gerechtigkeit an Gütern zukommt – wer was »erhält«« (Forst 2011: 31), ist, dass es die Frage danach ausblendet, woher die zu verteilenden Güter eigentlich kommen, die Frage der Produktion (vgl. ebd.). Das zweite Problem ist, dass dieses Bild auch ausblende, wer die Macht hat, diese Güter zu verteilen (vgl. ebd.). Diese beiden ersten Probleme einer distributiven Vorstellung von Gerechtigkeit werden – und darauf verweist Forst (Forst 2011: 31, Fn. 7) – bereits von Young offengelegt. Das dritte Problem sei, dass den Subjekten der Gerechtigkeit einfach bestimmte Ansprüche auf Güter

40 Ich blende Theorien des *sufficientarianism* hingegen aus, weil ich sie gar nicht als Gerechtigkeits-theorien (in dem in Kapitel 2 bestimmten Sinne) verstehe und nicht bloß, wie Forst, als fehlgeleitete Gerechtigkeits-theorien. Vgl. Kapitel 2, Fn. 45.

zugeschrieben würden, ohne dass sie selbst mit darüber befinden könnten, welche Ansprüche aus ihrer Sicht notwendig für die Gerechtigkeit sind. Die Adressaten der Gerechtigkeit würden dadurch zu »passiven Empfängern« (Forst 2011: 31).⁴¹ Viertens würde kein ausreichend großer Unterschied zwischen Mangelzuständen jeglicher Art und ungerechten Zuständen gemacht. Laut Forst mache es aber einen bedeutenden Unterschied, ob jemand wegen einer Naturkatastrophe einen Mangel erleidet oder etwa wegen ungerechter ökonomischer Strukturen (vgl. Forst 2011: 31 f.).⁴² Forst ordnet Rawls, was vielleicht überraschen mag, nicht dem distributionstheoretischen Gerechtigkeitsbild zu (vgl. Forst 2011: 44–47).⁴³ Inhaltlich gesehen ist insbesondere die dritte Kritik Forsts an einem distributiven Gerechtigkeitsbild, wozu in meiner Terminologie ein egalitaristisch-distributives gehört, nah an der Normalisierungskritik, obwohl er hier auch eher eine Paternalismuskritik übt (s.o.).

Die Beherrschungsform der Normalisierung (bzw. der »Disziplinierung, Formierung und Normalisierung«)⁴⁴ unterscheidet sich von der Ausbeutung zunächst dadurch, dass sie nicht die Herrschaft einer Gruppe über eine andere Gruppe ist (»in Produktionsverhältnissen«), sondern »Herrschaft der Gesellschaft [oder des Sozialen] über die Individuen« und zwar in »Kommunikations- oder Partizipationsverhältnissen« (Menke 2015: 286). Bei der Ausbeutung geht es also um »die Herrschaft von gleichen und freien Subjekten über andere gleiche und freie Subjekte: Herrschaft durch Verträge« und bei der Normalisierung um »die Herrschaft einer Einrichtung über ihre Mitglieder: Herrschaft durch Teilhabe« (Menke 2015: 289). Ausbeutung funktioniere »horizontal« und sei eine »Herrschaft-zwischen – intersegmentäre Herrschaft« (Menke 2015: 289, 290). Normalisierung hingegen operiere »vertikal« und sei eine »Herrschaft-in – institutionelle Herrschaft« (Menke 2015: 290). Dennoch ist die Herrschaft in beiden Fällen als Individuen subjektivierend

41 Vgl. dazu das Zitat von Rupp, das Habermas im Kontext seiner Auseinandersetzung mit der Kritik am sozialstaatlichen Paradigma zitiert: »›Teilhabe ist der Gegensatz freiheitlichen ›Eigenhabens‹, läßt individuelle Selbstentscheidung, Selbstverwirklichung und Selbstverantwortung in bloß passiver Partizipation des einzelnen an vorgefertigten Stücken des allgemeinen Sozialprodukts aufgehen und beschränkt die ›Freiheit‹ des einzelnen auf das Recht, den ihm zugewiesenen Anteil in Empfang zu nehmen und im Sinne der Gebrauchsanweisung auch zu verwenden.« (Habermas 1994 [1992]: 491)

42 Vgl. 6.1.

43 Mehr zu Forsts Verhältnis zu Rawls, siehe Einleitung zu II.

44 Die Disziplinierungs- bzw. Normalisierungskritik geht auf Foucaults Analysen der Disziplinarmacht von Gefängnissen, psychiatrischen Einrichtungen und Bildungsinstitutionen zurück (vgl. Foucault 2014 [1975] und Foucault 2016 [1961]).

zu verstehen, d.h., dass im Falle der Ausbeutung nicht die Arbeiterklasse als ganze beherrscht wird, sondern jede/r einzelne Arbeiter/in als Arbeiter/in. Die Individuen als Adressaten von Ausbeutung und Normalisierung werden jedoch jeweils unterschiedlich angesprochen: als »Willkürsubjekte« (Ausbeutung) bzw. als »Interessenssubjekte« (Normalisierung) (Menke 2015: 289). Dies sei eine Unterscheidung hinsichtlich ihrer »juridischen Adressierung« (Menke 2015: 290).

Die Normalisierung wie die Ausbeutung stellen an der Oberfläche eine andere Art der Adressierung dar als tiefenstrukturell, sie sind Formen der ›anderen‹ Herrschaft (bzw. in meiner Terminologie Beherrschung) des Rechts. Die Oberflächenstruktur der Herrschaft eines Rechts, das ein ›Recht auf soziale Teilhabe‹ realisiert, ist, dass es jeder und jedem die Möglichkeit geben möchte, an gesellschaftlich wertvollen Institutionen teilzuhaben. An der Oberfläche ist es also so, dass der Einzelnen und dem Einzelnen damit »gleich[e] Anerkennung« zugestanden wird, das Sozialrecht verfährt »egalitär« (Menke 2015: 293). Diese gleiche Anerkennung in Form des Ziels, jedem gleiche soziale Teilhabe zu ermöglichen, schlägt jedoch in die »soziale[] Herrschaft der Normalisierung« um (Menke 2015: 288). Das liegt zunächst einfach daran, dass bestimmt werden muss, wozu die einzelnen ermächtigt werden sollen. Der Staat normalisiert zunächst dadurch, dass er jede und jeden zu demselben ermächtigt: »[E]r [kann] festlegen [...], worin die soziale Teilhabe besteht« (Menke 2015: 295). Das ist nur problematisch, wenn die soziale Teilhabe nicht im Sinne der Ermächtigten ist. Damit sie in ihrem Sinne wäre, müssten sie mitbestimmen, worin soziale Teilhabe bestehen sollte. Laut Menke ist das Ziel der sozialen Teilhabe allerdings die »Produktion des kommodifizierten Subjekts« (Menke 2015: 294). Das kommodifizierte Subjekt, der »[...] Lohnarbeiter« (Menke 2015: 294), ist wiederum ausbeutungsvulnerabel. Anstatt dass das Ziel der sozialen Teilhabe durch die Teilhabenden *anders* bestimmt würde, wird ihre »politische Teilnahme« durch die Ermöglichung von Konsum »kompensiert« (Menke 2015: 294). Diese undemokratische (Konsum statt politischer Teilnahme) und der Ökonomie (Kommodifizierung) zuspieldende Zielsetzung sozialer Teilhabe stellt den ersten Explikationsschritt der Verwandlung von gleicher Anerkennung zu Normalisierung dar. Der zweite Explikationsschritt läuft über den Fokus auf den Zusammenhang der Ermächtigungsfunktion und der Eigenwille-legalisierenden Funktion der Rechte. Auch wenn das Sozialrecht seine Ziele festlegen kann, kann es diese Ziele nicht unmittelbar umsetzen. Das Sozialrecht vergibt nämlich nur *Rechte* zur sozialen Teilhabe (und nicht unmittelbar soziale Teilhabe): »Die soziale Teilhabe wird als subjektives Recht ermöglicht und erscheint daher in der Gestalt privat angeeigneter Vermögen (zur Verwirklichung der eigenen Interessen).« (Menke 2015: 295) Wenn ich ein Recht auf Arbeit habe, werde ich nicht unmittelbar gezwungen zu arbeiten. Diese Unfähigkeit des

Staates, den Zwang zur Arbeit durchzusetzen, wird allerdings dadurch ausgeglichen, dass nun die Herrschaftsform der Ausbeutung wieder zu Hilfe kommt. Das geschieht etwa, wenn Arbeitssuchende sich vertraglich dazu verpflichten, den Anweisungen der Arbeitsagentur zu folgen: mit der Unterschrift unter »Eingliederungsvereinbarungen« (Menke 2015: 296) etwa. Sie haben sich dann freiwillig dazu entschieden (und dies vertraglich abgesichert), dass sie ihr »Recht auf Arbeit« einfordern wollen (Eigenwille legalisierende Funktion der subjektiven Rechte). Damit hat der Staat mithilfe der »Herrschaft der Verträge« also seine Normalisierungsfunktion vollständig erfüllt.

Allgemeiner gesprochen bedeutet Normalisierung den Umschlag von der gleichen Anerkennung der einzelnen und des einzelnen im Sinne seiner Möglichkeit am Sozialen teilzuhaben in den Zwang, am (gegebenen) Sozialen teilhaben zu müssen. Dieser Zwang ist dabei nur ein nicht wünschenswerter Zwang, wenn das Soziale, an dem teilzuhaben man gezwungen ist, kein gutes oder gerechtes Soziales ist, sondern eines, welches auf die Erzeugung von ökonomischem Mehrwert ausgerichtet ist. Eine offene Frage ist an dieser Stelle, wie das gute oder gerechte Soziale bestimmt werden sollte oder könnte: durch die politische Teilnahme der Betroffenen oder durch die (moral-)philosophische Rechtfertigung dessen, was ein gutes oder gerechtes Soziales ausmacht?

Solche Normalisierungstendenzen werden vielfach diskutiert, beispielsweise auch von Habermas (Habermas 1994 [1992]: 105, 498, 502)⁴⁵ oder Wendy Brown (Brown 1995: 95–134).

* * *

In Menkes Systematik ist es entscheidend, dass Ausbeutung und Normalisierung nicht separate Formen der »anderen« Herrschaft, der Beherrschung, des Rechts sind, sondern beide zusammen kennzeichnend sind für das moderne bürgerliche Recht, welches ein Recht der Rechte ist. In meiner Systematik möchte ich das nicht bestreiten, sondern vorschlagen, dass libertäre und egalitaristische Theorien der Gerechtigkeit jeweils eine normative Deutung »der Grundidee der bürgerlichen Rechtsordnung« (über)betonen und ausführlich systematisieren (Menke 2015: 298).

Im letzten Abschnitt habe ich bereits den Zusammenhang von Normalisierung und Ausbeutung ausgehend von der Normalisierung dargestellt (vgl. Punkt (ii) ab S. 291 in Menke 2015). Der Zusammenhang von Ausbeutung und Normalisierung ausgehend von der Ausbeutung ist folgendermaßen zu verstehen (Punkt (i) bei Menke). Der Grund für

45 Die Problematik »der Foucaultschen Normalisierung des passiven Genusses paternalistisch verliehener Rechte« beschreibt Habermas als Problem »sozialstaatlicher Massendemokratien« bzw. des sozialstaatlichen Paradigmas (Habermas 1994 [1992]: 105).

das Herrschaftsmoment der Ausbeutung ist die ›Legalisierung der Eigenwillens‹-Funktion subjektiver Rechte. Der Eigenwille ist normativ nicht strukturiert, es ist kein gerechtfertigter oder autonomer Wille, sondern der Wille im Sinne des willkürlichen Wollens. Aber dieser unbestimmte Wille darf nur in bestimmten »Grenzen« willkürlich sein und diese Begrenzung folgt dem Prinzip der Gleichheit: »In ihrer modernen Form erfolgt diese Begrenzung durch das Prinzip der Gleichheit« (Menke 2015: 291). Die Grenzziehung durch das Prinzip der Gleichheit bildet den Übergang zur ›Normalisierung‹. Das Subjekt der Willkürfreiheit wird als eines normalisiert, dass sich wie alle anderen Willkürsubjekte in denselben »Grenzen der Gleichheit« bewegt (Menke 2015: 292).

Normalisierung und Ausbeutung als Herrschaftsmomente der beiden Funktionen der Rechte, der Ermächtigungs- und der Eigenwillensfunktion, sind also Herrschaftsmomente desselben modernen bürgerlichen Rechts und bedingen sich gegenseitig. Gleichzeitig verhalten sie sich auch kritisch zueinander: Normalisierung kann (aus libertärer Perspektive) kritisiert werden, indem beanstandet wird, dass sie eine Form sozialer Herrschaft ist, die die Möglichkeit von Individuen beeinträchtigt, nach ihrem Eigenwillen zu handeln. Ausbeutung kann von der anderen Seite (aus egalitaristischer Perspektive) in dem Sinne kritisiert werden, dass sie die Herrschaft einer gesellschaftlichen Gruppe über eine andere bedeutet und somit die gleiche Teilhabe am Sozialen verunmögliche. Beide Seiten »kämpfen um die Macht [...], wie die bürgerliche Rechtsordnung im Kern verfaßt sein soll« (Menke 2015: 298). Menke nennt diese Form der Kritik (sowohl von libertärer als auch von egalitaristischer Seite) die »soziale Kritik des Rechts«, eine Kritik, die die sozialen Herrschaftsmomente aufzeigt, die eine Extrapolation jeweils einer Seite des modernen bürgerlichen Rechts zur Folge hat (Menke 2015: 297).

Darüber hinaus gibt es, laut Menke, eine »politische Kritik des Rechts«, die ausweist, dass das »Recht, als Privatrecht oder als Sozialrecht, [...] nur im Akt seiner Selbstbehauptung im Kampf um die hegemoniale Interpretation der Grundidee des bürgerlichen Rechts [besteht]« (Menke 2015: 299). Soziale und politische Kritik sind wiederum durch »eine Dialektik von Blindheit und Einsicht« verknüpft (Menke 2015: 297). Die soziale Kritik (egal von welcher Seite) kann nicht die Geschichte, den Prozess, verstehen, der eine Rechtsgestalt (Privat- oder Sozialrecht) zur hegemonialen gemacht hat, die deshalb soziale Herrschaft ausübt (Ausbeutung oder Normalisierung); die politische Kritik kann hingegen nicht sehen, dass eine bestimmte Rechtsgestalt tatsächlich hegemonial ist und deshalb auch eine soziale Herrschaft ausübt, obwohl es nicht notwendig ist, dass es diese Rechtsgestalt ist, die hegemonial ist:

»So wie die soziale Kritik des Rechts daher nicht dessen Entstehung begreifen kann, so begreift die politische Kritik nicht, wie es besteht: Sie kann nicht begreifen, wie es zur Etablierung *bestimmter* Rechtsge-
 stalten kommt. Das ist der blinde Punkt der politischen Kritik, an dem die Einsicht der sozialen Kritik greift: Während der politischen Kritik die Erstarrung des – an sich – flüssigen Sinns zu einer festen Gestalt, der Umschlag der – ursprünglichen – Kontingenz der Setzung in die Notwendigkeit der zweiten Natur, immer rätselhaft bleiben muß, erkennt die soziale Kritik darin den *Sinn* des Rechts: Seine soziale Logik besteht eben darin, eine bestimmte normative Ordnung zu etablieren, die ebenso bestimmte Verhältnisse sozialer Herrschaft ermöglicht.« (Menke 2015: 300f.)

Die soziale Kritik treibt die »leerlaufende Dynamik des bürgerlichen Rechts« (Menke 2015: 303) an. Die soziale Kritik wird zur »Selbstkritik« (Menke 2015: 305), wenn die Egalitären auch Normalisierung kritisieren und die Libertären Ausbeutungsverhältnisse. Diese Selbstkritik schließt auch die politische Kritik ein, weil sie nicht eine vereinseitigte Perspektive einnimmt. Die soziale und die politische Kritik des Rechts sind für Menke beides bürgerliche Formen der Kritik, die es nicht überwinden können, weil sie nur den Gegensatz und nicht die »*Einheit*« von Sozialrecht und Privatrecht denken können (Menke 2015: 305). Menke selbst will im Gegensatz dazu eine *wahre* Kritik des bürgerlichen Rechts verfolgen, die die Form des bürgerlichen Rechts überwindet (Menke 2015: 306). Wenn die beiden Seiten der sozialen Kritik die Gerechtigkeitsperspektiven von Egalitären und Libertären repräsentieren, dann extrapolieren Theorien der radikalen Demokratie – bzw. die radikaldemokratische Dimension kritisch-prozeduraler Gerechtigkeit – gewissermaßen die politische Kritik.⁴⁶

46 Vgl. 7.6.