

Tim Wihl

## Immanente Kritik durch „Aufhebungsrechte“

Um zu bestimmen, wie eine immanente Kritik auf dem Feld des Rechts verfährt, ist es zweckmäßig, zunächst anzugeben, wie sie *nicht* kritisiert. Denn gemäß Hegels Einsicht „Erst die Kohärenz des Urteilszusammenhangs gewährt Halt für das einzelne Urteil.“<sup>1</sup> sollte man erst einmal abgrenzen, bevor man zur Affirmation vordringt. Kandidaten für Kritiktypen sind eine *subjektiv* und eine *objektiv* ansetzende Kritik, eine, die von innen kommt, aus dem moralischen Reich der reinen Gründe, und eine, die sich an positiven Fixpunkten der äußeren Gegenstandswelt orientiert, etwa Urkunden und Dokumenten. Diese Unterscheidung beruht auf einer erkenntnistheoretischen Differenz, die wiederum Hegel in der Einleitung zur Phänomenologie des Geistes so umschrieben hat: „Untersuchen wir nun die Wahrheit des Wissens, so scheint es, wir untersuchen, was es *an sich* ist. Allein in dieser Untersuchung ist es *unser* Gegenstand, es ist *für uns*; und das *Ansich* desselben, welches sich ergäbe, [wäre] so vielmehr sein Sein *für uns*; was wir als sein Wesen behaupten würden, wäre vielmehr nicht seine Wahrheit, sondern nur unser Wissen von ihm. Das Wesen oder der Maßstab fiele in uns, und dasjenige, was mit ihm verglichen und über welches durch diese Vergleichung entschieden werden sollte, hätte ihn nicht notwendig anzuerkennen.“<sup>2</sup> Wie kann man aber dem objektiven Gegenstand und der subjektiven Sicht der einzelnen Beobachterin gleichermaßen und gleichzeitig gerecht werden? Das ist die Ausgangsfrage der Dialektik im epistemologischen Sinn. Sie lässt sich auch kritiktheoretisch reformulieren.

Unternommen hat eine solche Reformulierung nicht zuletzt die kritische Theorie Frankfurter Herkunft. Das geschieht teils noch in enger Anlehnung an das hegelianische Vokabular und eher implizit, etwa bei Adorno, teils auch angereichert durch pragmatistische und weitere Einsichten und explizit, etwa bei Rahel Jaeggi. Eine besonders klare analytische Darstellung liefert in jüngerer Zeit Titus Stahl mit seinem Aufsatz „What is immanent critique?“ von 2013,<sup>3</sup> an dem sich die folgenden spezifischeren Ausführungen zum dem modernen Recht eigenen Kritikmodus philosophisch orientieren.

Die Leitfrage lautet dabei, in Erweiterung der der immanenten Methode spezifischen Begründungsproblematik: Warum entgeht eine *im Recht aufgehobene Sozialkritik* zentralen begrifflich-methodischen Problemen der immanenten Kritik? Warum ist das Recht dieser Methode im Höchstmaß „angemessen“? Oder anders gefragt: Rettet das moderne Recht als Paradigma die vielfach angefochtene immanente Kritikmethode? Bezeugt es die Überlegenheit eines dialektischen Wirklichkeitszugangs vielleicht gar beispielhaft?

1 So die Zusammenfassung bei Gerhard Gamm, *Flucht aus der Kategorie*, Frankfurt a. M. 1994, 64.

2 Georg W. F. Hegel, *Phänomenologie des Geistes*, Einleitung, Stuttgart (Reclam), 73.

3 Titus Stahl, *What is Immanent Critique?* SSRN Working Papers, URL: <http://ssrn.com/abstract=2357957>, doi: 10.2139/ssrn.2357957.

### 1. Terminologische Abgrenzung: externe, interne, immanente Kritik

Der Widerspruch zwischen subjektiver Innerlichkeit und objektiver Außenwelt lässt sich einerseits zugunsten der inneren, moralischen Seite auflösen. Dann spinnt sich der moralische Geist ein Geflecht praktischer Lehrsätze, ein Gebäude des Sollens. Dieses bezieht er aus dem innerlich angeschauten Raum der guten Gründe. Darin konstruiert sich die Einzelne ihren Naturzustand, unterscheidet einen Gesellschaftszustand und malt sich etwa vertraglich geordnete Zustände aus. Sie klärt die Menschheit belehrend über das ihr eigentlich Gemäße auf. Über kleine Unterschiede sieht sie gern hinweg. Reinheit und Konsistenz haben ihren Preis – die moralische Kritikerin neigt zu Verallgemeinerung und Vogelschau. Sie gewinnt das alles aus ihrem Inneren, dem nur der Spiegel des ihm Eigenen mangelt. Das Innere stülpt sich nicht nach innen, es hat keinen Ort für Selbstspiegelung, Autoreflexion, Selbstkritik. Der Logik verinnerlichter Moral gebricht es an dem Organ, das ihre eigenen blinden Flecken in den Blick zu nehmen wüsste. Exzessiv urteilt sie hingegen über alles ihr Äußerliche, die Welt, wie sie sie versteht. Daher ist diese Kritik nicht nur subjektiv, sondern auch äußerlich. Sie bezieht sich nur auf alles ihr Externe, ihre Konstruktionen und Pläne hält sie der Welt wie von außen als einem Äußeren entgegen. Sinnhaft ist daher die Bezeichnung als *externe* Kritik (die zugleich stets eine überschießend innerliche ist). Was ihr fehlt, ist ein Sinn für den Gegenstand selbst. Sie begnügt sich stattdessen mit dem Für-sich.

Umgekehrt kann sich eine Kritik wie ein ganz unsicherer, verzagter Zeitgenosse an das Äußere halten wollen. Diese konventionsbejahende Haltung hat mit einem schlechten Ruf zu kämpfen, weil sie der modernen Logik individueller Rechtfertigung entgegenzustehen scheint, sich dem neuzeitlichen Imperativ der Individualität vordergründig zu entziehen sucht. Doch der Schein trügt. Was der konventionalistische Einzelne an Subjektivität missen lässt, macht er mit einem Überhang an Welt wett. Er lässt sich so konsequent auf die Gegenstände ein, dass er hinter diesen fast verschwindet. Damit belässt er allem Äußeren ein Höchstmaß an Alterität, an eigener Logik und Vernunft. Ein solches Individuum radiert sich und sein begrenztes Streben geradezu aus und stellt sich in den unendlichen Dienst der Sachen, was voraussetzt, dass es sie verstehen will. Beobachtung wird auch normativ zu einer teilnahmslosen Angelegenheit. Eine Suche nach der je waltenden Autorität und nach dem Übermaß des Seins in jeder Orientierung des menschlichen Handelns kennzeichnet solche Subjekte. Ihnen entgeht die allerdings unabdingbare Frage nach der Vernunft in dem Außen mitsamt all seinen Institutionen, das sie umgibt und auch in eine normative Welt einbettet. Gewohnheit ist ihnen Gehorsam, aber kein denkender, nicht einmal ein glaubender. Ritus, Dokument, Stempel dominieren. Ratifikation wird Sehnsuchtsziel. Ein Exzess an Äußerlichkeit ist wiederum gleichbedeutend mit einer Verinnerlichung solcher fremden, aber als eigen missverstandenen Maßstäbe bloßer Autorität. Das Recht als abstraktes, das gebieterisch Ansprüche auf die eigene Seele anmeldet, ist im Gegensatz zur externen Moralität einseitiges Gesellschaftsinternum. Als sozialer Unterscheidungs- oder Kritikprüfstein – und um Sozialkritik geht es immer – ist es daher allzu *intern*. Das Recht erscheint hier ungeläutert positiv, herrschaftlich-herrschend, als kaltes An-sich.

Welche Möglichkeiten bestehen, den Widerspruch zwischen subjektfixierter, externer und objektvernarrter, interner Kritik zu überbrücken oder zu vermitteln? Mit diesem Problem ist die Aufgabe einer allererst immanenten Kritik bezeichnet.

Nunmehr sollen zwar Maßstäbe aus dem Gegenstand selbst gewonnen werden, weil die externe Kritik zu dünn, zu unspezifisch, zu unbegründet ist – denn gerade ihr vermeintlich privilegierter Zugang zu guten Gründen ist verdächtig. Demgegenüber ist die interne Spielart zu partikular, entsprechend relativistisch und anders unbegründet, es geht ihr nämlich nur um konsequentes Handeln im Einklang mit einem fremden, aber gehorsam angeeigneten Selbstverständnis. *Immanent* wäre es, unrealisierte *normative Potentiale* von Relevanz für die Gesellschaft zu bergen. Jenseits von Regelfolgen und Selbstverständnis ginge es um deren nochmalige, eben (selbst)reflexive Bewertung anhand praxisinterner Maßstäbe – und zentral um den Regelbegriff mitsamt seinen Grenzen selbst. Man würde versuchen, dialektische Widersprüche eines als geistige Totalität begriffenen Normensystems konkret zu identifizieren, auszumessen und zum dann reflexiven Maßstab zu erkiesen.<sup>4</sup> Anders als bei der internen Kritik, bei der Tatsachen an einem vermeintlich klaren, unverwandelt „selbst“ formulierten Anspruch gemessen werden, wären die normativen Ansprüche erst zu bergen.<sup>5</sup>

Das ist insbesondere eine für demokratische Rechts- und noch mehr Verfassungsrepubliken typische Operation, wie zu zeigen ist. So kann etwa ein gewohnter, gar rechtlich sanktionierter Brauch am Maßstab des stets mittelbaren, noch zu bestimmenden Volkswillens des *pouvoir constitué* oder der Verfassung als stets erläuterungsbedürftigem, dynamisierenden Ausdruck des weiter prozedierenden, kontrollierenden *pouvoir constituant* zerschellen oder mindestens seine Bedeutung ändern. Namentlich Michael Walzer hat sich philosophisch prominent scheinbar „affirmativ“ auf die US-Verfassung als Kritikmaßstab bezogen.<sup>6</sup>

## 2. Rechtlicher Gehalt dieser Abgrenzung

So schlägt dann gerade die Verfassung die kritiktypologische Brücke zur Rechtsphilosophie. Denn indem Verfassung irreduzibel doppelseitig Recht und Politik ist, aber vor allem in ihrer Bindung an den denkenden Willen, nicht eine moralisch ausgedachte Scheinvernunft, der Inbegriff *moderner* Rechts-Politik, der Wende zum urteilenden, notfalls ungehorsamen Subjekt, der Orientierung an Individualität statt Tugend (Leo Strauss) bleibt, steht mit ihr ein immanenter Maßstab des Rechtssystems als Ganzem bereit. Freilich ist die moderne Wende zum Subjekt doppeldeutig: Dieses ist zugleich das autonome Subjekt und das durch moderne Gesellschaft geformte Subjekt. Im Subjektbegriff spiegelt sich mithin das ganze Drama der modernen Zeit. Steht Rousseau als Ahnherr dieser Wende zum Willen, der Wende auch zur Gesellschaft und zugleich deren Abwehr, wird Hegel konkreter: Es kommt zum Kampf des vernünftigen Willens (bei ihm im Staat zu sich selbst kommend) gerade wider das bloße „Spiel der Individualitäten“, das der blinde

4 Vgl. ähnlich Rahel Jaeggi, Kritik von Lebensformen, Berlin 2014, 277 ff.

5 Vernachlässigt sind hier die hermeneutische vs. praxistheoretische Spielart immanenter Kritik. Eine exzellente Aufbereitung der zeitgenössischen Spielarten hegelianisch-immanenter Kritik bei Bernard E. Harcourt, *Critique and Praxis*, New York 2020, 164 ff. Harcourt verwirft die immanente Kritik letztlich als zu „foundationalist“ und als epistemisch zu anspruchsvoll; er sieht sich selbst weniger einer dialektischen als einer illusionskritischen Denktradition verpflichtet, wie sie etwa auf Nietzsche und Foucault rückführbar ist. Es bleibt eine offene Frage, inwiefern ein solcher Ansatz einem hegelianisch-adornitischen Relativismuseinwand entgegen kann. Er hat allerdings bei Harcourt den Vorzug, in weltverändernde Praxis zu münden.

6 Michael Walzer, *Interpretation and social criticism*, Cambridge/Mass. 1987.

Markt als gesellschaftliches Zentrum darbietet. Hegel analysiert damit nach Rousseau die Kritikressourcen und das zu Kritisierende der modernen, rechtlich verfassten Gesellschaft mit ihrer *begrifflich eigenen* Orientierung an Individualität. Moderne Sozialkritik ist daher im Ursprung rousseauistisch, was konsequent ist, weil mit Rousseau auch linke (versus rechte) Politik beginnt;<sup>7</sup> zu ihrer Methode gilt es jedoch wiederum Hegel zu befragen: Dessen Suche nach dem Begriff, dem die Realität noch nicht entspricht, strebt hinweg vom Bestimmtheitsdenken am Leitfaden des Aussagesatzes (A ist B), wie in vor-Wittgensteinianischen Repräsentationstheorien der Bedeutung, aber will auch nicht mit Nietzsche alles „bestimmt“ Gesagte als Fiktion entlarven („nihilistische Kritik“, bis hin zu Kellyanne Conways „Alternative facts“). Dementsprechend wendet sich die immanente Form zu kritisieren gegen zwei Typen dogmatischer Kritik, nämlich intern die bloße Realität als Maßstab zu nehmen oder eine Wesensbehauptung von außen zu machen. Stattdessen sagt Hegel über die Sache an und für sich selbst als (Erkenntnis-)Ziel: „An dem also, was das Bewußtsein innerhalb seiner für das *Ansich* oder das *Wahre* erklärt, haben wir den Maßstab, den es selbst aufstellt, sein Wissen daran zu messen. Nennen wir das *Wissen* den *Begriff*, das *Wesen* oder das *Wahre* aber das *Seiende* oder den *Gegenstand*, so besteht die Prüfung darin, zuzusehen, ob der Begriff dem Gegenstande entspricht. Nennen wir aber das *Wesen* oder das *Ansich des Gegenstandes* den *Begriff* und verstehen dagegen unter dem *Gegenstande* ihn als *Gegenstand*, nämlich wie er *für ein Anderes* ist, so besteht die Prüfung darin, daß wir zusehen, ob der Gegenstand seinem Begriffe entspricht. Man sieht wohl, daß beides dasselbe ist; das Wesentliche aber ist, dies für die ganze Untersuchung festzuhalten, daß diese beiden Momente, *Begriff* und *Gegenstand*, *Für-ein-Anderes*- und *An-sich-selbst-Sein*, in das Wissen, das wir untersuchen, selbst fallen und hiermit wir nicht nötig haben, Maßstäbe mitzubringen und *unsere* Einfälle und Gedanken bei der Untersuchung zu applizieren; dadurch, daß wir diese weglassen, erreichen wir es, die Sache, wie sie *an* und *für sich* selbst ist, zu betrachten.“<sup>8</sup>

Daraus ergibt sich die Frage: Was ist das Recht „an und für sich“? Diese müssen wir beantworten, um eine dialektische Erkenntnis gerade des modernen Rechts zu ermöglichen. Aus den grundlegenden logischen Bestimmungen bei Hegel erhellt: Es muss dies ein endloser *Erfahrungsprozess* sein.

Daraus resultieren aber zwei Probleme: erstens ein *Idealismusproblem*. Geht es „nur“ um unterschiedliche Gestalten des (objektiven) Geistes? Dazu hat Marx manches mitzuteilen: Die Widersprüche der modernen Gesellschaft entstehen durch Dominanz (durch das Kapital, den globalen Norden, den Mann etc.) oder konkurrierende Deutungen (konkurrierende Rechte!). Begriffliche Selbstbestimmung ist materiell bloß hegemoniale Fremdbestimmung (ohne dass begriffliches Denken verworfen wird, Marx betonte schließlich, Hegel sei kein „toter Hund“). So wäre die Idee an die Materialität rückzubinden.

7 Urheber der *Gesellschaft als Subjekt der Imputabilität* ist Rousseau, der so eine Antwort auf das Theodizee-Problem gegeben hat. Rousseaus Lösung des Theodizeeproblems besteht nach Ernst Cassirer darin, dass er die Bürde von Gott wegnimmt, um sie der menschlichen Gemeinschaft aufzuerlegen. Unmittelbare Folge dieser Lösung ist die unbedingte Ablehnung jeder *rechtlichen* Möglichkeit von Sklaverei. Folglich ist Rousseau der geistige Vater linker (der Gesellschaft zuzurechnender, egalitärer) und daher auch demokratischer, also rechter *oder* linker Politik. Näher Tim Wihl, *Aufhebungsrechte*, Weilerswist 2019, 234 ff.

8 Hegel (Fn. 2).

Und zweitens ein Problem der *Identitätslogik*. Warum soll es überhaupt zu dem Abschluss eines dialektischen Prozesses an einem Optimalpunkt kommen? Dazu hat Adorno in der „Negativen Dialektik“ das Nötige bemerkt: Es muss ins „Offene“ immer weitergehen mit der Erfahrung; und die Differenz ist der Identität begrifflich nicht untergeordnet (anders als Hegel meint).

Wenn Recht als An-und-für-Sich folglich ein unabschließbarer Erfahrungsprozess des Geistes in einer von materieller Dominanz und Konkurrenz durchzogenen Welt ist, ist damit noch nicht sein Inhalt, sondern erst einmal seine *Form* bestimmt. Es gilt, um den rechtlichen Gehalt dieses geistigen Prozesses zu finden, den spezifischen Umgang gerade des *Rechts* mit Dominanz-/Herrschaftsverhältnissen und identifizierender Logik zu ergründen.

Dieser dem modernen Recht eigene Umgang mit Dominanz/Konkurrenz und Identitätslogik schlägt sich doppelt nieder: in der *Gewaltenteilung* und in den „*Aufhebungsrechten*“. Beide Elemente, die das Recht erst zum modernen machen, benennt die französische Menschenrechtserklärung von 1789 als Wesenszüge des nachrevolutionären Staates: Wer ohne sie auszukommen meint, verfügt über keine Verfassung. Warum bedarf es gerade dieser beiden?

In der Gewaltenteilung institutionalisiert sich das Changieren jeder Herrschaft zwischen individueller und kollektiver Legitimation. Republikanische Herrschaft kann auf beide nicht verzichten: Sie bleibt sowohl der Selbstbestimmung der Einzelnen – insbesondere in der Gerichtsbarkeit – als auch der Autonomie des Kollektivs (man mag es Volk heißen) – zumal in der Volksversammlung oder dem Parlament – bei einer Vermittlung beider in der Exekutivgewalt verpflichtet.<sup>9</sup> Das entspringt gerade der modernen Umstellung von einer autoritären Scheinvernunft auf eine durch den Willen mediatisierte Vernunft, wie sie reichlich verkürzt und höchst missverständlich die berühmte Formel „*auctoritas non veritas facit legem*“ zum kondensierten Ausdruck bringt. In Wirklichkeit ist es die Wahrheit, die den Willen benötigt, um sich mit der Welt erst zu vermitteln. Ein Rückfall auf die reine Positivität ist nicht angezeigt und schon gar nicht geboten. Die Gewaltenteilung ist vielmehr die wahre Gestalt der freien Willensherrschaft und durch diesen sozialen Sinn auch begrenzt. Daraus erwachsen mannigfache Ansatzpunkte der Kritik. Wird die positive Herrschaft ihrem normativen Anspruch je konkret gerecht, individuellen und kollektiven Willen zu vermitteln? Das ist eine Frage, die sich weder allein subjektiv (extern-kritisch) noch objektiv (intern-kritisch) beantworten lässt. Nur konkret-allgemein, das heißt in einer konkreten Situation mit Blick auf den in den Verfassungsinstitutionen allgemein verwirklichten Vernunftanspruch auf Willensherrschaft, lässt sich politisch beurteilen, ob eine rechtliche Lösung zu überzeugen vermag. Anders formuliert, kann man dieses Urteil nur anhand des den Institutionen *immanenten* Kritikmaßstabs fällen. Kann eine politisch-rechtliche Entscheidung dem revolutionären Verfassungskriterium der Gewaltenteilung als Medium der Willensherrschaft genügen? So ist, modern, zu fragen.

Doch damit hat es nicht sein Bewenden. In den Mittelpunkt rücken fürderhin auch die *Aufhebungsrechte*. Dies ist eine Bezeichnung für die Menschen-, Bürgerinnen- oder Grundrechte, die deren gemeinsamen Zug zu Gehör bringt, das schon vormoderne, aber weiter existierende positiv-ordnende Recht dreifach aufzuheben: Das bloß ordnende, herrschende, Freiheit reprimierende Recht behält zwar seinen menschliche Beziehungen

9 Christoph Möllers, Die drei Gewalten, Weilerswist 2008.

ordnenden Charakter (*conservare*), gewinnt aber eine Verpflichtung auf die Individualität als Rechtfertigungsprinzip der Moderne (*elevare*) und verliert seinen Unwert aus Fremdbestimmung (*tollere*). An dieser Aufhebungsbewegung, die sich institutionell vorzüglich in der (verfassungs)gerichtlichen Gesetzaufhebung (*abrogare*) niederschlagen kann, interessiert hier insbesondere der Elevationsgehalt der Aufhebungsrechte, namentlich dass sie das ordnende Recht zu seinem besseren, Individualität ermöglichenden Selbst führen. Denn gerade darin offenbart sich, wie die Aufhebungsrechte als immanente Kritikinstanz wirken.

Aufhebungsrechte sind als Individualitätsbedingung gleichsam der Egalitätsspeicher der Gesamtrechtsordnung. Und damit zugleich: der Alteritätsspeicher. Das zeigt sich just im Vorbehalt gegen bloß ordnende, das heißt auch Dominanz (*Herrschaft*) „regelnde“ Positivität des Rechts und in der dreistufigen Egalität *jedes* solchen Aufhebungsrechts.

Jedes individuelle Recht ist (angelehnt an Hegels dreifache Aufhebung) auf gleiche Freiheit (Individualität) gerichtet und sprengt das ordnende, positive Rechtssystem von innen her (immanent) mit seinen *normativen Potentialen* auf. *Dreifach egalitär* wirkt es stets zugleich: als *Privilegienverbot* im präzisen Sinn, Schutz der *Besonderheit* und schließlich *soziale* Gleichheit.<sup>10</sup> Dabei erfasst diese Trias das Doppelgesicht der Antidiskriminierung, nämlich Differenzen unsichtbar oder gerade sichtbar zu machen, genauso wie deren begriffliche Grenzen. Die Anerkennung der Identität *und* Verschiedenheit ist Rechtspflicht, aber der Streit um Klassenverhältnisse fordert als Substanz der demokratischen Politik gerade nicht nur Sexismus-, Rassismus- und Klassismuskritik. Es geht auf allen Stufen des egalitären Aufhebungsrechts um Freiheitsverteilung, aber auf der genuin politischen, dritten darüber hinaus um materielle Ressourcen.

Auf der *ersten Stufe* heben Aufhebungsrechte, die begriffsnotwendig egalitär sind, gesetzliche Privilegien auf, indem sie fragen, ob eine Regelung juristisch *universell* angelegt ist. Ist eine Ehebestimmung „für alle Heterosexuellen“ angelegt oder „für alle“? Sind Sozialleistungen „für alle Inländer:innen“ oder „für alle“ im Geltungsbereich des jeweiligen Rechts vorgesehen? Hier treten ganze Menschengruppen in ihrem Anspruch auf gleiche Rücksicht und Einbezug aus dem Dunkel ins Licht. Selbstverständlich gibt es hier für eine wachsame Gesellschaft und aufmerksame Gerichte immer wieder Neues zu tun, weil (de)privilegierende Verkürzungen aller denkbaren Freiheitsrechte allgegenwärtig sind.

Auf der *zweiten Stufe* erheben Aufhebungsrechte einen Einwand gegen Regeln, die nicht spezifisch genug auf relevante Besonderheiten insbesondere verletzlicher Personen eingehen. Das Ziel ist hier eine Art verallgemeinerte „reasonable accomodation“, nicht nur wie im konzeptionellen Ausgangspunkt für körperlich beeinträchtigte Menschen. Anders als auf der ersten Stufe geht es primär um die *Sichtbarmachung von Unterschieden* für die Zwecke sensibler Gesetzgebung.

Der demokratische Streit in modernen Gemeinwesen wäre demgegenüber idealerweise erst auf der *dritten Stufe* der Egalität auszutragen. Wahrhaft demokratische Republiken setzen sich primär darüber auseinander, wie sie soziale Gleichheit verstehen wollen, das heißt welche materiellen (vor allem Klassen-) Unterschiede sie zulassen wollen. Es geht darum, das Verhältnis von Markt und Kooperation auszutarieren, zu definieren, was „Chancengleichheit“ jenseits einer ideologischen Schimäre sein kann, schließlich auch einer realen souveränen Gleichheit in der Weltgesellschaft näherzukommen.

10 Wihl (Fn. 7), 170 ff.



Den teils heruntergekommenen Zustand realer europäischer Demokratien kann man nicht zuletzt daran ablesen, wie wenig über *diese* Probleme gestritten wird und wie laut und unbarmherzig die Kontroversen um eigentlich doch verfassungsmäßig selbstverständlich verbotene Diskriminierung dröhnen. Das Diskriminierungsverbot ist die entscheidende *juristische Vorbedingung* demokratischer Politik und sollte selbst nicht über die Maßen kontrovers und politisiert sein. In jenem Versagen, dem Skandal des antiegalitären Themenwechsels, äußert sich der Rest- und Protofaschismus real existierender Republiken auch des atlantischen Raums. Dieses Faschismuspotential zeigt sich mithin weniger darin, dass Staaten sich für mehr Marktkonkurrenz entscheiden, sondern darin, dass sie darüber oder (seltener) über das Gegenteil *gar nicht demokratisch streiten*, sondern stattdessen innere Konflikte nach außen umlenken, Feinde ihrer „Sicherheit“ definieren oder die Legitimität von Diskriminierung ernsthaft „demokratisch“ erörtern. Das ist damit auch kein Problem, das man dem Populismus zuschieben könnte, der vielmehr nur ein Symptom eines Verfalls der demokratischen Totalität ist.

### 3. Aufhebungsrechte als Instanz demokratischer immanenter Kritik<sup>11</sup>

Unter Aufhebungsrechten kann man aus der Perspektive der Sozialkritik statt einer Kritik der demokratischen Mehrheit oder der politischen Gesamtwohlfahrtsorientierung<sup>12</sup> ein Mittel der (dargestellten) immanenten Kritik des Verfassungsprozesses verstehen.<sup>13</sup> Denn im Gegensatz zur externen Kritik sind positive Grundrechte keineswegs ein äußerer Maßstab etwa moralisch-naturrechtlicher Art, der an ein bestimmtes System der Sittlichkeit aus dem innersten Äußeren herangetragen wird.<sup>14</sup> Genauso wenig ist ihnen aber

11 Der folgende Abschnitt lehnt sich teils wörtlich an meine ausführlicheren Erläuterungen in Wihl (Fn. 7), 231 ff. an.

12 Sowohl der (nicht völkerrechtliche) Minderheitenschutz als auch die anti-utilitaristische Orientierung von Rechten wurden hauptsächlich im angelsächsischen Raum diskutiert und entfaltet, nicht zuletzt bei Ronald Dworkin (Bürgerrechte ernstgenommen; Freedom's law; Sovereign virtue).

13 Ausführlich zur immanenten Kritik auch Jaeggi (Fn. 4), 277 ff. Eine Ausarbeitung der Idee von Rechten als immanenter Kritikstandard enthält Costas Douzinas, *The end of human rights*, Oxford 2000, Kap. 9, 244: „Human rights were initially law's critique and must be distinguished. With the extensive positivisation of human rights, however, the external division between legal and human rights has been replicated in the body of human rights themselves. When opposed to the state and its laws, they act as a standard of critique, dissent and rebellion.“

14 Vgl. Christoph Menke, Einleitung, in: ders./Francesca Raimondi (Hrsg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Berlin 2011, 15 ff., wonach statt einer liberal-nationalisierenden und einer republikanisch-naturalisierenden Deutung der Revolution der Menschenrechte 1789 ff., die beide ein vorpolitisches Fundament von Rechten postulieren, eine politische Deutung zu bevorzugen ist: „Die Menschenrechte sind kein Prinzip, das einen Prozess determiniert, sondern die Bewegung einer Praxis entbindet, deren einziges Prinzip die Unterlaufung oder Überschreitung jedes in ihr gesetzten Prinzips zu sein scheint. [...] Dazu gehört, dass sie die Zeitlichkeit der Revolution als eine erfahren, die mit aller bisherigen Geschichtszeit bricht [...] In ihrer wesentlichen Unbestimmtheit taugt die revolutionär geforderte Gleichheit nicht zur naturrechtlichen Grundlage einer neuen politischen Ordnung. [...] Dass die geforderte Gleichheit ‚natürlich‘ ist, heißt im revolutionären Prozess, dass sie nicht festgelegt ist; dass sie einer permanenten, sich radikalierenden Neubestimmung unterliegt“ (18 f.). Anders formuliert: *Demokratische Politik ist die Verzeitlichung der Moral.*

ein interner Kritikmaßstab zu eigen,<sup>15</sup> was vielleicht minder offenkundig ist. Denn Rechte scheinen auf den ersten Blick Teil des verschriftlichten „Betriebssystems“ der liberalen Demokratien zu sein, auf die man bei Bedarf als Kritikressource zurückgreifen kann. Doch auch die Schrift etwa des deutschen Grundgesetzes oder der UN-Menschenrechts-erklärung verleiht diesem System keine echte Statik seines Gegenstandsinhalts. Die Rechte sind nämlich immanent *temporal* und zukunfts offen strukturiert; sie sind konstitutiv verflochten mit der Zeit. Denn Aufhebungsrechte lassen sich nicht darauf festlegen, ob sie in der Vergangenheit erworbene Substanz (etwa Eigentum oder Leben) sichern, die Kommunikation der Gegenwart ermöglichen oder eine egalitäre Zukunft öffnen.

Aus der Trias von passeistischer *Eigentümlichkeit*, präsentistischer *Diskursivität* und futuristischer *Egalität* ist also kein (demokratisches) Entkommen. Durch die mehrfache Skalierbarkeit der Rechte entlang der Achsen Egalität (s.o.) und Temporalität mit deren inneren Kohäsionskräften (*Affinitäten*) entfalten einzelne Rechte sogar eine solche innere Sprengkraft und Widersprüchlichkeit, dass man über die produktiven unter diesen *Widersprüchen* nicht hinweggehen kann, ohne die Rechte überhaupt zu verfehlen. Wenn Individualität die Form positiver Rechte mit ihrer politischen Kehrseite zusammenbindet, trifft auf immanente Kritik zu, was Marx in ähnlichem Zusammenhang bemerkt hat: „An ihrer eigenen Individualität, an ihrem natürlichen Wesen misst sie ihre Lebenssituation, nicht am Ideal des Guten.“<sup>16</sup> „Natürliches Wesen“ statt Moral also!

Kriterien der Kritik entstammen so den (temporalen) *Möglichkeiten* des widersprüchlichen Rechts (aufgehoben, immanent), aber nicht dem *bloß* herrschenden Recht (autoritär, intern). Rechte als Instanzen immanenter Kritik zeigen, dass das Recht im Widerspruch mit sich selbst steht – Demokratie als Geltendmachung der Rechte<sup>17</sup> ist die permanente *Krise* als Ausdruck dieses Widerspruchs nicht nur von positivem Recht und ihrerseits positivierten, aber dynamisch-prozedierenden Rechten (systeminterne Nicht-übereinstimmung), sondern auch der Rechte untereinander, obwohl diese gleichzeitig konstitutiv für die demokratische Praxis sind. Der Widerspruch transformiert das Recht mitsamt der Rechte, und das *in Permanenz*.<sup>18</sup>

Immanente Kritik unterscheidet sich von interner, autoritätsbezogener gerade durch ihre integrale *Reflexivität*. Die Kritikerin nimmt sich nicht einfach ein Grundrecht vor und hält es dem Rechtsunterworfenen entgegen, hält diesem also ein Umsetzungsdefizit vor, sondern führt ein grundlegend anderes, aber in den egalitären Aufhebungsrechten eben aufgehobenes Rechtsverständnis, Recht gegen Herrschaft/Ungleichheit, ins Feld. Es kommt ihm nicht darauf an, Verhalten zu unterdrücken, sondern zu ermöglichen. Es eröffnet den Raum des Widerstreits an verschiedenen Achsen der Rechte entlang (Temporalitäten, s.o.). Die *widersprüchlichen* Aspekte der Rechte mögen den Raum der Demokratie grundlegend strukturieren. Die immanente Kritikerin treibt also die Demokratie in ihren eigenen Bahnen immer wieder über sich selbst hinaus, indem sie ihr die Besinnung auf die eigenen widersprüchlichen Grundstrukturen ermöglicht, ohne die ihr Bestand in der Zeit gefährdet wäre. Denn sonst wäre bereits ihre begriffliche Substanz zuschanden

15 Walzer (Fn. 6). Dort wird interne Kritik als Standpunkt der Interpretation gegen den der Entdeckung oder Erfindung (extern) verteidigt, obwohl eher ein immanenter, wenn auch noch nicht dialektisch ausformulierter Kritikstandpunkt bezogen wird.

16 Karl Marx, MEW 2, 180, zit. bei Christoph Henning, Marx und die Folgen, Stuttgart 2017, 110.

17 Eindrücklich: Claude Lefort, Politisches Denken im Angesicht der Menschenrechte, Trivium 3/2009, 1 ff.

18 Vgl. zu der hier wiedergefundenen Struktur immanenter Kritik Jaeggi (Fn. 4), 297 f.



gegangen. Immanente Kritik denkt somit die *Temporalität* ihrer Maßstäbe stets mit, verabschiedet sich vom Leitfaden des Aussagesatzes und beschreibt den dialektischen Wandel des Gegenstandes wie des Maßstabes ausgehend von deren Widersprüchlichkeit.

#### 4. In Aufhebungsrechten materialisierte Sozialkritik als Paradigma

Unsere Ausgangsfrage lautete: Warum entgeht eine *im Recht aufgehobene Sozialkritik* zentralen begrifflich-methodischen Problemen der immanenten Kritik? Das lässt sich jetzt knapp damit beantworten, dass die drei Standardeinwände gegen immanente Kritik nach Stahl (2013) bei Aufhebungsrechten allesamt nicht greifen, so dass diese geradezu als Paradigma des dialektischen Kritikmodus taugen.

Zunächst zum Problem der *sozialen Ontologie*. Es fragt sich doch, ob es den immanenten Maßstab jenseits von Regelfolgen und Selbstverständnis überhaupt gibt, ob er basiert in den Praktiken allein sein kann? Für die Rechte lässt sich das bejahen, weil sie eine *qualitativ andere Rechtsschicht* bilden, die das traditionelle ordnende Recht der Regeln reflexiv *stets aufhebt*.

Sodann zum Problem der *Normerkenntnis*. Wie findet man diese Maßstäbe? Im Fall der Rechte ist auch das wiederum im Prinzip klar, weil sie eine zwar rivalisierende, oft ignorierte, als irrelevant abgetane soziale Praxis (vgl. etwa UN-Ausschüsse, Menschenrechts-Gerichtshöfe, Bundesverfassungsgericht, Wissenschaft) konstituieren, aber in Demokratien eben doch in der *Verfassung* als der in der Regel höchsten Rechtsschicht sanktioniert sind.

Und drittens stellt sich noch das Problem der *Rechtfertigung*. Dazu lautet aber die hier begründete These gerade, dass alles Recht sich unter modernen Bedingungen gegenüber Aufhebungsrechten rechtfertigen muss! Denn wichtig ist es, abermals hervorzuheben: Rechte sind nicht Rechtssätze wie alle anderen, sie sind nicht nur Rahmen, sondern wesentlich transformativ und emanzipatorisch. Das lässt sich sogar an ihrer politisch-rechtlichen Doppelnatur seit ihrem revolutionären Ursprung ablesen. Das eigentliche Problem entsteht heute daraus, dass die dialektische Natur der Rechte infolge ihrer Zähmung in *dogmatischer* Rechtswissenschaft teils bis zur Unkenntlichkeit abgeschliffen ist. Durchaus in Hegels abwertendem Sinne verfährt eine solche positive Jurisprudenz „dogmatisch“, nämlich diesseits der vermittelnden Immanenz gefangen zwischen je defizienten internen und externen Erkenntnismodi.

#### 5. Das rechtliche Außen – die Kehrseite der Totalität noch des modernen Rechts

Am Ende ist jedoch noch eine (wiederum dialektische!) Kehrseite zumindest zu erwähnen. Denn eine auf das Recht fokussierte Sozialkritik handelt sich besondere Probleme neu oder gar verschärft ein.

Der Ausgangspunkt einer solchen nächsten kritischen Reflexionsstufe ist Adornos berühmte Sentenz „Das Ganze ist das Unwahre“ (*Minima Moralia*).<sup>19</sup> Das Problem der Form der Rechte erhält sich insofern, als sie kapitalistisch-gesellschaftliche Widersprüche nicht aufhebt, sondern nur benennt; *das Materielle als Außen des Rechts bleibt das Un-*

19 Näher zur Deutung Adornos insb.: Julia Christ, *Kritik des Spiels – Spiel als Kritik*, Baden-Baden 2017.

*wahre*. Das schlägt sich im Recht selbst verschiedentlich nieder. Zu nennen sind hier nur stichworthaft einige Anhaltspunkte des „unwahren“ Rechts: allgegenwärtige und übermäßige Abwägung, strikt ausgelegte Eigentumsgarantien, Ausnahmerecht, die unbegründete Hierarchisierung privater und sozialer Rechte, Reste politischer Justiz, mögliche Klassenjustiz, possessive Verformungen kommunikativer Freiheiten, das Vordringen von Identitätslogiken, machtabstabilisierende Umgehungstatbestände, „Lawfare“, „unziviler“ Ungehorsam von oben (etwa der faktische Vermieter:innenboykott einer Mietenregulierung) etc.

Die „zweite“, radikalere, aber immer noch immanente Kritik des Rechts bleibt daher unabdingbar. Erforderlich ist stets auch eine immanente Kritik des *Ganzen* des Rechts als Recht der Eigentumsgesellschaft (Rousseau). Eine Abhilfe, stets demokratisch und rechtswissenschaftlich kleinteilig, ist so möglich wie nötig: Denn Aufhebungsrechte geben immerhin einen Richtungssinn (begriffliche Orientierung) vor und können zum immanenten Aufsprengen der sozialen Unterdrückungsverhältnisse beitragen, solange die demokratische Logik<sup>20</sup> die Oberhand behält. Das ist allerdings keine Selbstverständlichkeit, sondern eine Frage der täglich neu erkämpften demokratischen Kultur.

20 Gemeint ist damit vor allem, dass wahrhaft demokratische Politik durch Aufhebungsrechte der Verfassung vor-strukturiert und ideell angeleitet ist, also dem in Widersprüchen befangenen Fortschritt der gleichen Freiheit nicht zu entgehen weiß. Die Realität entspricht dieser Forderung des Begriffs freilich nur näherungsweise.