

Totalität, Recht und Rechtlosigkeit

**Eine Auseinandersetzung mit den ‚Critical Legal Studies‘ und der
‚Rechtsableitungsdebatte‘ zu Fragen der Abschaffung des Rechts**

Inauguraldissertation

zur Erlangung des Grades eines Doktors der Philosophie im Fachbereich
Gesellschaftswissenschaften der Johann-Wolfgang-Goethe-Universität zu Frankfurt am
Main

vorgelegt von

Simon Paulenz aus Frankfurt a. d. Oder

Einreichungsjahr: 2005

Erscheinungsjahr: 2008

1. Gutachter: Jochim Hirsch, Frankfurt a. Main

2. Gutachter: Moishe Postone, Chicago

Tag der mündlichen Prüfung: 11. Februar 2008

INHALT

EINLEITUNG	6
TEIL A: DIE FRÜHEN ‚CRITICAL LEGAL STUDIES‘	15
I. Die ‚Critical Legal Studies‘ und ihre Bedeutung für meine Arbeit	15
II. Kennedys und Ungers Paradigma: Ahistorisch (un)bestimmtes Recht, bestimmende Ideologien und die handlungstheoretische Ideologiekritik des liberalen Rechts	17
1. Kennedys Entfaltung des Paradigmas	18
2. Die liberalismuskritische und wesensphilosophische Dimension	21
3. Die fehlende Dimension: die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts	22
4. Handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts als Spielart des ‚Klassenrecht-Marxismus‘ und aufgeworfene Fragen.....	24
5. Ungers Entfaltung des Paradigmas und erste Schritte zur historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts	27
III. Übergänge zur Rechtsformkritik mit Unger gegen Unger	30
1. Die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts: die kapitalistische Rechtsform und ihre zwei Begriffe.....	30
2. (Rechts-)Form-, (Rechts-)Inhalts- und verwandte Begriffe in der philosophischen und marxistischen Tradition.....	34
3. Das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik als Problem von Affirmation und Gegenemanzipation bei Kennedy und Unger	40
4. Das Form-Inhalt-Problem in der philosophischen und marxistischen Tradition sowie seine Bedeutung für meine Ausgangsfragen.....	43
5. Das Fehlen von Rechtsformkritik als Fehlen von Herrschaftskritik bei Unger und Kennedy.....	45
IV. Ungers Untersuchung der gleichzeitigen Funktionalität und Autonomie des Rechts....	48
1. Ungers empirischer Befund von gleichzeitiger Autonomie und Funktionalität des Rechts	48
2. Autonomie und Funktionalität des kapitalistischen Rechts als Formverselbständigung und Formfunktionalität.....	49
V. Zwischenfazit	51
VI. Staat und liberale Ideologie im Recht bei Mensch.....	54
1. Die Entfaltung des Paradigmas und der Bezug zum Staat bei Mensch.....	55
2. Staatliche Souveränität und das Form-Inhalt-Problem.....	56
3. Doppelter Herrschaftscharakter sowie gegenemanzipatorische und emanzipatorische Potenziale des Rechts, Unterscheidung von Recht und Rechtlosigkeit	58
4. Die Funktionalität des kapitalistischen Rechts bei Mensch und Formfunktionalität für liberale Mindeststandards sowie aufgeworfene Fragen.....	62

VII. Klassenrecht und Autonomie des Rechts bei Freeman.....	65
1. <i>Freemans Entfaltung des Paradigmas und der Bezug zu Klasseninteressen und Autonomie des Rechts.....</i>	66
2. <i>Die Grenzen von Freemans Rechtskritik als Grenzen eines handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ und aufgeworfene Fragen.....</i>	67
VIII. An den Rändern der ‚Critical Legal Studies‘: Politische Ökonomie, Autonomie und Formverselbständigung des Rechts bei Tushnet und Balbus.....	70
1. <i>Tushnets Übergänge zur Rechtsformkritik</i>	70
2. <i>Am Ende handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts bei Tushnet.....</i>	72
3. <i>Der Zusammenhang von Warenform und Rechtsform sowie Formverselbständigung bei Balbus als Verweis auf kapitalistische Formtotalität</i>	74
4. <i>Inkonsequenzen in Balbus‘ Rechtsformkritik.....</i>	77
IX. Fazit	78
TEIL B: DIE ‚RECHTSABLEITUNGSDEBATTE‘	82
I. Die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und ihre Bedeutung für meine Arbeit	82
II. Reichelt und Breuer: Zwei Wege von Rechtsformkritik zum systemkritischen Determinismus.....	84
1. <i>Der Zusammenhang von Warenform und Rechtsform bei Reichelt und die Fragen nach kapitalistischer Spezifik sowie Reichelts Formbegriff.....</i>	84
2. <i>Reichelts zwiespältige Antwort auf die Fragen: Das Kapital und das Basis-Überbau-Schema.....</i>	87
3. <i>Reichelts Formabsolutismus zwischen Rechtsformkritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik.....</i>	90
4. <i>Breuers Befund eines Untergangs der Rechtsform als Vermittlung.....</i>	92
5. <i>Breuers Logik: vollendete Herrschaft des Kapitals als totale Unvermitteltheit.....</i>	94
6. <i>Vom neuen Kapitalismusbegriff zum neuen Rechtsbegriff: Recht ohne abstrakte Liberalität und Autonomie.....</i>	97
7. <i>Vermeintliche empirische Nachweise für den Untergang der Vermittlung.....</i>	99
8. <i>Breuers Konsequenz in der ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik als Herausforderung materialistischer Rechtskritik</i>	102
III. Negts Uneindeutigkeiten: Zwischen Rechtsformkritik, handlungstheoretischer Ideologiekritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik	103
1. <i>‚Negts Recht‘ ohne Vermittlung, aber mit wachsenden Widersprüchen</i>	104
2. <i>Mit Ansätzen von Rechtsformkritik und handlungstheoretischer Ideologiekritik zur These von den wachsenden Widersprüchen</i>	106
3. <i>Tendenzen zur ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik.....</i>	109
IV. Norbert Reich und der marxistische Strukturalismus in der Rechtskritik.....	110
1. <i>Reichs Kritik an Zivilrechtstheorie, Ökonomismus und ‚kritischer Theorie des Rechts‘ auf der Basis des marxistischen Strukturalismus</i>	110
2. <i>Die Grenzen von Reichs Kritiken und seines Strukturalismus</i>	112

V. Tuschling und Preuß: Zwischen Rechtsformkritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik.....	116
1. <i>Totalität der Kapitalakkumulation und Widersprüche der Rechtsform bei Tuschling.....</i>	116
2. <i>Totalität der Kapitalakkumulation und konkrete staatliche Maßnahmen bei Preuß.....</i>	120
VI. Fazit	122
TEIL C: AKTUELLE BEITRÄGE MARXISTISCHER RECHTSKRITIK IN DEN USA UND DER BRD	127
I. Vertraute Probleme und marxistische Weiterentwicklungen der ‚Critical Legal Studies‘	127
1. <i>Rechtsformkritik und Wesensphilosophie bei Taiwo</i>	127
2. <i>Whiteheads Kritik und Affirmation der ‚Critical Legal Studies‘</i>	131
II. Vertraute Probleme und kaum Weiterentwicklungen der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ .	133
1. <i>Reichelts Kontinuität in formabsolutistischer Systemkritik des Rechts.....</i>	133
2. <i>Meyers Zivilrechtstheorie</i>	135
III. Ansätze für Auswege aus den Problemen der ‚Rechtsableitung‘ und ‚Critical Legal Studies‘	137
1. <i>Harms‘ Auseinandersetzung mit Paschukanis und dessen Rezeption</i>	137
2. <i>Buckels Rechtsformkritik.....</i>	141
3. <i>Kritik totaler volksstaatlicher Souveränität bei Gruber et al.....</i>	143
IV. Fazit	146
TEIL D: ZUR TOTALITÄT DER FORM DER IDENTITÄT UND ZUR NICHTIDENTITÄT DES KAPITALISTISCHEN RECHTS	149
I. Kants Abbildung der Formtotalität in der Erkenntniskritik und sein Form-Inhalt-Problem.....	149
II. Hegels Abbildung der Formtotalität als totale dialektische Vermittlung und sein Form-Inhalt-Problem	153
III. Die wesentliche Nichtidentität des kapitalistischen Rechts als Grenze der Rechtsformkritik, bestimmte und unbestimmte Negation des Rechts	156
SCHLUSS.....	166
LITERATUR	173

Abkürzungen: sind nur allgemein gebräuchliche verwendet worden, die im Übrigen bei Butz, Cornelia / Kirchner, Hildebert 2003: Abkürzungsverzeichnis in der Rechtssprache, Berlin: de Gruyter zu finden sind.

Übersetzungen: stammen, soweit sie nicht im Literaturverzeichnis angegeben sind, von mir.

Zitate: stehen immer in doppelten Anführungszeichen, wenn es sich um wörtliche handelt; bei indirekten Zitaten und sächlichen Eigennamen werden einfache Anführungszeichen verwendet. Eckige Klammern kennzeichnen Einfügungen von mir in Zitaten sowie in Titeln, insbesondere des Ersterscheinungsjahrs, soweit es von dem der Zitiergrundlage abweicht. Drei Punkte bedeuten Auslassungen in Zitaten.

EINLEITUNG

„Die Kritik hat die imaginären Blumen an der Kette zerpfückt, nicht damit der Mensch die phantasielose, trostlose Kette trage, sondern damit er die Kette abwerfe und die lebendige Blume breche... Die Kritik des Himmels verwandelt sich damit in die Kritik der Erde, die Kritik der Religion in die *Kritik des Rechts*, die Kritik der Theologie in die Kritik der Politik.“ (Marx 1976 [1844]: 379; Hervorhebungen von mir). Schon auf seinen ersten materialistischen Metern, in der Einleitung „Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie“, forderte Karl Marx also eine „Kritik des Rechts“. Er selbst hat zwar in seinem gesamten Werk nur Fragmente für eine solche Kritik geliefert. Aber bereits 1924 nutzte Eugen Paschukanis ideologische Freiräume in der jungen Sowjetunion, um diese Fragmente zu einer umfassenden materialistischen Kritik des Rechts auszubauen (Paschukanis 2003 [1924]).¹ Mittlerweile liegt vor allem im Anschluss an diese beiden frühen und zentralen materialistischen Rechtskritiker eine Unmenge an Literatur marxistischer Rechtskritik vor (vgl. die Zusammenfassungen bei Campbell 2003; Collins 1982; Harms 2000; Maihofer 1992). Für große Teile des Marxismus ist es daher schon lange ein Allgemeinplatz, dass das Recht kritisiert gehört.

Ich folge dieser Kritik im schlichten Ärger auf den Rechtsbefehl gern. Doch damit fangen einige erhebliche Probleme erst an, die auf die Notwendigkeit einer *Selbstreflexion der marxistischen Rechtskritik* verweisen: Worauf *kann* und *muss* Rechtskritik im Kapitalismus zielen, um dem emanzipatorischen Anspruch dieser Kritik gerecht zu werden? Daran knüpft zunächst die Frage an, ob das kapitalistische Recht lediglich verändert werden müsste, um zur Emanzipation zu verhelfen, oder ob es abzuschaffen ist; beide Positionen werden in der marxistischen Literatur vertreten. Diese Frage verweist wiederum auf das Problem, dass das Recht in den kapitalistischen Metropolen allgegenwärtig und unentrinnbar, Teil einer undurchdringlichen kapitalistischen Totalität zu sein scheint. Aus dieser Perspektive würde jeder Impuls gegen das Recht, erst recht Kritik mit emanzipatorischem Anspruch, vom Standpunkt der gesellschaftlichen Totalität und damit letztlich auch vom Standpunkt des Rechts ausgehen; das Problem, ob Recht für Emanzipation zu verändern oder abzuschaffen sei, wäre objektiv ‚gelöst‘. Einspruch gegen die Annahme der unentrinnbaren Allgegenwart des Rechts auf der Grundlage geglückter emanzipatorischer Revolution auch gegen Recht ist bekanntlich nicht möglich. Wengleich daher nicht emanzipatorische, so scheinen doch gegenemanzipatorische Erfahrungen, also von Gesellschaften ohne Recht in kapitalistischen Zeiten, dieser Annahme zu widersprechen. Doch auf solchen Einspruch gegen die Annahme der unentrinnbaren Allgegenwart des Rechts muss auf dem Fuße die Frage folgen, ob diese Erfahrungen nicht trügen bzw. ob es tatsächlich in kapitalistischen Zeiten Gesellschaften ohne Recht geben kann. Hat nicht auch der Nationalsozialismus Wert gelegt auf Verrechtlichung, und gilt nicht generell im kapitalistischen Zeitalter in vermeintlich rechtlosen Gesellschaften der kapitalistischen Metropolen der positive oder überpositive Maßstab des Rechts?

Die Pole, zwischen denen sich meine Arbeit entlang der aufgeworfenen Probleme folglich bewegt, sind also eine (mögliche oder unmögliche) emanzipatorische Rechtlosigkeit auf der einen und (reale oder nur vermeintliche) gegenemanzipatorische Rechtlosigkeit auf der anderen Seite. Der zwangsläufige Kontext, in dem diese Pole untersucht werden, ist die Allgegenwart des Rechts in den hochkapitalistischen Metropolen. Man kann meine Arbeit daher auch als ein Ringen mit der Allgegenwart des Rechts und kapitalistischer Totalität verstehen, wobei beides zugleich im Hinblick auf die Frage nach Rechtlosigkeit in Frage gestellt wird. Zusammengefasst lauten meine Ausgangsfragen: *Ist die Negation von Recht möglich, ist sie notwendig für Emanzipation, und inwie-*

¹ Die Erkenntnisse seiner bahnbrechenden Arbeit „Allgemeine Rechtslehre und Marxismus“ widerrief Paschukanis allerdings teilweise nach der Machtübernahme von Stalin, insbesondere seine mit Marx geteilte These vom „Absterben“ des Staates im Kommunismus. Trotzdem führten Anfang 1937 Verleumdungen aus dem Umfeld Stalins, denengemäß er „anti-leninistischer“ und „anti-marxistischer“ Verfälschung der „sozialistischen Staats- und Rechtstheorie“ schuldig war, zu seiner Verhaftung. Mutmaßlich noch 1937 wurde er vom ‚Volkskommissariat für innere Angelegenheiten‘ (NKWD) erschossen (Walloschke 2003: 196f.). Er ist Ende der 1960er Jahre in mehreren Ländern wiederentdeckt worden, nachdem er nach anfänglicher Berühmtheit in den 20er Jahren nur sehr selten rezipiert worden war, in der Sowjetunion naturgemäß überhaupt nicht (Harms 2000: 19; 71ff.; Walloschke 2003: 197).

fern besteht durch die Negation von Recht die Gefahr der Gegenemanzipation?

Um diese Ausgangsfragen genauer zu erläutern, ist es sinnvoll, sich ihnen im Folgenden aus anderen Perspektiven zu nähern und sie zugleich gegen diese Perspektiven abzugrenzen: Man könnte etwa lapidar formulieren, dass ich nach Optionen, Chancen und Risiken von Rechtlosigkeit frage. ‚Optionen und Chancen‘ zielen aber mehr auf Wahrscheinlichkeiten und weniger auf Möglichkeit und Notwendigkeit in einem strikten Sinn. Genau um eine solche Ja-Nein-Möglichkeit und -Notwendigkeit wird es aber gehen. Zudem sind die Fragen nach Möglichkeit und Notwendigkeit zwar aufeinander bezogen und handeln beide auch von ‚Chancen‘ einer Negation des Rechts für Emanzipation, also von dem, was die realisierte Negation an positiven Entwicklungen mit sich bringen mag. Der Begriff der Möglichkeit richtet die Frage aber in erster Linie auf das, was einer Negation des Rechts für Emanzipation *im Bestehenden*, der Begriff der Notwendigkeit auf das, was einer Emanzipation ohne Negation des Rechts *im Bestehenden* entgegenstehen oder zuträglich sein könnte.

Zudem scheint statt Negation des Rechts der Term Rechtlosigkeit unkomplizierter. In der Tat hängt der Begriff der ‚Rechtlosigkeit‘ mit den Begriffen meiner Ausgangsfragen untrennbar zusammen: Er erfasst wie die ‚Chancen‘ den Zustand, in den die praktische Negation des Rechts münden würde. Rechtlosigkeit ist deshalb nicht nur im Titel meiner Arbeit, sondern implizit auch in meiner Ausgangsfrage enthalten. Wären meine Ausgangsfragen aber explizit und damit schwerpunktmäßig auf ‚Rechtlosigkeit‘ bezogen, würden sie weniger den Prozess, der zur Rechtlosigkeit führt, thematisieren. Sie würden die Praktikabilität von ‚Rechtlosigkeit‘ für Emanzipation sowie die gegenemanzipatorische Gefahr, die von einem solchen Zustand ausgehen mag, ins Zentrum rücken. Damit wären sie zum einen weniger auf das Bestehende, zum anderen weniger auf die theoretische Seite des Prozesses der Negation bezogen. Die Fragen nach der Möglichkeit, Notwendigkeit und Gefahr der Negation werden in dieser Arbeit jedoch gerade im Hinblick auf die Qualität von bestehendem Recht und bestehender Gesellschaft erörtert und weniger im Hinblick auf die Qualität möglicher verschiedener Arten von Rechtlosigkeit. Das hat vor allem Gründe in der Natur der Sache, die im Laufe der Arbeit erläutert werden. Außerdem ist diese Akzentuierung einer kapitalistischen Geschichte geschuldet, in der – vereinfachend zusammengefasst – trotz aller revolutionärer Versuche am Ende immer wieder kapitalistisches Recht oder gar Gegenemanzipation herausgekommen zu sein scheinen. Schließlich wird es auch um die theoretische Seite der Negation, also die Möglichkeit und Notwendigkeit von negatorischer Rechtskritik, gehen.

Der Vorzug des Begriffs der ‚Negation‘ ist zudem scholastischer Natur: Mit ihm knüpft man an eine philosophische und materialistische Tradition an, die mit bestimmter und unbestimmter Negation Bestimmungen eingeführt hat, die hinsichtlich meiner Ausgangsfrage eine Rolle spielen werden. Der Begriff des „Absterbens“ (Marx; Paschukanis) baut wiederum auf eine materialistische Tradition auf, die ihn, anarchistisch beeinflusst, allein auf Emanzipation bezieht. Auf den in dieser Hinsicht neutralen Begriff der ‚Negation‘ zurückzugreifen, bringt zum Ausdruck, dass meine Ausgangsfrage von vornherein auch auf die Gefahr der Gegenemanzipation zielt.

Die Bedeutung der Fragen zur Negation des Rechts ist die Bedeutung einer Selbstreflexion von marxistischer Rechtskritik, von marxistischer Gesellschaftskritik schlechthin. Sie ergibt sich offensichtlich allein daraus, dass diese, zumindest dem Anspruch nach, Emanzipation als Ziel verfolgen sowie daher zu ergründen haben, wie es um die Möglichkeiten und Notwendigkeiten dieser Emanzipation bestellt ist und in welcher Weise Gefahr droht. Wegen der Allgegenwart des Rechts in den kapitalistischen Metropolen muss dasselbe dabei ein zentraler Gegenstand sein. Dass meine Ausgangsfragen von jeglicher sich in irgendeiner Weise auf Emanzipation beziehender Rechtstheorie, erst recht von Rechtskritik mit emanzipatorischem Anspruch, zumindest implizit beantwortet werden, ist ebenfalls offensichtlich. Entscheidend ist, ob die jeweilige Kritik die Antworten begründen kann bzw. ob überhaupt eine Erörterung stattfindet.

Meine Thesen bestehen zum einen in einer begründeten positiven Antwort auf meine Ausgangsfragen nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der emanzipatorischen Negation des

Rechts: die *bestimmte Negation* des Rechts. Zum anderen werde ich die *unbestimmte Negation* als Gefahr der Gegenemanzipation kritisieren. Vor allem aber werde ich zeigen, dass die Fragen zur Negation des Rechts in zentralen Strömungen marxistischer Rechtskritik ungenügend erörtert werden. Zugleich streben die Autoren somit revolutionäre Aktion an, die auf vorschnellen Antworten dieser Fragen basieren. Insgesamt kommt also die Selbstreflexion von Kritik und revolutionärer Aktion zu kurz. Diesen Makel kreide ich den marxistischen Rechtskritiken an, weil er, wie ebenfalls zu zeigen sein wird, nicht nur Voraussetzung und Folge wenig überzeugender Antworten auf die Ausgangsfragen ist, sondern damit die Gefahr von *Affirmation* oder gar *Gegenemanzipation* besteht. Nebeneffekt meiner Thesen soll so die Beteiligung an der marxistischen Debatte durch interne Kritik sein. Begriffe von kapitalistischer *Totalität*, *Recht und Rechtlosigkeit* und eine überzeugende, emanzipatorische materialistische Rechtskritik zu entwickeln, wird nolens volens eine zentrale Basis für die Erörterung und Beantwortung meiner Ausgangsfragen und die Entfaltung meiner Thesen sein. Als entscheidende Aufgabe wird sich dabei herauskristallisieren, die Befunde einer Autonomie des Rechts und seiner Funktionalität für Ideologien wie kapitalistische Anforderungen sowie seiner unentrinnbaren Allgegenwart und vermeintlicher oder realer Rechtlosigkeit zu erfassen.

* * *

Die zentralen Strömungen marxistischer Rechtskritik, gegen die sich meine Thesen richten, aber mit deren Hilfe zugleich meine Ausgangsfragen erörtert und meine Thesen entfaltet werden können, sind *ökonomistisch funktionalistische Systemkritik* einerseits und *handlungstheoretische Ideologiekritik* des Rechts andererseits. Sie werden anhand der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ in der BRD der 1970er Jahre und der frühen ‚Critical Legal Studies‘ in den USA, ebenfalls vornehmlich aus diesem Zeitraum, untersucht. Die beiden Strömungen und mit ihnen die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und die ‚Critical Legal Studies‘ haben nicht nur zentrale Bedeutung, weil sie sich teilweise in die Dichotomie von zwei großen Paradigmen der Soziologie: Handlungstheorie und (funktionalistische) Systemtheorie einfügen (Held 2001: 1169). Darüber hinaus stellen sie auch zentrale der möglichen Antworten auf meine Ausgangsfragen bzw. die Ergebnisse ungenügender Erörterung dieser Fragen dar.

Der Begriff der Handlungstheorie akzentuiert dabei die Bestimmung der Gesellschaft (und des Rechts) durch (rechtlich relevante) Handlungen der Akteure, also einen Handlungsindeterminismus (Büllesbach 1994 [1977]: 373; Lumer 1990: 511ff.). Unter eine solche Definition der Handlungstheorie werden also keine Theorien gefasst, die bei der Gesellschaftsanalyse von Handlungen ausgehen, aber eine Bestimmung der Handlungen durch die Gesellschaft oder ihre Elemente annehmen und somit den indeterminiert handelnden Akteur bestreiten. Im Bild solcher Theorien, die teilweise auch als Handlungstheorie verstanden werden (Lumer 1990: 512f.), hat nämlich die Handlung nur eine Bedeutung als Objekt der Rekonstruktion ihrer gesellschaftlichen Determinierung. Eine Bestimmung der Handlung durch Klassensozialisation soll aber durch den hier vertretenen Begriff der Handlungstheorie gerade nicht ausgeschlossen werden, denn in solchen Theorien sind die Handlung und ihr Akteur – als Kollektivsubjekt – noch entscheidend dafür, wie die Gesellschaft bestimmt wird. Nach handlungstheoretischem Verständnis sind Ideologien folglich – bewusste oder unbewusste – Fehlvorstellungen unterschiedlicher Akteurs-Gruppen, die in entsprechende unterschiedliche (Auslegungs-)Handlungen münden. Im Übrigen handelt es sich im Fall der ‚Critical Legal Studies‘ zumindest in Bezug auf liberale Ideologie um einen Bezeichnungsbegriff (vgl. Hauck 1992: 7f.).

Die ökonomistisch funktionalistische Systemkritik des Rechts zielt in mehrerer Hinsicht auf das Gegenteil der handlungstheoretischen Ideologiekritik: Mit ökonomistischem Funktionalismus ist hier die Bestimmtheit der Akteure, damit ihres Denkens und Handelns, durch Anforderungen und

Zwecke der Ökonomie gemeint. Es handelt sich damit also um eine bestimmte Art des so genannten Basis-Überbau-Schemas (vgl. Steinbacher 1990: 207ff.). Rechtssoziologische Systemtheorie erhebt den Anspruch, Recht im Kontext eines gesellschaftlichen Ganzen, dem System, bzw. verschiedener (Sub-)Systeme, zu analysieren (Büllesbach 1994 [1977]: 371f.). Im Gegensatz zur Handlungstheorie wird dabei die Bestimmtheit der Akteure durch dieses Ganze akzentuiert, und zwar in der ökonomistisch funktionalistischen Variante als funktional auf die Ökonomie bezogene Bestimmtheit. Sowohl die ‚Critical Legal Studies‘ als auch die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ nenne ich zugleich *marxistisch*, und zwar nicht nur, weil sie sich selbst so bezeichnen, sondern weil sie jeweils in irgendeiner Weise auf Kapitalismuskritik und revolutionäre Emanzipation abzielen. In ihrer Dichotomie spiegeln sie einerseits wider, wie schillernd der Begriff des Marxismus ist. Andererseits zeichnet sie der kapitalismuskritische und emanzipatorische Anspruch im Hinblick auf meine Ausgangsfragen aus: Gerade dieser Anspruch macht es umso notwendiger, ihre Erörterung der Fragen zur Negation des Rechts bzw. deren Ausbleiben zu untersuchen und somit nach affirmativen oder gar gegenemanzipatorischen Elementen ihrer Kritik zu fahnden.

Die Auswahl gerade der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ als Repräsentanten der skizzierten Strömungen marxistischer Rechtskritik habe ich nicht nur getroffen, weil durch die Untersuchung exemplarisch die genannten Probleme aufgezeigt werden können. Vielmehr liefern die Werke beider rechtskritischer Zusammenhänge auch eine Fülle an wichtigen Erkenntnissen. Zudem handelt es sich bekanntlich bei den 70er Jahren 20. Jahrhunderts um die letzte Blütezeit marxistischer Kritik jenseits des ‚real existierenden Sozialismus‘, die meines Erachtens in den beiden genannten rechtskritischen Zusammenhängen nicht ausreichend wahrgenommene Höhepunkte der Erkenntnisse und Irrtümer erreicht hat. Die Werke der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘, in die diverse Strömungen marxistischer Rechtskritik und Klassiker dieser Kritik, vor allem Marx und Paschukanis, eingegangen sind, taugen so mittlerweile wegen der immensen Vertiefung und Erweiterung der Kritik selbst zum Klassiker. Dass überhaupt eine Auswahl aus der Literatur marxistischer Rechtskritik getroffen wurde, ist darin begründet, dass mein Beitrag leisten soll, in genauer Textexegese den Antworten auf meine Ausgangsfragen auf den Grund zu gehen. Teils indem unmittelbar Erkenntnisse aufgenommen werden, teils indem in der Auseinandersetzung mit den Texten Erkenntnisse entwickelt werden, zieht sich so die Textarbeit durch den größten Teil meiner Ausführungen. Im Übrigen ist in dieser Hinsicht der Vorzug der beiden Zusammenhänge, dass große Teile der Gesamttradition der marxistischen Rechtskritik von ihnen rezipiert worden sind.

Neben den Texten der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ dienen Werke von Marx und Paschukanis zur Erörterung meiner Ausgangsfragen und damit gleichzeitig zur Kritik der ungenügenden Erörterung durch die beiden rechtskritischen Zusammenhänge. Diese Werke werden aber in erster Linie indirekt, auf der Grundlage der Rezeption durch die ‚Studies‘ und die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ aufgegriffen. Eine wichtige Rolle im Hintergrund wird Hegels Philosophie spielen. Das ist nicht nur darin begründet, dass ein Teil der zu untersuchenden Beiträge seine Philosophie auf die eine oder andere Art heranzieht oder dass die materialistischen Klassiker, die in diese Beiträge eingehen, sich mit ihr auseinandergesetzt haben. Vielmehr hat Hegel meines Erachtens so intensiv wie kaum ein anderer Philosoph die Allgegenwart des Rechts im Kapitalismus reflektiert und dies zugleich in einer Weise, von der die materialistische Rechtskritik lernen kann, an der sie sich aber auch abarbeiten muss. Im Zusammenhang mit Hegel scheint mir wiederum die Bezugnahme auf Bausteine von Immanuel Kants Werk unverzichtbar. Im Hinblick auf die Abarbeitung an Kant und Hegel sowie in weiteren wichtigen Zusammenhängen strebt die Erörterung der Ausgangsfragen in eine Richtung, die stark von der ‚Kritischen Theorie‘, vor allem Theodor W. Adornos, und von Gesellschaftskritik geprägt ist, die wie jene von Joachim Hirsch, Hans Jürgen Krahl, Moishe Postone und Jürgen Ritsert auf verschiedene Weise an die ‚Kritische Theorie‘ anknüpft. Für die Auseinandersetzung mit dieser Gesellschaftskritik, mit Marx, Paschukanis und erst Recht mit Hegel und Kant kann aber leider – anders als bei der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und den ‚Critical Legal Studies‘ – nicht annähernd eine umfassende Würdigung beansprucht werden. Das ist der notwendigen Schwerpunktsetzung geschuldet.

Im Übrigen existiert einige Sekundärliteratur zu den frühen ‚Critical Legal Studies‘, weniger zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘, noch weniger zu beidem solche, die der Perspektive meiner Ausgangsfragen nahe kommt. Die letztgenannte, schwer auszumachende Sekundärliteratur, die sich vor allem auf die interne Auseinandersetzung innerhalb der beiden Zusammenhänge erstreckt, ist, soweit aufgetan, vollständig eingeflossen, wenngleich nicht in einem gesonderten Kapitel. Um den aktuellen ‚Forschungsstand‘ zu den Fragen nach der Negation des Rechts, aber auch den Stand marxistischer Rechtskritik überhaupt zu untersuchen, ist die kleine Zahl von über graue Literatur hinausgehenden entsprechenden Veröffentlichungen in Deutschland und den USA seit Ende der 1990er Jahre zusammengetragen und untersucht worden. Seitdem hat die Veröffentlichungstätigkeit in dieser Hinsicht immerhin etwas zugenommen.

Zur genaueren Charakterisierung der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ werde ich mich auf den Begriff und die Tradition *materialistischer* Kritik beziehen. Damit ist zunächst ein moderner, auf das Soziale bezogener, aber im Übrigen offener Begriff des Materialismus gemeint, der, soweit nicht jeweils genauer erläutert, vom Primat des Gesellschaftlichen ausgeht. Dass der Begriff der Gesellschaft historisch in erster Linie mit Kapitalismus in Verbindung gebracht werden kann (Adorno 1998 [1966a]: 9; Krahl 1971: 362), ist deshalb meiner Arbeit angemessen, weil es auch in erster Linie um Recht der kapitalistischen Metropolen gehen wird. Damit handelt es sich auch weniger um die uralte Tradition des Materialismus, die weit vor kapitalistische Zeiten zurückreicht, und schon gar nicht um eine Theorie von Naturgesetzen. Bei dem Begriff des Kapitalismus geht es zunächst um die Art von Gesellschaft in einer bestimmten historischen Epoche, deren Beginn – je nach Schwerpunkt der Charakterisierung – zumeist mit Entstehen der „europäischen Weltwirtschaft“ um die Wende vom 15. zum 16. Jahrhundert (Wallerstein 1986 [1974]: 27) oder mit der Industrialisierung zu Beginn des 19. Jahrhunderts in Großbritannien angesetzt wird. Eine genauere Klärung des Begriffs des Kapitalismus wird sich aber im Zuge der für die Beantwortung meiner Ausgangsfragen notwendigen Klärung des Begriffs des kapitalistischen Rechts nicht vermeiden lassen. Mit den kapitalistischen Metropolen sind die Staaten gemeint, in denen sich der Kapitalismus am weitesten durchgesetzt hat. Soweit es auf der Suche nach Begriffen von Recht und Rechtlosigkeit tatsächlich um Recht in kapitalistischer Totalität gehen muss, müssen diese Begriffe notwendig auch Geltung für die kapitalistische Peripherie beanspruchen können. Dieser Anspruch wird folglich auch in dieser Arbeit verfolgt, ohne ihn jedoch am Gegenstand des Rechts oder der Rechtlosigkeit der Peripherie umsetzen zu können – dafür wäre eine weitere Arbeit notwendig.

Als *Kritik* des Rechts bezeichne ich die Beiträge der frühen ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ entsprechend ihrer „Arbeit an der Entscheidung über Wert und Unwert“ von Recht oder von Elementen des Rechts (Adorno 1998 [1949]: 33).² Es soll also mit diesem weiten Kritikbegriff nicht vorweggenommen werden, was vielmehr an den zu untersuchenden Arbeiten überprüft wird: ob auf das Recht insgesamt oder nur einzelne Elemente gezielt wird, ob immanent oder von außen kritisiert wird, ob die Rechtswirklichkeit mit der Bewertung getroffen wird, sprich: ob die Kritiken tatsächlich und – falls zutreffend – in welcher Weise negatorischen Charakter haben. Dementsprechend soll Kritik auch nicht auf einen mit Hegel, Marx und ‚Kritischer Theorie‘ gewappneten Angriff gegen eine Kantisch auf ‚Verstandesdenken‘ basierende Theorie verengt werden. Zwar werden in dieser Arbeit Hegels Kritik an der Verabsolutierung des Verstandes durch Kant und darauf basierende Kritiken, wie vor allem die der politischen Ökonomie und des Rechts von Marx, die Rechtskritik von Paschukanis und die Gesellschafts-, speziell auch Wissenschaftskritik, der ‚Kritischen Theorie‘ sowie ihrer ‚Schüler‘ eine große Rolle spielen. Deshalb wird auch die Frage beantwortet werden, ob die zu untersuchenden Rechtskritiken Herrschaft, Widerspruch, Irrationalität und so möglicherweise auch die Negation ‚verständlich‘ rationalisierend verschlucken. Doch mit den Termini Kritik und Theorie diese Unterscheidung zu bezeichnen, würde pedantisch leugnen, dass diese Termini in keiner marxistischen Tradition, geschweige denn alltagssprachlich, durchgängig derart verwendet worden sind. Des Weiteren

² So lautet Adornos Beginn der Entfaltung seines Begriffs von Musikkritik, aber auch der schlichte lexikalische wie alltagssprachliche Ausgangspunkt, „negative Bewertung“ (Röttgers 1990: 889).

würde eine solche Unterscheidung in das Wort Kritik derart viel hineinlegen, dass es zur Unkenntlichkeit überdeterminiert wäre (so dennoch Initiative Sozialistisches Forum 2000: 26ff). Das heißt auch, dass in dieser Arbeit mit dem Gebrauch des Wortes Rechtstheorie ein kritischer Gehalt nicht ausgeschlossen werden soll.

Wenn die Begriffe Theorie und Kritik nicht auf eine bestimmte Art verengt werden sollen, so heißt das selbstverständlich nicht, dass auf diese Weise unter der Hand die Fragen zur Negation des Rechts relativiert werden und Negation nicht mehr Thema wäre. Vielmehr halten die weiten Kritik- und Theoriebegriffe in dieser Arbeit die Frage offen, ob die theoretische und praktische Negation des Rechts möglich ist, und, falls dies der Fall sein sollte, auf welche Weise. Daher muss der Begriff der *Negation* zunächst unbestimmt bleiben und daher können die Begriffe der Kritik und Theorie nicht etwa auf negatorische bzw. nicht-negatorische Eigenschaft festgelegt werden. Wichtig ist weiter, dass sich Rechtstheorie und Rechtskritik im allgemeinen wie auch im materialistischen Sprachgebrauch mit den Attributen materialistisch und kapitalismuskritisch vertragen.

* * *

Alles in dieser Arbeit dreht sich letztlich um *Emanzipation*. Der Anspruch, Emanzipation anzustreben, ist ja gerade Charakteristikum meiner Ausgangsbegriffe von marxistischer und materialistischer Rechtskritik und somit Anknüpfungspunkt für die Untersuchung im Hinblick auf meine Ausgangsfragen. Emanzipation meint, kurz gefasst und in einem verbreiteten materialistischen Sinn, die Selbstbefreiung aus Abhängigkeit von der Natur und sozialer Herrschaft hin zum größtmöglichen Maß an individueller Entfaltung in freier Assoziation: „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen!“ (Marx 1962 [1891]: 21; vgl. Weiss 1997: 272f.). Es geht also sowohl um den Prozess der Befreiung und damit um Subjektivität in einem Sinn von Indeterminiertheit³ als auch um einen angestrebten Zustand der Freiheit, der Kollektivität voraussetzt, aber letztlich individuelle Entfaltung ins Zentrum rücken muss, um nicht in Unterordnung unter das Kollektiv zu enden. All dies sind Elemente eines Marxschen Emanzipationsbegriffs, zumeist bezogen auf die Begriffe des „Sozialismus“ – als Stadium im Prozess der Emanzipation – und des „Kommunismus“ – als emanzipatorischen Gesamtprozess und emanzipatorisches Ziel (Marx 1962 [1891]: 20 und 21). Das gilt für sein Frühwerk, in dem der „individuelle Mensch“ und die Abschaffung von Herrschaft in Form des „abstrakten Staatsbürgers“ proklamiert werden (Marx 1976 [1844a]: 370). Es gilt aber auch für das Spätwerk, in dem er die „freie Entwicklung der Individualitäten“ fordert, nämlich „die Aneignung seiner allgemeinen Productivkraft, sein Verständnis der Natur, und die Beherrschung derselben durch sein Dasein als Gesellschaftskörper – in einem Wort die Entwicklung des gesellschaftlichen Individuums“ (1983 [1939-41]: 613). Den berühmten ‚subjektiven Faktor‘, das zumindest nicht vollständig determinierte (Kollektiv-)Subjekt, betont Marx vor allem im Hinblick auf das Proletariat, dass „die ökonomische Emanzipation der Arbeiterklasse daher der große Endzweck ist“ und dass „die Emanzipation der Arbeiterklasse durch die Arbeiterklasse selbst erobert werden muß.“ (Marx 1962 [1864]: 14).

³ Mit dem Begriff der *Indeterminiertheit* soll nicht die mitbestimmende Bedeutung von Natur und Gesellschaft für die Subjekte ausgeschlossen werden. Er setzt aber voraus, dass zumindest ein Rest individueller Unbestimmtheit und damit Entscheidungsfreiheit verbleibt. Bertold Brecht deutet diese bestimmte Indeterminiertheit in Auseinandersetzung mit der zu jener Zeit den Indeterminismusbegriff auch philosophisch forcierenden Quantenmechanik an: „wir können auftreten als die spieler, die wir sind, mit unseren ungefähren abwägungen, unserm sogutwirkönnen, unserer angewiesenheit auf andere, auf unbekanntes, auf selbständiges, so kann wieder mehreres zum erfolg führen, nicht nur ein weg ist beschreitbar.“ (Brecht 1973: 388)

Der Gedanke der individuellen Selbstbefreiung und Entfaltung hat viele ideengeschichtliche Ursprünge.⁴ Zu ihren wichtigen Beiträgen im so genannten Abendland, auf die sich auch viele materialistische Kritiker wie schon Marx berufen haben, gehören die Philosophien von Aufklärung und Liberalismus, vor allem Kants, Lockes und Montesquieus (Weiss 1997: 273). Ein solcher, individuelle Freiheit betonender Emanzipationsbegriff richtet sich auch gegen einen Determinismus, den diverse Marxismen vertreten haben (vgl. Heinrich 2004: 23f). Entsprechend formuliert Postone, stellvertretend für viele nicht-deterministische Marxisten, dass sich „diese Gesellschaft nicht auf quasi-automatische Weise in eine andere Form von Gesellschaft entwickeln“ und dass sie „ebenso wenig... aus irgendeiner Art von Zusammenbruch des gegenwärtigen Systems hervorgehen“ kann (Postone 2003: 539). Angesichts der Erfahrungen niedergeschlagener Revolutionsversuche einerseits und des Parteienkommunismus andererseits betonten dementsprechend auch Marxisten die Notwendigkeit der Selbstbefreiung, damit auch der Selbstkritik, letztlich also den subjektiven Faktor im Emanzipationsbegriff. Rosa Luxemburgs entsprechendes Diktum von der praktischen Entscheidung zwischen „Sozialismus oder Barbarei“ wurde, auch nach der Erfahrung des Faschismus, häufig aufgenommen, so etwa von Krahl: „die Krise, aus der der Faschismus keinen Ausweg mehr weiß, führt nicht ohne Zutun der Unterschichten in den Sozialismus, sondern etwa in ein dem neuen Stand der Produktivkräfte zwar angemessenes, aber barbarisches Herrschaftsverhältnis, einen industriellen Faschismus.“ (Krahl 1971: 86). Die ‚Kritische Theorie‘, insbesondere die von Adorno vertretene, rückte nicht zuletzt angesichts der Erfahrung gemeinschaftlichen Faschismus, vor allem im Nationalsozialismus, aber auch angesichts einer generell konstatierten tendenziellen Liquidierung von Individualität im Hochkapitalismus das Individuum ins Zentrum des Emanzipationsbegriffs – erst an der ‚Emanzipation des Individuellen‘ habe ‚Rationalität ihr Lebensrecht.‘ (Adorno 1998 [1969]: 452). ‚So wenig jedoch in einem Stand von Freiheit das Individuum die alte Partikularität krampfhaft hütete – Individualität ist sowohl Produkt des Drucks wie das Kraftzentrum, das ihm widersteht –, so wenig verträge sich jener Stand mit dem gegenwärtigen Kollektivbegriff.‘ (a. a. O.: 279).

Damit ist zugleich der Begriff der *Gegenemanzipation* ins Zentrum gerückt, mit dem die Unterdrückung oder Liquidierung individueller Entfaltung und freier Assoziation, ausgehend von kapitalistischem Individualismus, gemeint ist, wie sie vor allem im Nationalsozialismus geschah. Dieser Begriff verweist also auf im Kapitalismus erreichte und / oder als Potenzial vorhandene Emanzipation, die durch ihr Gegenteil konterkariert wird. In diesen Begriff gehen somit neben dem bereits Zitierten Elemente der ‚Dialektik der Aufklärung‘ von Theodor W. Adorno und Max Horkheimer ein. Eine erste Annäherung an den sich so ergebenden Begriff der Gegenemanzipation bzw. ‚Gegenaufklärung‘ lautet bei ihnen: ‚Mit der Ausbreitung der bürgerlichen Warenwirtschaft wird der dunkle Horizont des Mythos von der Sonne der kalkulierenden Vernunft aufgehellt, unter deren eisigen Strahlen die Saat der neuen Barbarei heranreift.‘ (Adorno et al. 1998 [1944]: 49). Aktueller formuliert Hirsch: ‚Die Alternative der ‚Barbarei‘ hat sich mit dem ‚Sieg‘ des Kapitalismus aber keineswegs verflüchtigt. Im Gegenteil.‘ (Hirsch 1995: 10). Da dieser Begriff also auf das Gegenteil von Selbstbefreiung zielt, ist auch Subjektivität im Sinn von Indeterminiertheit nicht Voraussetzung für Prozess und Zustand der Gegenemanzipation. Will man aber von einem subjektiven Verschulden, auch durch Kollektivsubjekte, wie Staat und Klassen, sprechen können, so setzt man selbstredend auch in diesem Zusammenhang Subjektivität im Sinn von Indeterminiertheit voraus. Die Gefahr der Gegenemanzipation ist in der Konzentration auf Bestrebungen, die zumindest dem Anspruch nach emanzipatorisch sind, in der Tradition marxistischer Rechtskritik, oft unterbelichtet geblieben oder sogar – unbewusst – positiv gewendet worden.

Dieser kurze Abriss einiger zentraler Ursprünge eines materialistischen Emanzipations- und Gegenemanzipationsbegriffs reicht hier aus, um die Begriffe abzustecken. Auf einen möglichen Einwand gegen diesen Emanzipationsbegriff, den Marx implizit selbst formuliert hat, muss an dieser Stelle und vor allem im Laufe der Arbeit allerdings eingegangen werden. Marx postulierte:

⁴ Welche Ideen an welchen Orten und in welcher Zeit zu diesen Ursprüngen gezählt werden können, ist strittig (vgl. Hauck 1996: 43ff).

„Der Kommunismus ist für uns nicht ein Zustand, der hergestellt werden soll, ein Ideal, wonach die Wirklichkeit sich zu richten haben wird. Wir nennen Kommunismus die wirkliche Bewegung, welche den jetzigen Zustand aufhebt.“ (Marx et al. 1969 [1932]: 35). Im Laufe der Arbeit wird – entsprechend meinen Ausgangsfragen – gerade auch das Problem erörtert, ob die Idee einer das Recht emanzipatorisch negierenden Gesellschaft sich nicht angesichts ihrer notwendigen Verfangenheit im allgegenwärtigen Recht oder im Recht als Teil einer allgegenwärtigen kapitalistischen Totalität desavouiert. Allgemeiner gefasst, lautet die Frage, ob Maßstäbe der Kritik nicht doch dem Bestehenden verhängnisvoll affirmativ verhaftet sein müssen. In umgekehrter Perspektive wird auch die Frage erörtert, inwieweit es sich bei dem skizzierten Emanzipationsbegriff um mehr als eine bloße Idee handelt, also um etwas, das schon gegenwärtig wirklich im Sinn eines Potenzials im Bestehenden ist. Darüber hinaus schließt Marx' Begriff der Emanzipation insofern Vorgaben für diese Emanzipation aus, als es gerade um Selbstbefreiung und individuelle Entfaltung geht. Doch wer hier zurecht auf ein Paradoxon aufmerksam macht, der sei ebenfalls auf die Erörterungen im Laufe der Arbeit verwiesen. Dass diese Erörterungen in den Verzicht auf jegliches Minimum an Maßstäben zugunsten bloßer „Bewegung“ münden muss, habe ich aber von Beginn meines Projekts in Zweifel gezogen. Dabei lässt sich hier zunächst philologisch auf den Wirklichkeitsbegriff von Marx in der Tradition Hegels stützen; dieser hält an einer Vernunft oder zumindest entsprechenden emanzipatorischen Potenzialen im Bestehenden und ergo an mehr als ideengeleiteten Maßstäben der „Bewegung“ fest.⁵ Die Annahme, dass Emanzipation in diesem Sinn „wirklich“ ist, wird am Gegenstand des Rechts zu zeigen sein. Das ist das Zentrum der Begründung einer positiven Beantwortung meiner Ausgangsfragen nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der bestimmten Negation des Rechts für Emanzipation. Genauso wird aber die „Wirklichkeit“ der Gegenemanzipation zu zeigen sein, die auf die die unbestimmte Negation des Rechts verweist.

* * *

Der Aufbau meiner Arbeit orientiert sich zunächst an den beiden zu untersuchenden Zusammenhängen und den aktuellen Werken marxistischer Rechtskritik. In Teil A werden aber nicht nur die ‚Critical Legal Studies‘ untersucht und entsprechend meiner Ausgangsthesen als Marxismus einer handlungstheoretischen Ideologiekritik kritisiert. Es werden dabei auch bereits verschiedene mögliche Antworten auf meine Ausgangsfragen, ihre theoretischen Voraussetzungen und Konsequenzen angesprochen und die jeweiligen Reflexionsmängel kritisiert. Vor allem werden Annäherungen an und wichtige Probleme der Begriffe von kapitalistischer Totalität, Recht und Rechtlosigkeit herausgearbeitet. Das mündet in die bereits formulierte zentrale Aufgabe im Zuge der Suche nach Begriffen von Recht und Rechtlosigkeit und einer emanzipatorischen materialistischen Rechtskritik: Die Befunde von einer Autonomie, Funktionalität und von einer Allgegenwart des Rechts sowie von Abweichungen vom Recht bis zur umfassenden Rechtlosigkeit zu erfassen. Deshalb besteht Teil B wiederum nicht nur in einer Untersuchung der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und, entsprechend meiner Ausgangsthesen, in der Kritik ihres Marxismus einer ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik des Rechts. Zugleich geht es um eine fortgesetzte Erörterung meiner Ausgangsfragen bzw. um die Kritik verschiedener möglicher Antworten und ihrer Reflexionsmängel. Außerdem wird die Arbeit an den Begriffen unweigerlich

⁵ „Eine sinnige Betrachtung der Welt unterscheidet schon, was nur Erscheinung, vorübergehend und bedeutungslos ist, und was in sich wahrhaft den Namen der Wirklichkeit verdient.“ (Hegel 1970 [1817]: 47). „die Abtrennung der Wirklichkeit von der Idee ist besonders bei dem Verstande beliebt, der die Träume seiner Abstraktion für etwas Wahrhaftes hält und auf das Sollen, das er vornehmlich auch im politischen Felde gern vorschreibt, eitel ist, als ob die Welt auf ihn gewartet hätte, um zu erfahren, wie sie sein solle, aber nicht sei.“ (Hegel 1970 [1830]: 47). Allerdings hat Marx das objektiv Gesellschaftliche und Empirische im Unterschied zu Hegel gerade auch in der Deutschen Ideologie akzentuiert, aus der das „Kommunismus“-Zitat stammt.

fortgesetzt. In Teil C geht es in der Untersuchung aktueller marxistischer Rechtskritik vor allem um eine Ermittlung des gegenwärtigen Standes dieser Kritik und damit um die Frage, ob im Hinblick auf meine Ausgangsfragen neue Erkenntnisse gewonnen worden sind. In Teil D werde ich die Erkenntnissen der vorigen Kapitel zusammenfassen und ergänzen, um die Begriffe von kapitalistischer Totalität, von Recht und Rechtlosigkeit und die von mir vertretene materialistische Rechtskritik abschließend zu entfalten. Dort laufen viele Fäden der Arbeit zusammen. Endgültig werden sie aber im Schluss zusammengeführt, der somit mehr als nur eine Zusammenfassung der Ergebnisse der Arbeit darstellt.

TEIL A: DIE FRÜHEN ‚CRITICAL LEGAL STUDIES‘

Seit Ende der 1970er Jahre mehren sich in den USA rechtskritische Veröffentlichungen, Kongresse und politische Aktionen, die unter dem Label ‚Critical Legal Studies‘ gehandelt werden. Gemessen an der großen Zahl von Veröffentlichungen und Veranstaltungen gehört diese Bewegung zu den weltweit größten kritischer Juristen (Seelmann 2001 [1994]: 20). Während in den 1970er Jahren von vielen ‚Crits‘⁶ marxistische Rechtskritik⁷ vertreten worden ist, spielt diese seitdem eine immer geringere Rolle.⁸ Deshalb wird es in dieser Arbeit um die frühen ‚Critical Legal Studies‘ gehen. Im deutschsprachigen Raum sind die ‚Critical Legal Studies‘ wenig bekannt, und nur einige wenige Rechts- und Sozialwissenschaftler stehen in sichtbarem Austausch mit ‚Crits‘; Veröffentlichungen und Veranstaltungen, die sich direkt auf sie beziehen, sind die Ausnahme.⁹ Daher sei zunächst die Frage erlaubt: Was sind die ‚Critical Legal Studies‘?

I. Die ‚Critical Legal Studies‘ und ihre Bedeutung für meine Arbeit

Die ‚Critical Legal Studies‘ sind eine Bewegung von hauptsächlich US-amerikanischen Juristen, die von Beginn an ein derart weites theoretisches und politisches Spektrum abgedeckt hat, dass sie unmöglich als eine kohärente Richtung oder Schule zusammengefasst werden kann (Klauska et al. 1980: 86f.; 124; Oberkofler 2001: 926; ähnlich: Boyle 1992: xxxix; Murphey et al. 1990: 51). Auch

⁶ Kürzel in der einschlägigen Literatur für diejenigen, die sich den ‚Critical Legal Studies‘ verbunden meinen.

⁷ Hier und im Folgenden ist der weite Marxismus- und Rechtskritikbegriff, wie in der Einleitung erläutert, gemeint.

⁸ Entsprechend meint Anja Oberkofler, dass die ‚Critical Legal Studies‘ vor allem auf Marx, Engels und Gramsci aufgebaut, aber mittlerweile diesen theoretischen Unterbau verwässert hätten (Oberkofler 2001: 925, 926). Robert W. Gordon ordnet die frühen ‚Critical Legal Studies‘ „Western Marxism“ zu (Gordon 1998 [1982]: 646ff.). Ekkehard Klauska et al. sprechen vorsichtiger davon, dass die frühen ‚Crits‘ teils meinen würden, direkt von Marx abzustammen, teils, sich für Anregungen aus dem Marxismus zu interessieren (Klauska et al. 1980: 86f.). Jason E. Whitehead spricht auf dieser Interpretationslinie davon, dass sich die frühen ‚Critical Legal Studies‘, die von ihm „critical modern school“ genannt werden, teilweise aus „Marxism“ gespeist hätten (Whitehead 1999: 707). Diese „Schule“ sei heute abgelöst von der „postmodern school.“ (a. a. O.: 708). Damit übereinstimmend betonen Wendy Brown et al. in der Einleitung des jüngsten Sammelbandes von Aufsätzen, die hauptsächlich aus der Feder von ‚Crits‘ stammen, die vermeintlichen Vorzüge poststrukturalistischer Kritik gegenüber Kritik, die von der politischen Ökonomie ausgehe (Brown et al. 2002: f.). Dementsprechend ist in jenem Sammelband auch keine marxistische Kritik zu finden. In einem weiteren der aktuellsten Sammelbände von ‚Crits‘ finden sich hingegen marxistische Kritiken – die teilweise in diesem Kapitel begutachtet werden. Allerdings handelt es sich um Überarbeitungen alter Aufsätze (Kairys 1998).

⁹ Die mangelnde Bekanntheit wird auch durch die geringe Zahl an übersetzten Texten indiziert. Allerdings werden die ‚Critical Legal Studies‘ mittlerweile in einigen deutschen Überblickswerken der Rechtsphilosophie erwähnt (Seelmann 2001 [1994]: 20f; Kaufmann 1994 [1977]: 132). Auch zwei der wichtigsten (Rechts)Philosophen der BRD haben sich mit den ‚Critical Legal Studies‘ am Rand auseinandergesetzt: Äußerst kritisch auch noch in seiner Haupttheorie, der Theorie autopoietischer Systeme, Niklas Luhmann (1995 [1993]: 328, 525; s. auch Anm. 98), zustimmender und etwas ausführlicher Jürgen Habermas, dessen Werk teilweise als von den ‚Critical Legal Studies‘ beeinflusst und diese beeinflussend gilt (Somek 1993). Im Übrigen wurden in der BRD auch marxistische Rechtskritiken vertreten, die sich mit dem marxistischen Teil der ‚Critical Legal Studies‘ überschneiden oder sogar decken, ohne diesen jedoch zu rezipieren. Auf sie wird in diesem Teil eingegangen (vor allem A.II.4.). Eine auch in den 1970er Jahren bekannte nicht-marxistische Rechtstheorie in der BRD mit Thesen, die auch von ‚Crits‘ vertreten werden, ist die kriminologische ‚Kontrolltheorie abweichenden Verhaltens‘, die die Definitionswillkür im Strafrecht kritisiert – ohne allerdings intensiv die ‚Critical Legal Studies‘ zu rezipieren (überblicksweise: Hagen 1990: 545f.). Einer der wenigen großen und zugleich umfassend veröffentlichten Kongresse, auf dem man sich intensiv direkt mit den ‚Critical Legal Studies‘ auseinandersetzte und auch zahlreiche ihrer Vertreter aus den USA zu Gast waren, fand 1986 in Bremen statt (Joerges et al. 1989) – allerdings ohne marxistische Beiträge.

die Untersuchungsgegenstände betreffen zwar alle in irgendeiner Weise das Recht, da sie aber von Ausbildungsfragen über Probleme anwaltlicher Praxis bis zur Rechtstheorie reichen, ist auch diesbezüglich die Bandbreite sehr groß (Klauska et al. 1980: 124; ähnlich: Boyle 1992: xxxixf; Whitehead 1999: 705). Ekkehard Klauska et al. sprechen von einem Selbstverständnis der ‚Studies‘ als „Treffpunkt“ (Klauska et al. 1980: 86). Wenn man die ‚Critical Legal Studies‘ auf einen theoretischen Nenner bringen will, muss man sich also auf sehr allgemeine Aussagen einlassen: Es handelt sich um eine Verbindung von Rechtstheorie, -praxis und -politik, um zu einer umfassenden Kritik ihrer herrschenden Strömungen zu gelangen (Hutchinson 1989: 4f.; ähnlich: Boyle 1992: xxxix; Kairys 1998: 6ff.; Murphey et al. 1990: 51f.; Röhl 1987: 56; Seelmann 2001 [1994]: 20f.). Ihre bekannteste These, von der „*Indeterminacy of Law*“, und die aus dieser These von der „Unbestimmtheit des Rechts“ resultierende Kritik von analytisch positivistischer¹⁰ und objektivistischer¹¹ Rechtsphilosophie (Boyle 1992: xivf; Kairys 1998: 3f.; Seelmann 2001 [1994]: 20f.; ähnlich: Whitehead 1999: 705) ist bereits zu speziell, um von allen ‚Crits‘ geteilt zu werden. Das gleiche gilt für das Bemühen vieler, auch im marxistischen Teil der ‚Critical Legal Studies‘, einen engen Bezug des Rechts zur Ökonomie und deterministische Basis-Überbau-Schemata zu vermeiden (Somek 1989: 548; Whitehead 1999: 714f.). Ein großer Teil der ‚Crits‘, aber wiederum nicht alle, zielen mit ihrer Kritik in irgendeiner Weise auf einen fundamentalen gesellschaftlichen Wandel (Boyle 1992: xiv, xl, Hutchinson 1989: 3; Whitehead: 705). Entsprechend handelt es sich um eine bunte Vielfalt an Theorie-Traditionen, an die ‚Crits‘ positiv anknüpfen. Als Stichwörter werden Wesensphilosophie, Phänomenologie, Anarchismus, Marxismus, Kritische Theorie, Rechtsrealismus und – mittlerweile weitaus bedeutender – Poststrukturalismus sowie feministische Theorie genannt (vgl. Hutchinson 1989: 3; Legal Information Institute: http://www.law.cornell.edu/topics/critical_theory.html 2005; Murphey et al. 1990: 51f.; Röhl 1987: 56).

Dass trotz der Unmöglichkeit, die ‚Critical Legal Studies‘ einheitlich zu charakterisieren, überhaupt eine vereinheitlichende Bezeichnung und einige zusammenfassende Aufsätze und Monografien existieren, ist wohl in erster Linie darin begründet, dass seit 1977 eine organisatorische Zusammenfassung des heterogenen Spektrums existiert: die ‚*Critical Legal Studies Conference*‘. Diese Vereinigung von Rechtswissenschaftlern und Rechtspraktikern in den USA besaß als weitgehend gemeinsamen Ausgangspunkt ihre Skepsis gegenüber der arrivierten US-amerikanischen ‚Law and Society Association‘. Diese stand nach Meinung der ‚Crits‘ für einen sozialwissenschaftlichen Wissenschaftsbetrieb, der unkritisch den „middle-of-the-road-social scientist“ produzierte (Hutchinson 1989: 2; Klauska et al. 1980: 85f.; Whitehead 1999: 705). Auch das bleibt aber eine sehr allgemeine Beschreibung, und von Beginn an vertraten die ‚Crits‘ zudem programmatisch theoretische Offenheit und Toleranz (Hutchinson 1989: 3; Klauska et al. 1980: 97). Zu den ihnen verirrtten sich dementsprechend auch immer wieder Vertreter des ‚amerikanischen Rechtsrealismus‘, der von anderen ‚Crits‘ wiederum eifrig kritisiert wird (Hutchinson 1989: 2; vgl. Whitehead 1999: 706f.). Deshalb handelt es sich bei den publizierten Zusammenfassungen entweder um Überblickswerke, die sich auf einen Teil der ‚Critical Legal Studies‘ und ihre Thesen konzentrieren oder ihre Heterogenität wiedergeben (Boyle 1992; Hutchinson 1989; zum Teil Kelman 1987; Klauska et al. 1980; Tushnet 1989; zum Teil Whitehead 1999). Oder es geht um die Präsentation individueller Ideen, was unter ‚Critical Legal Studies‘ zu verstehen sein soll (zum Teil Kelman 1987; Unger 1986; Ward 1998; zum Teil Whitehead 1999). In dieser Arbeit geht es aber nicht um eine philologisch korrekte Darstellung der ‚Studies‘, sondern um eine

¹⁰ Zu dieser Rechtsphilosophie des ‚*analytischen Positivismus*‘ gehören, grob unterteilt, normlogischer, also an den gegebenen Normen orientierter, und seit dem ‚linguistic turn‘ der Rechtsphilosophie vor allem rechtslinguistischer, also an den rechtlichen Ausdrücken orientierter Positivismus (überblicksweise Kaufmann 1994 [1977]: 87ff.; Wagner 1990: 76ff.). Im Unterschied zu einem objektivistischen behauptet der reine analytische Rechtspositivismus keine objektiv wahren Ergebnisse der Rechtsfindung (vgl. Kaufmann 1994 [1977]: 120; Mazurek 1994 [1977a]: 336, 338f.).

¹¹ Im Zentrum dieses ‚*Objektivismus*‘ steht die ‚*Naturrechtslehre*‘, darüber hinaus ein Rechtspositivismus, der von objektiv wahren Ergebnissen der Rechtsfindung ausgeht. Zu Letzterem gehört auch der rechtsphilosophische ‚*Utilitarismus*‘, der die Ergebnisse vom „größten Glück der größten Zahl“ abhängig machen will (Kaufmann 1994 [1977]: 170; Wagner 1990: 78).

Auseinandersetzung mit Problemen marxistischer Rechtskritik. Deshalb wird der Schwerpunkt bei ihren marxistischen Arbeiten, damit bei ihren frühen Werken, vornehmlich aus den 1970er Jahren, liegen. Daher verfolge ich also nicht den Anspruch, die ‚Critical Legal Studies‘ umfassend zu untersuchen, sondern nur jenen Teil, der sich als marxistische Rechtskritik versteht, innerhalb dieses Teils selbstverständlich nur Werke, die Bekanntheit erlangt haben und nur so die ‚Studies‘ charakterisieren können.¹² Dieser marxistische Teil ist weitgehend identisch mit den frühen ‚Critical Legal Studies‘ der 1970er und beginnenden 80er Jahre.

Die Bedeutung der marxistischen ‚Crits‘ für diese Arbeit liegt zum Ersten darin, dass sie sich mit zahlreichen Aspekten von Rechtskritik auseinandergesetzt haben. Daher erörtern sie einen großen Teil von Problemen der Begriffe von Totalität, Recht und Rechtlosigkeit, die meines Erachtens für die Beantwortung meiner Ausgangsfragen zur Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation des Rechts für Emanzipation und der Gefahr der Gegenemanzipation durch diese Negation gelöst werden müssen. Viele Autoren der ‚Studies‘ suchen dabei vor allem ein zentrales Problem für einen Rechtsbegriff zu klären: die Gleichzeitigkeit von empirischen Befunden einer Funktionalität des Rechts für Ideologien und / oder gesellschaftliche Erfordernisse einerseits und einer Autonomie des Rechts von diesen Erfordernissen und Ideologien andererseits. Insbesondere wenn sie ihre Lösungsvorschläge für das genannte Problem mit Übergängen zu einer Rechtsformkritik verbinden, liefern sie dabei wertvolle Erkenntnisse. Zum Zweiten und in erster Linie dient meine Auseinandersetzung mit den ‚Studies‘ aber dazu, die Probleme einer Rechtskritik herauszuarbeiten, die ich als handlungstheoretische Ideologiekritik des von den ‚Crits‘ so genannten „liberalen“ Rechts begreife. Die ‚Critical Legal Studies‘ sind mit dieser Kritik eine Variante eines handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚(Klassenrecht-)Marxismus‘. Meine These ist, dass die ‚Studies‘ auf diese Weise weder die Allgegenwart des kapitalistischen Rechts in kapitalistischer Totalität ausreichend reflektieren, noch, umgekehrt, Abweichungen von Rechtsförmigkeit bis hin zu Rechtlosigkeit. Auf diese Weise bleiben sie affirmativ oder entwickeln sogar gegenemanzipatorische Tendenzen. Ursache und Resultat ist, dass sie die Empirie des kapitalistischen Rechts nicht vollständig einbeziehen, und letztlich, dass sie die Fragen zur Negation des Rechts, meine Ausgangsfragen, nicht ausreichend erörtern. Meine Aufgabe ist es nicht nur, diese Probleme am Textmaterial herauszuarbeiten, sondern auch den Grund dafür, warum es Probleme sind.

II. Kennedys und Ungers Paradigma: Ahistorisch (un)bestimmtes Recht, bestimmende Ideologien und die handlungstheoretische Ideologiekritik des liberalen Rechts

Zu den Initialwerken der Rechtskritik der ‚Critical Legal Studies‘ zählen an prominenter Stelle frühe Arbeiten von Roberto Mangebira Unger und Duncan Kennedy (Oberkofler 2001: 925, 927; Somek 1989: 547), die noch vor Gründung der ‚Critical Legal Studies Conference‘ erschienen sind: Kennedys Aufsatz „Form and Substance in Private Law Adjudication“ (Kennedy 1989 [1976]) und Ungers Monografie „Knowledge and Politics“ (Unger 1975). Sie zu Beginn und besonders ausführlich zu behandeln, macht deshalb Sinn, weil in diesen Werken zugleich das Paradigma der marxistischen ‚Studies‘ entwickelt wird.¹³ Wenngleich sie am Rand des marxistischen Teils der Studies, im Übergang zu anderen Richtungen, anzusiedeln sind,¹⁴ haben sich diesem Paradigma

¹² Es wurden nur Beiträge berücksichtigt, die (auch) in den Sammelbänden der ‚Critical Legal Studies‘ erschienen sind, mit denen sie sich als Bewegung immer wieder vorzustellen suchen. Zudem habe ich alle Beiträge berücksichtigt, die in einer Umfrage von Klauska et al. unter den ‚Critical Legal Studies‘ als die zentralen Werke genannt worden sind (Klauska et al. 1980: 87f.).

¹³ Diese paradigmatische Bedeutung hinsichtlich der marxistischen Strömung innerhalb der ‚Critical Legal Studies‘ erkennt auch Oberkofler gerade diesen beiden Autoren zu (Oberkofler 2001: 925), wenngleich sie den Marxismus der ‚Studies‘ und damit auch von Kennedy und Unger letztlich als von Beginn an „inkonsequent“ ansieht (a. a. O.: 926).

¹⁴ Klauska et al. ordnen die Werke Ungers und Kennedys einer Reihe von Beiträgen der frühen ‚Critical Legal Studies‘ zu, die für sich in Anspruch nähmen, direkt von Marx abzustammen oder sich für Anregungen aus dem Marxismus zu interessieren (Klauska et al 1980: 86f.). Dabei sehen sie Unger jedoch mehr an Hegel als an Marx orientiert (a. a. O.: 92).

folgende marxistische Beiträge von ‚Crits‘ angeschlossen. William Simons Aufsatz „The ideology of advocacy“ (Simon 1978), Mark Tushnets „Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles (1989 [1981]) und Peter Gabels „Reification in Legal Reasoning“ (1992 [1980]) argumentieren in vielen Punkten besonders ähnlich. Da sie deshalb keine wesentlichen zusätzlichen Erkenntnisse für diese Arbeit beisteuern, werden diese Aufsätze nur am Rand behandelt.

Bei dem genannten Paradigma handelt es sich zunächst um die mit den ‚Critical Legal Studies‘ insgesamt verbundenen Thesen von der Unbestimmtheit des Rechts und von der bestimmenden, von den ‚Crits‘ so genannten „liberalen“ Ideologie.¹⁵ Bezüglich der Marxisten der ‚Crits‘ handelt es sich dabei aber mehr um Thesen von der *ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts* und seiner bestimmenden ideologischen Verwendung. Der marxistische Teil der ‚Crits‘ hat sich zudem auf eine handlungstheoretische Ideologiekritik des von ihnen so genannten „liberalen“ Rechts konzentriert, die ebenfalls von Kennedy und Unger als Teil des Paradigmas begründet worden ist. Zugleich berühren Ungers und Kennedys Werke die zentralen Probleme materialistischer¹⁶ Rechtskritik im Hinblick auf meine Ausgangsfragen, so dass die Auseinandersetzung mit ihnen zugleich der Einführung in diese Probleme dienen kann. Vor allem repräsentiert die auf den Thesen basierende handlungstheoretische Ideologiekritik des „liberalen“ Rechts eine zentrale marxistische Art und Weise, mit den Begriffen Recht und Rechtlosigkeit umzugehen und entsprechend eine zentrale Antwort auf meine Ausgangsfragen. Die diesbezüglichen Erkenntnisse und Probleme herauszuarbeiten, ist die Hauptaufgabe dieses Kapitels. Die beiden Initialwerke weisen dabei aber teilweise auch in unterschiedliche Richtungen. Kennedys Aufsatz mit dem Titel „Form and Substance in Private Law Adjudication“ (1989 [1976]) kann sogar teilweise unter Zuhilfenahme von Ungers Erkenntnissen für eine Rechtsformkritik kritisiert werden. Außerdem thematisiert er im Gegensatz zu Kennedy das Problem gleichzeitiger empirischer Befunde einer Funktionalität des Rechts für Ideologien und gesellschaftliche Erfordernisse einerseits und einer Autonomie des Rechts von diesen Erfordernissen und Ideologien andererseits. Doch letztlich treffen sich Unger und Kennedy in wichtigen Punkten und damit in der Entfaltung des Paradigmas (vgl. Klauska et al. 1980: 92; Oberkofler 2001: 925).

1. Kennedys Entfaltung des Paradigmas

Kennedy formuliert als erstes Ziel seiner Kritik an der „Anwendung des Privatrechts“¹⁷: „to break down the sense that legal argument is autonomous from moral, economic, and political discourse in general.“ (Kennedy 1989 [1976]: 42). Er formuliert damit bereits einen zentralen Aspekt der These von der Unbestimmtheit des Rechts: Seine Bestimmung von außen. Das ist zugleich eine Kritik an der Rechtsphilosophie des analytischen Positivismus und des Objektivismus, ohne dass er sie hier ausführlich formuliert. Lässt man sich nicht von dem vieldeutigen Term „Diskurs“ blenden, so kann zunächst festgestellt werden, dass Kennedy mit solch einer Kritik in einer langen, sich keinesfalls marxistisch verstehenden rechtsphilosophischen Tradition zur Überwindung dieser

¹⁵ Whitehead bezeichnet diese beiden Thesen als „indeterminacy thesis“ und als „ideology thesis“ und versteht sie als *die* Thesen der ‚Critical Legal Studies‘ überhaupt (Whitehead 1999: 705f.). Wenn man sie als *wichtige* Thesen der ‚Studies‘ bezeichnet, scheint mir das aber korrekter (s. A.I.).

¹⁶ Hier und im Folgenden ist der offene Begriff materialistischer Rechtskritik aus der Einleitung gemeint.

¹⁷ Das Wort „*adjudication*“ umfasst in erster Linie Rechtsprechung, aber wird zum Teil, wie auch von Kennedy, darüber hinausgehend, als *staatliche Rechtsanwendung*, im Sinn der regelgerechten staatlichen Anwendung von Normen auf einen Sachverhalt, verstanden (zum Begriff der Rechtsanwendung: Creifelds et al. 2000: 518).

beiden zentralen Richtungen der neuzeitlichen Rechtsphilosophie (Kaufmann 1994 [1977]: 101; Kerruish 1991: 92) steht.¹⁸

Erste kleine Schritte, die sich von dieser Tradition fort- und auf einen materialistischen Bezug zum Gesellschaftlichen zubewegen, geht er, wenn er genauer ausführt, warum das Recht nicht autonom sei: „What is new is the attempt to show an orderliness to the debates about ‚policy‘ with which we are left after abandonment of the claim of neutrality.” (Kennedy 1989 [1976]: 2). Hinter dem Term „Diskurs“, der die Rechtsauslegung bestimme, steht also die „policy“¹⁹. Daher ist hier mit dem Diskursbegriff einerseits mehr zu erfassen gesucht als die kohärente argumentative Kommunikation, nämlich ein weit ausgreifendes und bestimmendes Aussagensystem.²⁰ Doch andererseits weist „policy“ der Begriffstradition nach²¹ und auch, weil bei Kennedy im Folgenden zwei sich widersprechende, aber gleichzeitig existierende „policies“ entfaltet werden, von einem ausgreifenden Determinismus fort.²² Die erste zentrale „policy“ in „Form“ der Rechtsauslegung im Privatrecht ist Kennedys Meinung zufolge die regelorientierte „formale Art“, die nur ein scheinbarer analytischer Positivismus sei, da sie in Wirklichkeit mit dem „Ideal des Individualismus“ (a. a. O.: 39) korrespondiere: „There is a strong analogy between the arguments that lawyers make when they are defending a ‚strict‘ interpretation of a rule and those they put forward, when they are asking a judge to make a rule that is substantively individualist.” (a. a. O.: 47). Worum es Kennedy mit dem Begriff der Regelorientierung also geht, ist das geschriebene Gesetz und die daran ausgerichtete Auslegung, was Individualismus fördere. Die zweite Art der Auslegung ist die „grundsatzorientierte Art“, zu der das „Ideal des Altruismus“ (a. a. O.: 39) analog sei: „Likewise, there is a rhetorical analogy between the arguments lawyers make for relaxing the rigor of a regime of rules and those they offer in support of substantively altruist lawmaking.” Der Begriff der Grundsatzorientierung erfasst hier also vom geschriebenen Gesetz abweichende Moral, die Altruismus begünstige. Gemeint ist also eine nicht formal über die Einzelheiten hinweggehende Auslegung. Man kann auch von materialer, im Gegensatz zur formalen, Auslegung sprechen. Sein Anspruch, die Überwindung von rechtsphilosophisch analytischem Positivismus und Objektivismus, hat Kennedy mit dem Bezug dieser Philosophien zu den Auslegungsarten und damit zum Gesellschaftlichen also erfüllt. Fraglich ist, wie er dieses Gesellschaftliche und seine Bedeutung genauer begreift.

Unschwer ist zunächst zu erkennen, dass Kennedy mit der formalen Auslegungsart und ihrem „Ideal“ des Individualismus die gesamte Gesellschaft, vor allem die Interessen ihrer Subjekte im Blick hat: „A full individualist order is the combination of (a) property rules that establish, with respect to everything valued, a legal owner with arbitrary control within fixed limits, and (b) contract rules – part supplied by the parties acting privately and part by the group as a whole acting legislatively – determining how the parties shall interact when they choose to do so” (a. a. O.: 50).

¹⁸ So gilt für manche gerade Hegels Zusammenführung von „abstraktem Recht“ und „Moral“ in der „Sittlichkeit“ seiner „Philosophie des Rechts“ (Hegel 1970 [1821]) als eine solche Überwindung (Riedel 1970: 12). Heute behauptet jedenfalls kaum ein professioneller Rechtsphilosoph, er hänge dem reinen Positivismus oder der reinen Naturrechtslehre an (Wagner 1990: 79). Das gilt auch für die besonders populäre prozedural-moralische Rechtsphilosophie, am bekanntesten vertreten durch Jürgen Habermas und John Rawls sowie die Prinzipien-Rechtsphilosophie von Ronald Dworkin, die jeweils eine Überwindung der Dichotomie versprechen (überblicksweise Kaufmann 1994 [1977]: 128ff.; 167ff.).

¹⁹ Das Wort „policy“ ist in den Wortschatz deutscher Politikwissenschaft übergegangen und meint die Voraussetzungen, Inhalte und Folgen materieller Politiken (Nohlen et al. 1998: 484).

²⁰ Damit knüpft er, ohne es explizit zu machen, an den *Diskursbegriff* von Louis Althusser und Michel Foucault (zusammenfassend: Schweicher 1990: 581f.) im Hinblick auf die kritische, ausgreifende und determinierende Bedeutung an.

²¹ Der „policy“-Begriff ist traditionell praktisch ausgerichtet und geht von Gestaltungsmöglichkeiten der politischen Akteure aus, wie auch die entsprechenden „Policy Studies“ oder „Policy Sciences“ in den USA (Nohlen et al. 1998: 484).

²² Damit bewegt er sich auf einen offenen *Diskursbegriff* zu, wie er von Habermas vertreten wird (zusammenfassend: Schweicher 1990: 580f.), wengleich er dessen affirmativen Gehalt nicht teilt.

„Individualism is the structure of the status quo.“ (a. a. O.: 55). Das Resultat der Rechtsanwendung im Sinn der formalen Auslegung und ihrer „individualistischen Substanz“²³ müsse dementsprechend Rechtssicherheit und Begrenzung der Staatsmacht sein, um private Nutzenmaximierung auf Kosten anderer zu gewährleisten (a. a. O.: 51).²⁴ Dieser Bezug weist also den Weg zur Erkenntnis einer bestimmenden Bedeutung des Gesellschaftlichen, genauer: eines liberalen Kapitalismus, der auch bestimmend für die „Form“ der Rechtsauslegung ist. Doch Kennedy stellt diesen Bezug nur vage her. Die Begriffe des „Diskurses“, der „policy“, des „Ideals“ sowie vor allem die Idee zwei sich „substanziell“ unterscheidender Ideale und die Kritik lediglich an „Formalismus“ und „Individualismus“ bzw., weiter gefasst, an den liberalen Idealen von Freiheit und Privateigentum deuten sogar wieder in die einer bestimmenden Bedeutung des (liberalen) Kapitalismus entgegengesetzte Richtung. Auf diese Weise geht es um einen handlungstheoretisch verstandenen Ideologiebegriff. Es handelt sich also um Fehlvorstellungen verursachende Verschleierung durch gesellschaftliche Gruppen, hier Juristen, die die gesellschaftliche „Struktur“ wie die „Form“ der Rechtsauslegung bestimmen (zum Ideologiebegriff s. Einleitung).²⁵ Die Betonung der „Struktur des Status Quo“ kann am Ende die derart ideologiekritische Schlagseite von Kennedys Rechtskritik also noch verstärken, wenn man mit diesem Wort, wie Kennedy, mehr Liberalismus als Kapitalismus meint und somit wiederum auf die Bestimmung dieser Struktur durch „Ideale“ abhebt. Die (liberal-)kapitalistische Gesellschaft rückt dergestalt zwar auch in das Blickfeld. Doch wird sie von Kennedy in erster Linie als Zusammenfassung von Ideologien und entsprechenden Handlungen, z. B. in der Rechtsauslegung, gedacht.

Solcherart drohen sich Gesellschaft bzw. die „Struktur des Status quo“ und Recht bzw. die „Form“ der Rechtsauslegung in ein ideologisches *Unding* aufzulösen. Doch Kennedy hält letztlich an einer Existenz von „Struktur“ oder „Form“ fest, indem er sie so konstruiert, dass man es mit durch ideologische (Auslegungs-)Handlungen wähl- oder bestimmbar, also nicht gesellschaftlich historisierten Entitäten, *Dingen*, zu tun hat. Das Recht ist in dieser Sicht in erster Linie ein Ding der Abstraktion, des Formalen, das aber wiederum ideologisch bestimmt verwendet werden kann. Insofern ist die Unbestimmtheitsthese zumindest des marxistischen Teils der ‚Studies‘ in Wirklichkeit die These von der ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts.²⁶ Kennedys

²³ Hier wäre grundsätzlich auch Inhalt als Übersetzung möglich. Kennedy akzentuiert aber wesensphilosophisch das Wesentliche dieses Inhalts, so dass Wesen oder Substanz adäquatere Übersetzungen sind (vgl. Pätzold 1990: 483; s. auch Anm. 29).

²⁴ Der Begriff des „*Individualismus*“ wird von Kennedy also spätestens hier weiter als im üblichen Sinn aufgefasst, nämlich mehr als *Liberalismus*, das heißt als die Verwirklichung der Ideale von bürgerlich individueller Freiheit. Dazu gehört dann auch Privateigentum auf der Basis rechtlicher Formalität, die in Gleichheit vor dem Gesetz resultiert (Malandrino 1990: 58). Rechtliche Formalität und entsprechende bürgerliche Freiheit und Gleichheit werden dementsprechend in dieser Arbeit als die zentralen abstrakt liberalen Merkmale des kapitalistischen Rechts angesehen, deren Bedeutung für den Begriff des kapitalistischen Rechts es zu ergründen gilt.

²⁵ In erster Linie ist in Kennedys Aufsatz nur das individualistische „Ideal“ in diesem Sinn *Ideologie*, das allein darüber hinwegtäusche, keine „wirkliche Freiheit“ zu erreichen, und so die Realität verschleierte. William Simon, ein anderer ‚Crit‘, spricht von der „ideology of advocacy“ (Simon 1978: 29). Im Einklang mit einem weit verbreiteten Verständnis geht es also auch um einen Bezichtigungsbegriff (vgl. Hauck 1992: 7f.). Aber Kennedy stellt die verschiedenen „Ideale“ teilweise auch, losgelöst von der Verschleierungsfunktion, neutralisierend gegenüber. In dieser Hinsicht überschneidet sich Kennedys Ideologiebegriff mit dem bekannten wissenssoziologischen Karl Mannheims (so für die ‚Crits‘ insgesamt: Hutchinson et al. 1984: 215). Entsprechend korrespondiert Kennedys Ideologiebegriff auch mit Mannheims Bindung der Ideologien an „Seins- und Denkstandorte“ (Mannheim 1952 [1929]: 76; vgl. Hauck 1992: 22f.). Allerdings ist bei Kennedy unklar, wie die Ideologie zur liberalen oder altruistisch kollektivistischen wird, ob sie etwa, wie bei Mannheim, aus der Gruppensozialisation hervorgeht (Mannheim 1952 [1929]: 237). Nahe liegender, weil allgemein mit Liberalismus verbunden, sind Gruppeninteressen als Grund der Fehlvorstellungen, die letztlich natürlich aus der Sozialisation hervorgehen können, aber ebenfalls handlungstheoretisch verstanden werden müssen.

²⁶ Whitehead differenziert zwischen der „*indeterminacy thesis*“ der seiner Meinung nach dem Marxismus nahe stehenden „*critical modern school*“ der ‚Critical Legal Studies‘ (s. Anm. 8) und dem „*legal*

spezifische Unbestimmtheitsthese ist damit Voraussetzung und Resultat eines eingeschränkt begriffsrealistischen, rechtssoziologischen Positivismus einer (*auslegungs*)*handlungstheoretischen Ideologiekritik des Rechts*.²⁷ Eine weitere, zunächst paradox anmutende Dimension von Kennedys Rechtskritik kann im Blick auf seinen Begriff von Emanzipation erhellt werden, die zu einer ersten Erörterung meiner Ausgangsfragen führt.

2. Die liberalismuskritische und wesensphilosophische Dimension

Das „Ideal des Altruismus“ ist für Kennedy das „utopische Gegenprogramm“ (a. a. O.: 52), das im „Widerspruch“ zu den Interessen des „Individualismus“ stehe: „The freedom of individualism is negative, alienated and arbitrary. It consists in the absence of restraint on the individual’s choice of ends, and has no moral content whatever. The altruist asserts that the staccato alternation of mechanical control and obliviousness is destructive of every value that makes freedom a thing to be desired. We can achieve real freedom only through group determination.“ (a. a. O.: 53). Die „Utopie“ zielt also auf mehr als nur eine bestimmte Rechtsauslegung, nämlich auf eine gesellschaftliche Umwälzung. Die Schlüsselbegriffe der neuen Gesellschaft sind „Kollektivismus“ und „moralische Stärke“ durch „Gruppenorientierung“ (a. a. O.: 52f) – ein antiindividualistisches Programm, dessen „wirkliche Freiheit“ aus dem in der Einleitung skizzierten Emanzipationsbegriff das Zentrum, nämlich die individuelle Entfaltung, entfernt.²⁸ Kennedy geht, diesem Antiindividualismus entsprechend, immerhin kurz darauf ein, dass die altruistisch kollektivistische Grundsatzorientierung an Grenzen stoße oder in verstärkte Repression umzuschlagen drohe, solange sie unter den gegebenen gesellschaftlichen Voraussetzungen formuliert werde, in denen eine „fundamentale Dichotomie zwischen Subjekt und Objekt“ herrsche (a. a. O.: 54). Er scheint also an dieser Stelle auch vom Positivismus des handlungstheoretischen Ideologiebegriffs zugunsten einer bestimmenden Bedeutung des Gesellschaftlichen abzuweichen. Doch auch dieser Bezug zum Gesellschaftlichen muss seine handlungstheoretische Ideologiekritik nicht wesentlich antasten, da er die „Dichotomie“ wiederum als ein Produkt von Ideologien verstehen kann. In anderer Hinsicht scheint Kennedy mit seiner „Utopie“ schwerwiegender vom Positivismus der Handlungstheorie abzuweichen: Indem er den

nondeterminism“ der ‚*postmodern school*‘ der ‚Studies‘. Nur letztere lehne jegliche Bedeutung des Gesellschaftlichen für das Recht ab (Whitehead 1999: 713). Das korrespondiert mit meiner Differenzierung zwischen einer Auflösung des Rechts in völlige Unbestimmtheit eines Undings, die hier von Kennedy nicht vollzogen wird, und dem Festhalten an einer irgendwie gearteten Entitäten-, Ding-Qualität des Rechts. Whitehead differenziert die Unbestimmtheitsthese zudem in die These von der „internal indeterminacy“, die wiederum sowohl die Mehrdeutigkeit der Normen als auch die Optionalität der Auslegungsweisen bedeute, und in die These von der „external indeterminacy“, mit der er die Möglichkeit verschiedener Ergebnisse der Rechtsanwendung meint (Whitehead 1999: 710). Meines Erachtens ist dies aber eine künstliche Trennung, die lediglich der detaillierten Wiedergabe eines Zusammenhangs dienen kann.

²⁷ Zum Begriff der handlungstheoretischen Ideologiekritik: s. Einleitung. Mit dem Begriff des *rechtssoziologischen Positivismus* ist eine große Bandbreite an Theorien erfasst, die aber gemein hat, vom gesellschaftlich vermeintlich unabgeleitet Gegebenen, sozialer Empirie, auszugehen und Metaphysik oder Wesensphilosophie (s. Anm. 29) abzulehnen (Schreiter 1990: 828f.). Abgesehen von metaphysischen Konstruktionen von Subjektivität, ist die rechtssoziologische Handlungstheorie, wie sie hier skizziert worden ist, nicht ohne rechtssoziologischen Positivismus denkbar. Die Verbindung von Kennedys Rechtskritik mit solcherart Handlungstheorie widerspricht nicht Kennedys expliziter Kritik am *rechtsphilosophischen Positivismus*, da er sich mit *rechtssoziologischem Positivismus* auf das sozial statt auf das rechtlich oder rechtssprachlich Gegebene bezieht. Insoweit sitzt Kennedy also in einem theoretischen Boot mit dem von den ‚Critical Legal Studies‘ überwiegend kritisierten, in den USA starken rechtssoziologischen Positivismus eines ‚Rechtsrealismus‘. In die „soziologische Schule“, geprägt vom ‚Rechtsrealismus‘, ordnet auch Janet Campbell den marxistischen Teil der ‚Critical Legal Studies‘ ein (Campbell 2003: 318f.). Die Konzentration auf die Ideologien ist allerdings bereits ein Unterschied (vgl. Hofmann 2000: 17f.; Mazurek 1994 [1977]: 331f.; Wagner 1990: 76).

²⁸ „Kollektivismus und Individualismus ergänzen einander im Falschen.“, kann mit Adorno angemerkt werden (Adorno 1998 [1969]: 279).

regelerorientierten „Individualismus“ bzw. Liberalismus formaler Freiheit und Gleichheit kritisiert und die materiale Rechtsauslegung mit seiner „Utopie“ in Verbindung bringt, spricht er auch dem Materialen, Konkreten, Besonderen – wengleich vorsichtig – eine ahistorische (Un-)Bestimmtheit zu. Obendrein offenbart sich dieses Materiale bei Kennedy aber sogar als genuin utopisch, also metaphysisch.²⁹ Letztlich handelt es sich dabei aber nur im Hinblick auf Idealtypen soziologischer Theorie um eine Abweichung oder gar eine Widersprüchlichkeit: An dieser Stelle deutet sich vielmehr an, dass die handlungstheoretische Ideologiekritik in ihrer Ahistorizität offen für solche Metaphysik ist.

Was die Rolle von Recht in Kennedys „Utopie“ angeht, so steht hier bereits ein Teil meiner Ausgangsfrage unmittelbar im Raum, nämlich inwiefern die Negation von Recht die Gefahr der Gegenemanzipation heraufbeschwört (zum Begriff: s. Einleitung). Doch da Kennedy seine „Utopie“ selbstredend als emanzipatorisch ansieht, ist von ihm keine Antwort zu erwarten. Hinsichtlich der Frage, ob seine „Utopie“ die Negation des Rechts voraussetzt, bleibt er vage. Einerseits spricht seine Forderung nach „umwälzender Praxis“ für eine „Utopie“ der Rechtlosigkeit. Seinen Ausführungen lässt sich andererseits in keiner Weise explizit entnehmen, dass der altruistische Kollektivismus ohne Recht auskomme. Ob er das Materiale als Teil des Rechts ansieht und ihm damit auch eine ahistorisch materiale Seite zuerkennt oder ob es sich um eine andere ahistorisch (un)bestimmte Entität handeln soll, bleibt unklar. Möglicherweise lässt sich die Vagheit darauf zurückführen, dass Kennedy sich weder der Konsequenz einer ‚Emanzipation‘ mittels Recht stellen will, nämlich einer ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts, noch Recht zum unbestimmten Unding auflösen mag, geschweige denn einer Gegenemanzipation das Wort reden will.

3. Die fehlende Dimension: die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts

Eine weitere Möglichkeit, nämlich Recht weder ahistorisch (un)bestimmt, noch als Unding oder als einzige Alternative zu Gegenemanzipation zu betrachten, wird von Kennedy nicht erörtert. Dafür fehlt meines Erachtens ein eindeutiger und bestimmter Bezug zum kapitalistisch Gesellschaftlichen. Stellt man diesen Bezug her, dürfte aber der „Widerspruch“ zwischen Regel- und Grundsatzorientierung im Sinn Kennedys und damit die Bedeutung der handlungstheoretisch verstandenen Ideologien nicht so „fundamental“ sein, wie Kennedy behauptet. Alles wäre in erster Linie eindeutig und bestimmt bezogen auf das Gesellschaftliche. Ein erstes kleines Indiz für die Notwendigkeit, seinen „Widerspruch“ dementsprechend zu entschärfen, liefert Kennedy selbst. Er betont nämlich, wie gezeigt, das Trägerische eines ‚analytischen Positivismus‘ – steckt doch bereits in Kennedys Grundthese von der Unbestimmtheit des Rechts auch das Argument, dass der Formalismus nicht ohne Einflüsse von außen, also Entformalisierung, auskommt. Ein Blick auf die Entwicklung des rechtsphilosophischen Positivismus bestätigt diesen Befund: Dieser Positivismus ist längst von einer Position abgerückt, die den Juristen als bloßen Anwender der Gesetzesmaschinerie ansieht.³⁰ Umgekehrt, lässt sich hinzufügen, ist es auch möglich, Grundsätzen

²⁹ (Philosophie der) *Metaphysik*, *Wesensphilosophie* oder auch *Essenzialismus* werden hier verstanden als die Lehre von hinter oder in den Erscheinungen existierenden ahistorischen, irrealen und überempirischen Wesenheiten. Im Unterschied zu realer Metaphysik oder realen Wesen sind also Wesenheiten gemeint, die kein Eigenleben führen. Im Unterschied zu historisch bestimmter Metaphysik oder Wesen, handelt es sich bei den Wesenheiten nicht um Resultate einer spezifischen Gesellschaft (vgl. Flasch 1974: 1687f). Mark Tushnet, dessen marxistischer Beitrag zu den ‚Critical Legal Studies‘ noch behandelt wird (s. A.VIII.1.), ordnet Kennedy unter die Überschrift „romanticism“ ein, ohne diesen aber genauer zu erläutern oder zu kritisieren (Tushnet 1989: 308). „Romantizismus“ im Sinn einer Verteidigung eines vermeintlich Ursprünglichen (Konkreten) gegen das vermeintlich (abstrakte) Moderne ist auch meiner Ansicht nach mit Kennedys Rechtskritik bzw. seiner „Utopie“ verwandt. Er ist ebenfalls eine Wesensphilosophie des Konkreten.

³⁰ Das macht den Unterschied zwischen objektivistischem und analytischem Rechtspositivismus aus (s. Anm. 10f.). Der bekannteste Vertreter des Rechtspositivismus des frühen 20. Jahrhunderts, Hans Kelsen, spricht

Regelcharakter zuzuerkennen, sie also als in ihrer Abstraktheit strikt auslegbar anzusehen. Man kennt das etwa von einer gefestigten Auslegung von Gesetzen durch Gerichte, auf die sich die Betroffenen verlassen können sollen.³¹ So ist bereits ein zweites Indiz geliefert, warum der „Widerspruch“ zwischen den Rechtsauslegungen entschärft werden muss: Wie die Regeln nicht-formale Momente mit sich bringen, nehmen Grundsätze formalisierte Züge an. Betrachtet man „Regel“- und „Grundsatzorientierung“ in dieser, nicht auf „Utopien“ abzielenden Perspektive, so zeigt sich zum Dritten, dass mit Grundsatzorientierung auch individualistische Ergebnisse erzielt werden können – wenn die Regeln Individualismus einschränken – und dass entsprechend mit Regelorientierung auch Altruismus verfolgt werden kann.³²

Läuft das nun aber lediglich auf eine Begriffsverwirrung hinaus? Das wäre dann nicht der Fall, wenn die Gemeinsamkeiten der Begriffe auf das verweisen, was Kennedy nicht erörtert, nämlich eine gesellschaftlich und damit historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts, die wesentlich nicht im Sinn von Metaphysik ist, sondern im Sinn einer realen und historischen Wesensqualität. Diese Wesentlichkeit würde Kennedys „Widerspruch“ des „Wesentlichen“ von „Individualismus“ und „altruistischem Kollektivismus“ in einen *bloßen Gegensatz* oder *Scheinwiderspruch* des Unwesentlichen verwandeln.³³ Die verschiedenen „Ideale“ und dahinter stehenden Ideologien würden in dieser Bestimmtheit weitgehend aufgehen.³⁴

Bleibt man hingegen bei Kennedys These von der ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts, bedeutet das auch, dass nichtsdestotrotz empirisch wahrnehmbare Abweichungen von „individualistischer Regelorientierung“, von rechtlicher Formalität und entsprechender rechtlicher Allgemeinheit, Freiheit und Gleichheit, kurz: *Abweichungen von abstrakter Liberalität* des Rechts³⁵, zwangsläufig nur als Durchsetzung anderer Ideologien gedeutet werden können. Sie sind

sogar von einer „relativen Unbestimmtheit des rechtsanwendenden Aktes... Stets muß ein bald größerer, bald geringerer Spielraum freien Ermessens bleiben.“ (Kelsen 1976 [1934]: 346f).

³¹ Der aktuell bekannteste rechtsphilosophische Versuch, diese Lücken durch Grundsätze zu füllen, ist Ronald Dworkins Theorie von den „General Principles of Law“. Dworkins ganzes Geheimnis besteht meines Erachtens darin, Grundsätze positivistisch aufzuwerten, sprich: ihnen Regelcharakter insofern zuzuerkennen, dass sie strikte Auslegungen verlangen (Dworkin 1986: 119ff.; zusammenfassend: Kaufmann 1994 [1977]: 129ff.). Genau diese strikte Auslegung ordnet Kennedy nur dem Formalismus und damit Gesetzen zu.

³² Dieses Argument machen Klauska et al gegen Kennedys These vom „Widerspruch“ zwischen den Rechtsauslegungen stark (1980: 95f.).

³³ Da Kennedy seine Methode als „u. a. dialektisch“ bezeichnet (zitiert nach Klauska et al. 1980: 94) und ein Widerspruch im strengen Sinn Hegel-Marxsscher *Dialektik* einer Handlungstheorie entgegenstehen würde, sei diese begriffliche Genauigkeit erlaubt. Der Term Dialektik lässt allerdings Einiges offen, weil er mit vielen Ideen und im Hinblick auf Marxismus mit der Frage nach dem Verhältnis Marxscher Kritik politischer Ökonomie zum Hegelschen Idealismus belastet ist. Ich werde mich dementsprechend mit Fragmenten Hegel-Marxsscher dialektischer Terminologie begnügen, aber nolens volens Ansätze, aber auch Grenzen eines Begriffs von Dialektik entwickeln. Dabei wird von einem engen Zusammenhang zwischen „großem Denker“, Hegel, und seinem „Schüler“ Marx ausgegangen (Marx 1982 [1890]: 27). Der entsprechende Blick auf Kennedys Widerspruchsbegriff zeigt, dass ihm mit der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts das jeweilige „Übergehen in Anderes“ (Hegel 1970 [1817a]: 181) der entgegengesetzten Auslegungsarten fehlt, damit letztlich schlicht die Negativität des Widerspruchs hinsichtlich des Wesens, also die zweite Negation, so dass es von der Hegel-Marxsschen Dialektik gedeckt ist, wenn ich von Scheinwidersprüchen oder bloßen Gegensätzen (also der ersten und zweiten Stufe, vgl. Pätzold 1990: 246ff.) spreche. Wäre dieses Wesen einbezogen, würde er sich aber auch schlicht von seiner handlungstheoretischen Schlagseite entfernen (s. auch A.III.3.; Anm. 50f. und 71f.).

³⁴ Das soll nicht auf Determinismus hinauslaufen, sondern auf eine mit der Handlungstheorie das skizzierte dualistische Struktur-Handlung-Schema hinter sich lassende materialistische Rechtskritik, die sich zu Hegel-Marxsscher Dialektik und entsprechend zu mehr als Scheinwidersprüchen vorarbeitet. Dass diese Dialektik möglicherweise eine begrenzte Reichweite besitzt, was zur vorsichtigen Formulierung „weitgehend aufgehen“ verpflichtet, bleibt unbenommen.

³⁵ Der Begriff des *abstrakt Liberalen* oder *abstrakter Liberalität des Rechts* wird in dieser Arbeit wichtig bleiben (s. vor allem B) und überschneidet sich also mit dem, was gemeinhin als Rechtsförmigkeit oder gar als Recht verstanden wird. Die Abweichungen beginnen bei einzelnen Gesetzesbrüchen von Seiten der

für Kennedy aber wegen seiner Kritik des liberalen bzw. „individualistischen“ und Lob des „altruistisch kollektivistischen“ Rechts ohnehin kein Gegenstand der Kritik des mit dem Liberalismus gleichgesetzten „Status Quo“. Geht man hingegen von einer historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts aus und will diese Abweichungen nicht von vornherein vor Kritik schonen, so fragt sich, wie diese Bestimmtheit des Rechts genauer beschaffen ist. Bevor die Beantwortung dieser Frage in Auseinandersetzung mit Ungers Werk in Angriff genommen wird, soll Kennedy aber zunächst in den Kontext marxistischer Rechtskritik gestellt werden.

4. Handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts als Spielart des ‚Klassenrecht-Marxismus‘ und aufgeworfene Fragen

Kennedy kann mit seiner Rechtskritik am Rand einer handlungstheoretisch ideologiekritischen Spielart des ‚Klassenjustiz‘- oder ‚Klassenrecht-Marxismus‘³⁶ angesiedelt werden.³⁷ Ein solcher Marxismus behauptet die Bestimmung des kapitalistischen Rechts, insbesondere des öffentlichen Rechts, allein durch die Mitglieder der herrschenden Klasse und ihre Ideologie, in der Regel verstanden als Liberalismus.³⁸ Dadurch sichere diese Klasse ihre Herrschaft auf dem Weg der Durchsetzung ihrer Interessen³⁹ qua bewusst oder unbewusst ideologischer Verschleierung dieser

Bürger und des Staats oder einzelnen Formalitätskriterien widersprechenden Gesetzen. Sie werden aber vor allem durch umfassende nicht-liberale Rechtspraktiken zum Prüfstein eines am Individualismus bzw. Liberalismus orientierten Rechtsbegriffs. Zu diesen Abweichungen gehören möglicherweise große Teile des Rechts, wie etwa Einzelfallgesetze im öffentlichen Recht. Aber auch historische Rechtsentwicklungen unter den Überschriften postliberales, fordistisches, (neo)korporativistisches, staatsmonopolkapitalistisches oder (post)nazistisches Recht wie umfassende, in keiner Weise rechtlich gedeckte Praktiken sind in diesem Zusammenhang relevant. Ich spreche vorsichtig von Abweichungen, weil ihre Bedeutung, insbesondere für die Frage nach der Bestimmtheit des Rechts und damit nach dem Rechtsbegriff erst noch geklärt werden muss.

³⁶ Auch bei Marx sind methodische Vorschläge zu finden, die wie der soziologische Positivismus einer handlungstheoretischen Ideologiekritik anmuten, etwa in der Ablehnung des deutschen Idealismus in der „Deutschen Ideologie“: „Da, wo die Spekulation aufhört, beim wirklichen Leben, beginnt also die wirkliche, positive Wissenschaft, die Darstellung der praktischen Betätigung, des praktischen Entwicklungsprozesses des Menschen.“ (Marx et al. 1969 [1932]: 3: 27). Und zum Ideologiebegriff: „Die Gedanken der herrschenden Klasse sind in jeder Epoche die herrschenden Gedanken, d. h. die Klasse, welche die herrschende materielle Macht der Gesellschaft ist, ist zugleich ihre herrschende geistige Macht.“ (a. a. O.: 46). Trotzdem bezeichnet sich kaum ein (klassentheoretischer) Marxist als Handlungstheoretiker oder als handlungstheoretischer Ideologiekritiker. Diese Bezeichnung habe ich, basierend auf dem bisher Erläuterten, gewählt. Der Klassen- und der Ideologiebegriff sollen dabei aber keinesfalls als mit Handlungstheorie in eins fallend verstanden werden.

³⁷ Oberkofler schreibt dementsprechend, dass Kennedy „die marxistische Theorie vom Recht als Ausdruck des Willens der... herrschenden Klasse“ aufgreife (Oberkofler 928). Klauska et al. ordnen die Grundsatzorientierung und damit Kennedy einer „wohlfahrtsstaatlich-sozialdemokratischen Einstellung“ (Klauska et al. 1980: 93) und einer „Ideologiekritik“ zu (a. a. O.: 90), was zusammengenommen meiner Zuordnung zumindest nicht widerspricht. Weitere Beispiele dieser Art von ‚Klassenrecht-Marxismus‘ werden nolens volens die übrigen ‚Crits‘ liefern. Schließlich werden in Anmerkungen Elemente dieses Marxismus auch bei Hugh Collins, Antonio Gramsci, Stuart Hall, Marx, Paschukanis und Edward Palmer Thompson angesprochen.

³⁸ Dabei gilt wie in Kennedys Fall für die Handlungstheorie, dass Gruppen- bzw. Klassensozialisation die Klassenmitglieder bestimmen kann.

³⁹ Hier ist also ein *handlungstheoretischer Interessenbegriff* gemeint: Mit ihm geht es um Bedürfnisse, deren Formulierung und zielgerichtete Umsetzung, und darum, dass und wie diese Bedürfnisse empirisch wahrnehmbar die kapitalistische Gesellschaft – inklusive des Rechts – bestimmen (Schürmann 1990: 705). Wichtig ist, dass eine umgekehrte Beziehung von Interessen und kapitalistischer Gesellschaft in diesem Begriff nicht enthalten ist, sondern höchstens eine Bestimmung der Interessen durch Gruppensozialisation bzw. Klassensozialisation. Die erste und bis heute wichtige auf einem solchen Interessenbegriff fußende Rechtssoziologie ist die ‚Interessenjurisprudenz‘, die, grob zusammengefasst, richterliche Entscheidungen an

Herrschaft mittels Recht.⁴⁰ Wie gezeigt, läuft auch Kennedys Rechtskritik auf Herrschaftssicherung bzw. Sicherung des „Status quo“ und Verschleierung durch das ideologisch bestimmte Recht hinaus. Die herrschende Klasse ist bei ihm durch die ‚Anwälte‘ liberaler Ideologie repräsentiert. Im Zentrum steht beim handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ wie bei Kennedy das Recht auf Privateigentum als Voraussetzung der Klassenherrschaft bzw. des „Status quo“ und zugleich als Teil der ideologischen Verschleierung. ‚Emanzipation‘ – wenn auch je nach Spielart nicht die kommunistische, sondern nur die sozialistische – wird in diesem ‚Klassenrecht-Marxismus‘ an eine neue Bestimmung des Rechts gebunden, nämlich im Sinn des Interesses des Proletariats, das mit der konkreten, lebendigen Arbeit das unterdrückte Gegenprinzip, ein metaphysisches ‚Unberührtes‘ des Kapitalismus und seines Rechts, bereithält. Das verwandte Gegenprinzip bei Kennedy ist der an die materiale Auslegung gebundene „altruistische Kollektivismus“. Dieses Unberührte ist bei dieser Art ‚Klassenrecht-Marxismus‘ wie bei Kennedy nur möglich, weil die kapitalistische Gesellschaft und ihr Recht handlungstheoretisch so konstruiert werden, dass sie die konkrete Arbeit bzw. die materiale Auslegung nicht bestimmen bzw. ahistorisch (un)bestimmt belassen. Hier zeigt sich wieder die Offenheit der Handlungstheorie für Wesensphilosophie.⁴¹ Mit dem Ende der Unterdrückung der konkreten Arbeit, so die Utopie, wird in diesem Marxismus das Recht überhaupt erst Recht von – wie bei Kennedy – wirklicher Freiheit und Gleichheit, indem es nämlich wirkliche, insbesondere kollektive Selbstbestimmung und die Gleichbehandlung der Arbeiter garantiert. Dergestalt ist das Recht deutlicher als bei Kennedy ahistorisch (un)bestimmtes Instrument, das aber zugleich durch Interessen und entsprechende Ideologien bestimmt wird⁴² – wenn auch in der Regel nicht so radikal wie bei Kennedy. Die meisten handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxisten‘, so auch die noch in dieser Arbeit zu behandelnden, sind nämlich mehr als Kennedy inkonsequent und verstehen Elemente im Recht als durch die kapitalistische Gesellschaft, insbesondere durch ihre Ökonomie bestimmt.⁴³ Sie verlassen aber das handlungstheoretisch ideologiekritische Terrain nicht,⁴⁴ solange in ihren Theorien unabgeleitete bzw. nur (klassen)soziologisch abgeleitete Interessen und Ideologien der zentrale Ausgangspunkt der Bestimmtheit des Rechts wie auch der ‚Emanzipation‘ sind. Deshalb ist für Kennedys Rechtskritik wie für den handlungstheoretisch ideologiekritischen

Interessen gebunden sieht (Büllesbach 1994 [1977]: 373; Harms 2000: 46f.). Der handlungstheoretisch ideologiekritische ‚Klassenrecht-Marxismus‘ wie auch Kennedy fügen lediglich die Ideologiekritik hinzu.

⁴⁰ Hier ist wieder der *handlungstheoretische Ideologiebegriff* gemeint, der wie beim „Ideal“ des Individualismus in Kennedys Theorie einerseits die Verschleierung des „Status quo“ bzw. der Klassenherrschaft erfasst, die die Fehlvorstellung verursacht, „wirkliche Freiheit“ sei im Liberalismus oder Kapitalismus zu erreichen (Kennedy). Andererseits meint der Begriff die Reduzierung von Recht auf Ideologie bzw. dahinter stehende handlungstheoretisch verstandene Interessen. Diese Reduzierung des Kapitalistischen insgesamt auf verschleiernde Ideologie in diversen Marxismen kritisiert z. B. Moishe Postone (2003 [1994]: 132).

⁴¹ Auf die Ahistorizität des Arbeitsbegriffs als Zentrum diverser Marxismen ist vielfach hingewiesen worden, besonders intensiv von Postone (2003 [1994]: 25f., 28f., 195ff.); Breuer spricht in dieser Hinsicht von „Arbeitsmetaphysik“ und bezieht das sogar auf einen Großteil des Marxismus (Breuer 1977: 240ff.). Dazu Beispiele und eine genauere Kritik unter B.III.2.

⁴² Da Klassensozialisation nicht eine Historisierung bedeutet, kann man auch die entsprechenden Interessen und Ideologien als ahistorisch gefasst verstehen, wie es Postone im Hinblick auf den Interessenbegriff in diversen Marxismen wie auch bei Max Weber tut (Postone 2003 [1994]: 342). Das gilt umso mehr, wenn das vom Kapitalismus vermeintlich Unberührte als per se, also ahistorisch ‚gut‘ angenommen wird, wobei es sich dann um die angesprochene metaphysische Anreicherung der Handlungstheorie handelt.

⁴³ Das könnte der Übergang zu einem anderen als handlungstheoretischen Klassenbegriff sein. Bei Festhalten an Positivismus führt das aber dazu, dass aus der Handlungstheorie ein funktionalistischer Ökonomismus wird; wenn dieser Funktionalismus so verstanden wird, dass er die gesamte Gesellschaft erfasst, wird er zu einem funktionalistisch systemtheoretischen Ökonomismus, der deterministisch ist (s. Einleitung und Teil B).

⁴⁴ Wird der ‚Gut‘- und ‚Böse‘-Determinismus der Klasseninteressen allerdings obendrein noch geschichtsdeterministisch von der These der notwendigen Zuspitzung der Widersprüche zwischen produktiver Arbeit einerseits und kapitalistischer Organisation von Produktion und Verteilung andererseits sowie von der These der notwendigen Revolution ergänzt, wie ebenfalls in diversen Marxismen (vgl. Huguot 1990: 543f.), so ist das handlungstheoretische Terrain verlassen.

‚Klassenrecht-Marxismus‘ ein Voluntarismus mitbestimmend. Dieser ist aber im Begriff der Handlungstheorie bzw. im handlungstheoretischen Indeterminismus enthalten. Deren Begriff akzentuiert zugleich die positivistischen Züge dieses Marxismus wie auch von Kennedys Rechtskritik (s. Anm. 27) und wird deshalb von mir bevorzugt.⁴⁵

In einem ersten Zwischenfazit ist festzuhalten, dass man in der Auseinandersetzung mit Kennedy und dem korrespondierenden Marxismus zu zentralen Elementen des kapitalistischen Rechts gelangt ist, die der hier gesuchte Begriff des Rechts erfassen muss: Materiales, Konkretes, Besonderes auf der einen und Formales, Abstraktes und Allgemeines auf der anderen Seite. Letzteres wird von Kennedy und dem handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ allerdings nicht eindeutig dem Recht des „Status quo“ zugeordnet. Daran knüpft das Hauptproblem an, das Kennedy mit dieser Art ‚Klassenrecht-Marxismus‘ teilt, nämlich die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts nicht zu ergründen und somit unreflektiert in Ahistorizität und Wesensphilosophie zu enden. Voraussetzung und Folge ist die spezifische Unbestimmtheitsthese, nämlich das Recht als ahistorisch (un)bestimmte Abstraktion oder Formalität zu verstehen, die verschieden bestimmbar und verwendbar zu sein scheint. Das Hauptproblem ist aber möglicherweise nur die halbe Wahrheit. Kennedy und mit ihm die skizzierte Spielart von ‚Klassenrecht-Marxismus‘ könnten mit ihrer Rechtskritik einen Schritt weiter sein, ohne den angedeuteten ersten, die Suche nach der historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts, gegangen zu sein. Abgesehen davon, dass es trotz dieser Bestimmtheit offensichtlich einen – wenn auch nach bisheriger Vermutung nicht wesentlichen – Unterschied ausmacht, ob im Recht Grundsätze oder Regeln angewendet werden, ist die Frage noch nicht geklärt, ob Kennedys „altruistischer Kollektivismus“ und die entsprechende „Grundsatzorientierung“ nicht doch über den „Status Quo“ hinauszielen können. Es geht also mit Kennedy gegen Kennedy um das Problem, ob die Ideologie der „Grundsatzorientierung“, die von mir kapitalistischer Bestimmtheit verdächtigt worden ist, genau diese Bestimmtheit nichtsdestotrotz in Frage stellen könnte, um so die Möglichkeit einer Negation des Rechts zu eröffnen. Wie in der Einleitung skizziert, wären Bedingung der *Möglichkeit dieser Negation* für Emanzipation nicht determiniert subjektive Momente. Aber auch wenn man von einem Verschulden von Gegenemanzipation sprechen will, wäre eine solche Subjektivität Bedingung. Genau diese subjektiven Momente könnten durch Kennedys „Utopie“ zur Geltung kommen, wenn auch in

⁴⁵ Der hier beschriebene Marxismus und entsprechend die genannten Elemente von Kennedys Theorie überschneiden sich in mehreren Punkten mit dem „traditionellen Marxismus“, wie ihn besonders ausführlich Postone kritisiert (Postone 2003 [1994]: vor allem 21ff., 111ff.). Er konzentriert sich jedoch nicht auf den handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus, sondern auf die Kritik des „Standpunkts der Arbeit“, die bei ihm auch andere Marxismen trifft. In Bezug auf Rechtskritik, allerdings nicht seitens der ‚Critical Legal Studies‘, haben Nicos Poulantzas, Bob Jessop, Per Mazurek, Olufemi Taiwo und Andreas Harms Kritik an Marxismen formuliert, die sich mit dem hier kritisierten überschneiden. Poulantzas wendet sich, ähnlich der hier verfolgten Stoßrichtung, gegen „voluntaristische“ Tendenzen der „marxistischen Rechtstheorie“, ohne jedoch deren Positivismus (und seinen eigenen) zu erkennen (Poulantzas 1972 [1967]: 181ff.; s. B.IV.2.). Jessop kritisiert knapp insbesondere handlungstheoretischen „Voluntarismus“ eines „Marxist-Leninismus“ (Jessop 2001 [1980]: 234, 242). Mazurek kritisiert „sozialistische Rechtstheorie“ und „Klassenjustiz“-Theorie: Jene – mit Teilen meiner Kritik übereinstimmend – hinsichtlich ihrer Ahistorizität und affirmativen Seiten, diese wegen empirischer Defizite. Allerdings geht er nicht auf die positivistischen und metaphysischen Seiten ein (Mazurek 1994 [1977]: 416ff.). Taiwo formuliert unter der Überschrift „Legal ideologism“ Kritik exakt an dem hier gemeinten ‚Klassenrecht-Marxismus‘, wenngleich er sich allein gegen ihren Positivismus wendet und nicht ihre teilweise metaphysischen Züge erkennt (Taiwo 1996: 80ff.; s. C.I.). Harms kritisiert „traditionellen“ oder „orthodoxen Marxismus“ vor allem hinsichtlich der Rechtskritik von Negt (Harms 2000: 119; vgl. 123f., 160ff.; inwieweit er Negt mit dieser Kritik gerecht wird: s. B.III.2.). Dabei geht es auch ihm vor allem um Elemente, die hier als Teile des handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ aufgeführt sind. Harms stützt sich dabei auch explizit auf Postone (2000: 142). Auf seine rechtskritische Antwort wird unter C.III.1.ausführlich eingegangen. Die Kritik von Whitehead an den ‚Studies‘, die er allerdings nur vorsichtig dem Marxismus zuordnet, geht auch teilweise in eine ähnliche Richtung wie meine an ihnen und dem handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘. Er wirft den ‚Crits‘ vor, statt objektiver und struktureller subjektive Faktoren der Bestimmung des Rechts anzunehmen (Whitehead 1999: 717, s. auch C.I.2.).

verkehrter, unbestimmter Weise. Genauso gilt somit, dass möglicherweise ein Bezug der Rechtskritik zu den kapitalistischen Klassen notwendig ist und nicht nur auf Ahistorizität oder gar Wesensphilosophie hinausläuft. Letztlich zielt das auf die Frage, ob der von Kennedy ausgemachte Gegensatz zwischen Formalem und Materialem doch auch Widerspruchs- und damit negatorischen Charakter hat. Damit geht es hier – noch vor der Entdeckung der historisch wesentlichen Bestimmtheit – um die Frage, ob diese Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts Grenzen hat.⁴⁶ Im Fall des Festhaltens an einerseits ahistorischer (Un-)Bestimmtheit und andererseits ideologischer Bestimmung des Rechts müsste jedoch durch die Hintertür die *Notwendigkeit einer Negation* von Recht in Frage gestellt werden. Recht wäre, wie deutlich vom handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus behauptet, ‚emanzipatorisch‘ verwendbares Instrument. Hier macht sich aber erneut bemerkbar, dass die vermutete historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts genauer geklärt werden muss. Dafür ist jetzt zum zweiten Initialwerk der ‚Critical Legal Studies‘ überzugehen, um anschließend die aufgeworfenen Fragen weiter zu erörtern.

5. Ungers Entfaltung des Paradigmas und erste Schritte zur historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts

Bei dem zweiten Initialwerk handelt es sich um die Monografie „Knowledge and Politics“ von Roberto Mangabeira Unger (Unger 1975 und 1976). Es ist hier nicht der Raum vorhanden, seine gesamte darin enthaltene Kritik des „Liberalismus“ zu untersuchen. Ich beschränke mich daher in der Hauptsache auf die Kapitel „Liberal Political Thought“ und „The Unity of Liberal Thought“; das sind die Kapitel, in denen sich Unger vornehmlich mit dem Recht befasst. „Liberale politische Theorie“ versteht Unger dabei als Teil der alle Bereiche des Sozialen umfassenden „liberalen Doktrin“, die Mitte des 17. Jahrhunderts das Denken in Europa zu revolutionieren begonnen habe und die sich weitgehend mit dem „Individualismus“ deckt, den Kennedy kritisiert (s. auch Anm. 24). Diese Entwicklung sieht er weder auf nur einen historischen Abschnitt des Kapitalismus beschränkt noch nur auf das wissenschaftliche Denken. Er spricht in letzterer Hinsicht auch vom „Alltagsverständnis“. Es geht also um mehr als eine vergangene Epoche oder eine Idee, nämlich um *die* Idee der kapitalistischen Gesellschaft. Bis heute würde sich alles Denken, auch etwa von Alternativen wie Sozialismus, in den Parametern dieser Doktrin bewegen oder sich zumindest in Auseinandersetzung mit ihr befinden (1975: 6; so Unger interpretierend: Klausen et al. 1980: 89). Kurz: „Liberalism must be seen all of a piece, not just as a set of doctrines about the dispositions of power and wealth, but as a metaphysical conception of the mind and society.“ Ungers Begriff des „Liberalismus“ ist schwierig ins Verhältnis zum Begriff des Kapitalismus zu setzen und deutet damit das zentrale Problem seiner Theorie an: Zwar zielt er, ähnlich wie Kennedy, mit dem Begriff des Liberalismus auf kapitalistische Gesellschaft ab. Daher lassen sich meines Erachtens einige seiner Erkenntnisse über „liberales“ Recht hinaus auf kapitalistisches Recht übertragen, was an einigen Stellen explizit von ihm getan wird. Letztlich bleibt Ungers „Liberalismus“ aber auf vertrackte Weise doch nicht viel mehr als Ideologie im handlungstheoretischen Sinn, so dass er seine Kritik zurecht auf Liberalismus und nicht Kapitalismus bezieht.

⁴⁶ Somit fehlt Kennedy zwar mit der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts und mit seinem oben angesprochenen (Nicht-)Begriff von Widerspruch die auf das Wesen zielende Negativität (die zweite Negation) und das „immanente Hinausgehen“ in der „Aufhebung“ (vgl. Daniel 1983: 21). Diese dialektische Bewegung ist revolutionistisch interpretiert worden (mit dieser Tendenz für Hegel: Marcuse 1985 [1941]: 16ff., 67; mit dieser Tendenz für Marx: Krahl 1971: 376f; zusammenfassend: Haug 1994: 699ff.), aber auch als bewusste oder unbewusste Abbildung des Kapitals (für Hegel: Adorno 1998 [1966]: 295; Krahl 1971: 375ff.; für Marx: Tuschling 1998: 203; mit Betonung emanzipatorischer Potenziale: Mercier-Josa 1989: 181; Postone 2003 [1994]: 126ff.). Doch deutet Kennedys altruistischer Kollektivismus unbeabsichtigt die Möglichkeit einer nicht-emanzipatorischen Negation des Kapitalismus an. Diese stellt das Element „Höherheben“ eines dialektischen Aufhebungsbegriffs (Haug 1994: 706) radikal in Frage. Vor allem aber könnte Kennedys Betonung der „policy“ die Schwierigkeit jeglicher Dialektik mit indeterminierter Subjektivität zeigen. Das verweist auf die offene Frage nach der Reichweite solcher Dialektik.

Eingangs des Kapitels „Liberal Political Thought“ formuliert er das „problem of freedom“, das sich der „liberalen Theorie“ stelle: möglichst große Freiheit für jeden, ohne dass jemand benachteiligt oder bevorzugt wird (Unger 1975: 67). Der „Liberalismus“ gehe dabei von einer grundsätzlichen Feindschaft der Individuen, nicht zuletzt auf dem Markt, aus, auf dem sie um die Befriedigung ihrer Bedürfnisse kämpfen müssen, und von den unterschiedlichen Interessen, Werten und Weltverständnissen, also von „Individualismus“. Anders als Kennedy betont er, der „Liberalismus“ erkenne aber auch an, dass Kooperation notwendig sei, um die Bedürfnisse zu befriedigen. Ausgehend von diesen Prämissen werde das Freiheitsproblem also zum Problem von Freiheit und öffentlicher Ordnung, das auf eine „Lösung“ dränge: „The common solution to the problems of order and freedom is the making and applying of impersonal rules or laws.“ (a. a. O.: 67). Von dieser „Lösung“ ausgehend, folgt der Auftritt der These von der „Unbestimmtheit des Rechts“, die Unger zum zentralen Thema dieses Kapitels führt. Die „Lösung“ wird hier, in Erweiterung von Kennedys Thesen, als das Problem angesehen, dass Rechtsauslegung wegen der rechtlichen Unbestimmtheit gemeinsame Werte und / oder gemeinsame Weltverständnisse erfordere. Das widerspreche aber dem „Individualismus“, weil dieser gerade keine gemeinsamen, sondern nur subjektive Werte und Weltverständnisse voraussetze: „The resort to a set of public rules as the foundation of order and freedom is a consequence of the subjective conception of value. The subjective conception of value in turn presupposes the abandonment of the doctrine of intelligible essences. In the absence of intelligible essences, however, there are no obvious criteria for defining general categories of acts and persons when we make rules... Nor are there clear standards by which to classify the particular instances under rules when we come to the stage of applying the rules we have made.“ (a. a. O.: 80). Sowohl die Theorie natürlicher Rechte, für Unger die wichtigste Variante des Objektivismus, als auch der Positivismus seien daran gescheitert, das Problem zu lösen, weil beide nicht erklären könnten, wie sie von der Subjektivität der Interessen, Werte und Begriffe zur formal oder objektiv richtigen Schöpfung und Auslegung von allgemeinen Regeln gelangen (a. a. O.: 87). Das Problem wird für Unger somit zu einem innerhalb der „liberalen Theorie“ unlösbaren, also zur Antinomie von (subjektiven) Werten und (allgemeinen) Regeln.⁴⁷ Zusammengefasst lautet die zentrale These „that neither the regime of formal nor that of substantive justice is able to solve the problem of freedom. Nevertheless, formal and substantive justice cannot be reconciled. Thus, there is no coherent solution to the problem of adjudication as it is defined by liberal thought; we cannot dispose of the difficulties with which that problem confronts liberal political doctrine by embracing either substantive or formal justice. A system of laws or rules (legal justice) can neither dispense with a consideration of values in the process of adjudication, nor be made consistent with such a consideration. Moreover, judgements about how to further general values in particular situations (substantive justice) can neither do without rules, nor be made compatible with them. This is the antinomy of rules and values.“ (a. a. O.: 88). Während Kennedy den „Widerspruch“ zwischen gemeinsamer Moral und Individualismus in den verschiedenen – altruistisch kollektivistischen und individualistischen – Auslegungen verkörpert sieht, verlegt Unger ihn als „Antinomie“ also in die „liberale Theorie“ selbst.

Das heißt auch, dass er sich nicht wie Kennedy auf Rechtsanwendung konzentriert, sondern die „Antinomie“ genauso in der Gesetzgebung verortet. In der Tat umfassen auch alle von ihm so genannten „liberalen Rechtstheorien“, die er in diesem Kapitel untersucht oder zumindest streift, Theorien über die Gesetzgebung, worauf er allerdings nicht genauer eingeht.⁴⁸ Nicht nur die

⁴⁷ Der Begriff der „Antinomie“ statt des Widerspruchs oder gar des bloßen Gegensatzes verweist, mit Hegel-Marxscher Dialektik gesprochen, auf eine vermittlungslose Gegensätzlichkeit, die also nicht aufhebbar ist (Kotatko 1990: 148f.). Das indiziert, dass der Hegel-Kenner Unger (Klausen et al. 1980: 92) auf dualistisches Denken nicht verzichten möchte.

⁴⁸ Der Bezug zentraler Richtungen klassischer Rechtsphilosophie – Positivismus, Objektivismus und Ansätze ihrer Überwindung – zur *Gesetzgebung* soll hier kurz belegt werden: Vom Positivismus eines Hans Kelsen weiß man, dass die Normenhierarchie bis zur Grundnorm auch für die Gesetzgebung gilt (Kelsen 1976 [1934]: 228ff); das Problem im positivistischen Modell der Rechtsanwendung und Gesetzgebung ist für Unger das Fehlen „intelligibler Essenzen“, da diese Theorie darauf vertraue, dass anhand von verbrieftem Recht eine eindeutige Entscheidung vorgegeben sei. Die ‚Naturrechtslehre‘ bindet auch die gesetzgebende Gewalt an die Naturrechte (Ellscheid 1994 [1977]: 188ff.), die aber in den Augen Ungers ein paradoxer

Rechtsauslegung, sondern auch die Gesetzgebung einer Kritik zu unterziehen, heißt allerdings keinesfalls, Kennedys Horizont der ahistorischen (Un-)Bestimmtheit von Recht und bestimmender Ideologien zu überschreiten. Vielmehr befindet sich Unger auf dem gleichen Weg, wobei er jedoch, wie gezeigt, einen Akzent auf die *interne* Widersprüchlichkeit der „liberalen“ Ideologie legt. Im Übrigen will er ebenso wenig wie Kennedy auf eine schlichte „Unbestimmtheit“ des Rechts eines nominalistischen Positivismus hinaus, sondern impliziert, ähnlich wie bei Kennedy, eine ahistorische (Un-)Bestimmtheit, die ebenfalls ähnlich wie bei Kennedy im Abstrakten, „Formalen“ oder „Regel“-Charakter zu finden sein dürfte. Unger entfernt sich zunächst noch weiter von einer radikalen, nominalistischen UnbestimmtheitsThese, die das Recht in ideologische Handlungen auflösen würde.

Unger kommt nämlich in Perspektive der Erkenntnis der historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts entscheidend weiter als Kennedy, wenn er auf weitere Übereinstimmung der „liberalen Rechtstheorien“ zu sprechen kommt. Diese Übereinstimmung entdeckt er in dem diesen Theorien inhärenten Verhältnis von „Allgemeinem und Besonderem“: „Though they differ in the priorities they assign to the universal and the particular, positivism and natural rights doctrine are at one in accepting a radical distinction between universals and particulars and in identifying the former with the abstract and the latter with the concrete.” (a. a. O.: 72). Unter der Überschrift „The Legal Mentality“ heißt es dazu weiter: „Formal equality and moral universalism both include the conception of universals and particulars encountered before. The legal person and the moral agent are constructed, as abstract and formal universals, out of individual lives, and then treated as if they were real and independent beings. Particular interests, experiences, or circumstances are viewed as a contingent substance of the forms,” (a. a. O.: 74). In diesen knappen Worten präsentiert Unger nicht nur die Übereinstimmung der Rechtstheorien, sondern einige auf die gesuchte wesentliche Bestimmtheit des liberalen, aber meines Erachtens auch kapitalistischen Rechts verweisende Elemente: Es geht erstens um Recht als die Vermittlung des von Kennedy bekannten „Besonderen“, „Konkreten“, des „Inhalts“⁴⁹, also der „Interessen, Erfahrungen oder Umstände“, und zwar durch Abstraktion vom Genannten in „universalen Rechtsbegriffen“;⁵⁰ damit geht es um

Sprung von subjektiven zu allgemeinen Werten sind. Das gleiche gilt für die ‚Grundsätze-Theorie‘ von Ronald Dworkin. Formale Moral in der Tradition Immanuel Kants, die durch die „Theorie der Gerechtigkeit“ seines Kollegen John Rawls wenige Jahre vor Ungers Veröffentlichung zu neuer Blüte gelangt war, versucht mit formalen, in der Gesetzgebung insbesondere demokratischen, Mitteln materiale Moral herzustellen (Rawls 1975; [1971]: 27ff; s. auch Anm. 18). Sie dürfte geradezu der Inbegriff von Ungers Antinomie sein, da sie von subjektiven Werten ausgeht, um diese mit Verfahrensregeln in allgemeine Werte zu verwandeln, so dass die Verfahrensregeln in Ungers Argumentation in Wirklichkeit subjektive Werte, Interessen und Begriffe unterdrücken. Klausen et al. sehen, damit übereinstimmend, „Knowledge und Politics“ als „Gegenstück“ zu Rawls ‚Theorie der Gerechtigkeit‘ an (Klausen et al 1980: 91). Der im angelsächsischen Raum verbreitete ‚Utilitarismus‘ (s. Anm. 11) wiederum kann nach Ungers Auffassung ebenfalls weder angeben, wie die individuellen Interessen und Werte zu einem allgemeinen Nutzen werden sollen, verkörpert in Gesetzen und ihrer Auslegung, noch, wie dieser allgemeine Nutzen, ausgehend von den je subjektiven Begriffen, intelligent sein kann.

⁴⁹ Die Übersetzung von „substance“ als „Inhalt“ erscheint mir sinnvoller als „Substanz“, die als philosophischer Terminus näher an Wesensphilosophie steht und daher nicht zur von Unger behaupteten Kontingenz passt (s. Anm. 23).

⁵⁰ Mit den Begriffen „Allgemeines“, „Besonderes“, „Abstraktes“ und „Konkretes“ könnte der Hegel-Kenner Unger hier auf eine Vermittlung der Allgemeinheit durch deren Abstraktion (im Sinn von: von allen Einzelnen und Besonderen losgelöstes) anspielen, die alles abstrakte (im Sinn von: losgelöste) Einzelne zum Besonderen vermittelt und so die konkrete (im Sinn von: alle Einzelnen, Besonderen und das Allgemeine verbindender) Allgemeinheit (Hegel 1970 [1821]: 374f.) herstellt (vgl. zu Hegels Rechtsphilosophie: Bolte 1991: 87; Riedel 1970: 19; zu Hegel: Daniel 1983: 49ff., 119; Inwood 1992: 303f., aber auch auf andere Bedeutungen der Begriffe abhebend). Diese Dialektik würde dank der (liberalen oder kapitalistischen) Allgemeinheit als Ausgangs- und Endpunkt mit der abstrakten Allgemeinheit einer bloßen Summe von abstrakten Einzelnen die Handlungstheorie Kennedys hinter sich lassen. Doch ebenso wenig wie Hegel diese Begriffe durchgängig in der auf das Primat des Allgemeinen, auf die Vermittlung konzentrierten sowie Allgemeines als Bestimmendes und Besonderes als Bestimmtes verstehenden Weise verwendet hat (vgl. Daniel 1983: 162; Inwood 1992: 302ff.), ist das hier eine Vorentscheidung über Ungers Theorie.

eine bestimmte Vermittlung, die zum Resultat des durch Abstraktion Vermitteltseins, der Vermitteltheit, führt.⁵¹ Anders formuliert, wird das außerrechtlich Gesellschaftliche nicht qua willkürlicher – besonderer – staatlicher Herrschaft arrangiert. Diese Vermittlung und die Rechtsbegriffe sind also einerseits der Grund der empirisch erfassbaren juristischen, abstrakten Gleichheit (vor der Norm), der juristischen, abstrakten Allgemeinheit⁵² der Norm (statt einer Einzelfallnorm) sowie der juristischen, abstrakten Freiheit (von Unvermitteltheit, damit abstrakte Individualität ermöglichend) – also des bereits bekannten abstrakt Liberalen des Rechts. Aber zugleich ist sie auch Grund des empirisch erfassbaren Konkreten, des außerrechtlich Gesellschaftlichen, das zu Rechtsinhalten vermittelt wird. Soweit handelt es sich aber offensichtlich nicht um eine kapitalistische Spezifik des Rechts, denn die Vermittlung des Konkreten durch Abstraktion von ihm und eine im Mindesten partielle juristische Gleichheit, Allgemeinheit und Freiheit hat es bereits lange vor kapitalistischen Zeiten gegeben. Das Zwischenfazit muss also lauten: Unger hat mit anderen Akzenten und ausführlicher, vor allem auch auf Gesetzgebung und auf andere Arten von Widersprüchen und „Antinomien“ bezogen, die These von der ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts und bestimmender liberaler Ideologie entfaltet. Dabei scheint er aber deutlicher auf die Einsicht in eine historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts zu drängen.

III. Übergänge zur Rechtsformkritik mit Unger gegen Unger

Es bleibt nicht bei ersten Schritten zur Erkenntnis der historisch wesentlichen Bestimmtheit des Rechts bei Unger: Im Folgenden wird mit seiner Hilfe ein Teil der kapitalistischen Spezifik, damit der historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts und entsprechender Rechtsformkritik herausgearbeitet werden können. Allerdings werden sich dabei auch die Grenzen von Ungers Rechtskritik zeigen, so dass die gesuchten Begriffe von Totalität, Recht und Rechtlosigkeit und materialistische Rechtskritik auch teilweise gegen Unger entwickelt werden müssen.

1. Die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts: die kapitalistische Rechtsform und ihre zwei Begriffe

Unter der Überschrift „The Unity of Liberal Thought“ schreibt Unger: „The antinomies of liberal thought all have their being in the fact that it is both necessary and impossible to assert the separation of the form and the substance, of the abstract and the concrete.“ (a. a. O.: 134). „Der Ausweg“ des Liberalismus laute: „to treat the particulars as if they were cases of an abstract or

⁵¹ Die *Vermittlung durch Abstraktion* bedeutet hier also Verbindung und zugleich Trennung auf dem Weg über ein losgelöstes und zugleich gemeinsames (in den zu vermittelnden Extremen enthaltenen) Drittes. Je nach Sprachgebrauch ist diese Art der Vermittlung bereits im Vermittlungsbegriff selbst enthalten, der die Verbindung und Trennung durch ein Mittelstück und das Gemeinsame in den Extremen meinen kann (Ersteres akzentuierend: Arndt 2001: 722f; Letzteres: Adorno 1998 [1957-1963]: 257; 1974: 141f der aber nichtsdestotrotz an einer Trennung festhält, s. dazu auch Anm. 72f.; D.III.). Auf diese Weise ist aber eben dieser Weg und damit die Bewegung im Begriff enthalten, was für den Begriff der Vermitteltheit nicht gilt, der allerdings von vornherein die Abstraktion beinhaltet (zum Ganzen mehr im Folgenden und unter D.III.).

⁵² Diese nicht weiter vermittelt betrachtete juristische Allgemeinheit und Abstraktheit bewegt sich auf der Ebene von rechtssoziologischer Handlungstheorie und ist nicht mit kapitalistischer Allgemeinheit und Abstraktheit im Recht zu verwechseln, steht aber als ihre Verdinglichung sehr wohl im Zusammenhang damit (s. im Folgenden).

formal entity that did not really exist in the world. In the course of this mysterious transposition, the particulars begin to lose their substance, their concreteness, and thus, their individuality... Particularity dissolves in this way when a man is treated as an example of a legal person, or when different ends are conflated into a general concept of interest, or when an event is subsumed under an explanatory law; one stops than thinking about what makes the person, the end, or the event different from others. No sooner does the evisceration of particulars begin than a complementary process sets in, the reification of universals. The abstract qualities take on a life on their own because they are the sole possible objects of thought and language... From the evisceration of particulars and the reification of universals there ensues a spectacle that would be strange if it were not too familiar to be noticeable. Though it is the particulars that are supposed to have concrete reality, it is to the universals that thought and action are addressed. The ghosts sing and dance on the stage while the real persons sit dumbly in the pit below.” (a. a. O.: 137f.). Es geht Unger also um die Abstraktion in den Rechtsbegriffen als *universale Abstraktion mit Eigenleben*, um einen „*Fetisch*“, dessen Tanz er von Marx kennt (Marx 1982 [1890]: 85), eine „*zweite Natur*“ (Hegel 1970 [1821]: 46) oder „*eine zweite Wirklichkeit sui generis*“ (Adorno 1998 [1966]: 304)⁵³, die sich neben der ersten, den empirischen Gesellschaftsmitgliedern und ihren Interessen, entfalte. Bei diesen Rechtsbegriffen handelt es sich um das Rechtssubjekt bzw. die Rechtsperson und das

⁵³ Dabei handelt es sich um besonders bekannte der vielen metaphorischen Annäherungen an die *historisch wesentliche Bestimmtheit* auf der Basis Hegel-Marxscher Dialektik, wobei nur das Adorno-Zitat auf Recht bezogen ist. Hegel schreibt an anderer Stelle über das Recht: „Man führt in der Regel für das Gewohnheitsrecht an, daß es lebendig sei, aber diese Lebendigkeit, das heißt die Identität der Bestimmung mit dem Subjekte, macht das Wesen der Sache noch nicht aus; das Recht muß denkend gewußt werden, es muß ein System in sich selbst sein.“ (Hegel 1970 [1821]: 364). Sowohl der von Adorno hier gebrauchte Wirklichkeitsbegriff als auch der Wesensbegriff in der Tradition Hegel-Marxscher Dialektik erfassen damit eine empirische als auch eine überempirische Dimension, wie auch Bestehendes und Potenziale, wobei Marx im Wirklichkeitsbegriff im Gegensatz zu Hegel vor allem die empirische Dimension des Bestehenden betont hat (s. auch Einleitung und weitergehendes im Folgenden). Im Unterschied zu Wesensphilosophie oder Metaphysik zielen dieser Wesens- und dieser Wirklichkeitsbegriff auf Realität und Historizität, die Hegel nicht voll erfasst hat (vgl. Anm. 29).

Rechtsobjekt,⁵⁴ die wiederum in vielen verschiedenen Gestalten, etwa als Vertragspartei bzw. Vertragsgegenstand erscheinen.⁵⁵

Bei Unger beginnt damit die *historisch wesentliche Bestimmtheit* des kapitalistischen Rechts *Form* anzunehmen, und zwar im wörtlichen Sinn. Denn die „Form“ der „Rechtsperson“ oder die „Form“ des „Inhalts“ ist für Unger die Bezeichnung für die Eigenschaften des Rechts des „Liberalismus“ und hier meines Erachtens auch des Rechts des Kapitalismus, die seine wesentliche Bestimmtheit zu entfalten beginnen: Vermittlung des „Inhalts“, des „Besonderen“ oder „Konkreten“ des Rechts durch „Formalität“, „Allgemeinheit“ oder „Abstraktion“ zur paradoxen Konstitution von Identität⁵⁶ trotz „Antinomie“ in „universalen“ Rechtsbegriffen mit „Eigenleben“, auf der juristische, „formale Allgemeinheit“, „Gleichheit“ und „Freiheit“ (Unger) basieren.

Ungers Skizze aufgreifend und weiterdenkend, geht es hier um einen Formbegriff, der mit dem kapitalistischen Wesen, also der „zweiten Natur“ (Hegel) der kapitalistischen Gesellschaft und damit auch des Rechts als dem Mehr – genauer: „dem Anderen“ (Horkheimer; s. auch Anm. 70) – als die Summe der Teile in eins fällt. Dieser Begriff erfasst nämlich die bestimmende Bedeutung der kapitalistischen Gesellschaft durch das überempirische Eigenleben der Form. Diese somit kapitalistische Form des Rechts, die *kapitalistische Rechtsform*, ist Voraussetzung und Resultat einer spezifischen, prozessierend⁵⁷ die Inhalte vermittelnden Einheit in Gegensätzen und ist bestimmend sowohl für das Denken als auch für das Handeln. Sie ist somit reale Formalität, Allgemeinheit oder Abstraktheit, die real nur in der überempirischen rechtlichen Vermittlung von Inhalt, Besonderem und Konkretem sein kann. Aus dem überempirischen ergibt sich ihr übergreifender, überempirisch die Empirie erfassender Charakter. Man könnte auch, wie in der Einleitung, von unentrinnbarer Allgegenwart des kapitalistischen Rechts sprechen. Hier deutet sich

⁵⁴ Im juristischen Sprachgebrauch meint das *Rechtssubjekt* (oder die *Rechtsperson*) den Träger von in erster Linie gegen den Staat gerichteten Menschen- und Grundrechten und in zweiter Linie von nur mittelbar gegen oder an den Staat gerichteten Rechten. Letztere betreffen nämlich zuvorderst das Verhältnis zu anderen Rechtssubjekten (vgl. Creifelds 2000: 1063). Ein so verstandenes Rechtssubjekt ist also die zentrale Ausprägung von rechtlicher Freiheit und Gleichheit. Dieser Rechtssubjektbegriff umfasst somit Indeterminiertheit. Der vom Freiheits- und Gleichheitsbezug bereinigte Begriff wird teilweise auch mit dem Term Rechtssubjekt benannt, teilweise mit Rechtsperson. Der rechtsphilosophische Positivismus in seiner radikalen normativen Version kennt keinen anderen als diesen Begriff eines bloßen „Zurechnungspunkts der Norm“ (Kelsen). Dass es in der materialistischen Rechtskritik um eine darüber hinausgehende gesellschaftliche Dimension dieses Begriffs, insbesondere die in ihm steckende kapitalistische Allgemeinheit gehen muss, hat Kelsen in seiner Auseinandersetzung mit Paschukanis nicht zulassen wollen, sondern auf dem positivistischen Ausklammern der kapitalistischen Gesellschaft bestanden (vgl. Harms 2000: 82ff.). Dabei hat Paschukanis zwar diesen Positivismus kritisiert, da er an Kapitalismus gebunden ist, zugleich aber seine entsprechende Plausibilität im Kapitalismus materialistisch erklärt, so dass durchaus im Anschluss an den Positivismus weitere Merkmale eines materialistischen Begriffs des Rechtssubjekts angedeutet werden können: Im an die Bedeutung des lateinischen ‚subjectum‘ angelehnten und auf kapitalistischer Realität beruhenden Sinn geht es sowohl um rechtliche Autonomie als auch Unterwerfung (Hirsch 1995: 13); Letztere allerdings nicht nur im Hinblick auf Verbote und Strafen, sondern auch im Hinblick auf subjektive Rechte, nämlich in Überwindung des rechtssoziologischen oder rechtsphilosophischen Positivismus durch den Begriff kapitalistischer Vermittlung (der allerdings bei Hegel vom Subjekt „an sich“ zum Subjekt „für sich“ und damit gerade erst zu Freiheit führen soll; dazu vor allem unter D.III). Der von Unger kritisierte liberale Begriff der „Rechtsperson“ stellt auf das Vorhandensein von subjektiven Rechten und die entsprechende Freiheitsdimension ab. Warum ein freiheitsunemphatischer Begriff des Rechtssubjekts oder der Rechtsperson angemessener ist, man aber in bestimmter Weise nicht völlig auf die liberale Dimension verzichten kann, wird sich noch zeigen (s. B.II.7. und 8.).

⁵⁵ Diese Abstraktionen mit Eigenleben kritisiert auch Peter Gabel, ein anderer ‚Crit‘ (Gabel 1989 [1980]). Soweit er von Unger abweicht, stützt er sich auf ‚Poststrukturalismus‘ (vgl. Klauska et al. 1980: 107)

⁵⁶ Die Inhalte erhalten ihre *Einheit oder Identität* durch die Form, etwa die Individuen durch die Subjektform, so dass sie zugleich die Einheit oder Identität von Form und Inhalt darstellt.

⁵⁷ Das *Prozessieren* ist mehr als die Bewegung, die bereits dem Begriff der Vermittlung inhäriert, weil es begrifflich auf Verselbständigung zielt, die allerdings mit dem ‚Eigenleben‘ akzentuiert wird und auf die noch zu sprechen kommen sein wird (A.IV.2.).

ein Begriff der Totalität als lückenloses Ganzes an, dessen Teile pars pro toto sind (vgl. Martinez 1990: 219ff). Doch ob er angemessener ist als das ‚Übergreifen‘, das den Prozess ausdrückt, der noch Lücken, Teile ohne pars-pro-toto-Eigenschaft zulässt, wird sich zeigen (s. A.VIII.3. und D.II.).

Dieses Übergreifen macht sich nicht ständig unmittelbar empirisch bemerkbar. Es schlägt sich aber, worauf Unger verweist, empirisch zum einen in der empirischen Universalität der Rechtsbegriffe nieder. Diese bezieht sich auf die schier unbegrenzte Anwendbarkeit von Rechtssubjektivität und -objektivität und auf die Verrechtlichung, ausgedrückt in Normen und Rechtsanwendung, die vor nichts Halt zu machen scheint. Entscheidend ist aber die überempirische Seite des Übergreifens: Sie ist grundsätzlich in keiner Situation völlig auszuschalten, so dass jeder und jede immerzu Rechtssubjekt, jeder Gedanke und jede Handlung dieser Subjekte immerzu potenzieller Gegenstand eines Rechtsstreits oder einer Gesetzgebung ist.⁵⁸

„Inhalt“, „Besonderes“ oder „Konkretes“ des kapitalistischen Rechts stehen bei Unger als Gegenbegriff zur „Form“ zunächst für das auf der Erscheinungsebene Verschiedene der kapitalistischen Gesellschaft. Es geht um die empirischen Gesellschaftsmitglieder, ihre Beziehungen untereinander und zu den Dingen, es geht um ihre „Interessen, Erfahrungen, Umstände“ (Unger).⁵⁹ Zugleich sind die rechtlichen Inhalte das außerrechtlich Gesellschaftliche, das empirisch greifbar in das Recht eingeht, um, dann verrechtlicht zu Rechtsinhalten, die Spezifik der Norm oder der Rechtsanwendung auszumachen. Dabei handelt es sich aber um einen positivistisch handlungstheoretischen Blick auf die Inhalte, der den skizzierten Begriff der kapitalistischen Rechtsform eines Teils seines historisch wesentlichen Gehalts beraubt, nämlich des Prozesses einer realen Abstraktion, der die Inhalte überempirisch erfasst. Auf diese Weise würde der Begriff der kapitalistischen Rechtsform allein das empirisch erfassbare Abstrakte, Allgemeine oder Formale, das von den Inhalten scheinbar Losgelöste im kapitalistischen Recht meinen: juristische Allgemeinheit, Gleichheit und Freiheit, das abstrakt Liberale des Rechts (s. Anm. 35). Der Begriff des Inhalts würde allein das empirisch wahrnehmbare, zu verrechtlichende und verrechtlichte Konkrete, Besondere oder Materiale erfassen. Die Transformation der rechtlichen Inhalte zu Rechtsinhalten würde wiederum nur in empirisch erfassbaren Rechtsanwendungen oder Rechtsschöpfungen vonstatten gehen. Ohne Realität der überempirischen Vermittlung durch Abstraktion müsste also die Form, verstanden als empirische Formalität des kapitalistischen Rechts, als ahistorisch (un)bestimmtes Ding gegeben sein; die oben skizzierte Bestimmtheit der Form, die sie zu einer historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts macht, würde entfallen. Hier ist man in der Auseinandersetzung mit Unger an einer Gabelung des rechtskritischen Weges angelangt: Ein solch *positivistisch handlungstheoretischer Begriff von Form und Inhalt* korrespondiert mit Kennedys handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts und dem entsprechenden ‚Klassenrecht-Marxismus‘. Die Form ist dann Kennedys „Form“ der „Regelorientierung“, des erscheinenden „Formalen“; eine Form also, die von Ideologen oder Klassen bestimmt verwendet wird. Wie gezeigt, kann sie derart in ein dualistisches Verhältnis zum Materialen, Konkreten, Besonderen, also im Sinn des hier eingeführten Begriffs: dem Inhaltlichen, gesetzt werden.

Doch nicht ohne Grund sind „Inhalt“, „Besonderes“ oder „Konkretes“ und somit implizit auch Materiales von Unger als *Teil* der kapitalistischen Rechtsform eingeführt worden, die, verstanden

⁵⁸ Das ‚kapitalistische‘ in diesem Formbegriff verweist auf den Bezug zur gesamten Gesellschaft. Inwieweit die kapitalistische Rechtsform sich folglich mit der kapitalistischen Gesellschaftsform überschneidet, also ihr Verhältnis zueinander, hängt unmittelbar mit der bereits gestellten Frage nach einer Totalität des kapitalistischen Rechts zusammen, die ergänzt wird von der Frage nach einer kapitalistischen Totalität (s. A.VIII.3.; D.I. und II.).

⁵⁹ Über Unger hinausgehend, könnte man als wichtige Elemente die Klassen und ihre Interessen, die daraus erwachsenen Ideologien und die Gegensätze zwischen verschiedenen Inhalten hinzufügen. Auf Klassen und ihre Interessen wird aber schon in diesem Teil in der Auseinandersetzung mit mehreren Autoren eingegangen.

als reales und historisches, kapitalistisches Wesen des Rechts, gerade in ihrer empirisch-überempirischen Vermittlung von Besonderem, Konkretem oder Materialem, also dem Inhaltlichen, durch Allgemeinheit, Abstraktion und Formalität besteht. Der Begriff des kapitalistischen rechtlichen Inhalts erfasst in dieser Perspektive – das sieht wiederum Unger nicht – die rechtlich vermittelten Inhalte, so dass der Inhaltsbegriff in letzter Konsequenz bis zum vermeintlich rein Abstrakten, Allgemeinen oder Formalen reicht, etwa bis zu juristisch dogmatischen Erwägungen. Letztere scheinen nichts mehr mit den Inhalten im eingangs erläuterten Sinn zu tun zu haben, dennoch sind sie aber auf die kapitalistische Rechtsform und damit auf die Vermittlung von Inhalten durch Abstraktion verwiesen. Die Inhalte verlieren in dieser Perspektive nicht nur ihre rechtliche, sondern jegliche positivistisch handlungstheoretische Unberührtheit bzw. Unbestimmtheit, indem sie nicht nur der kapitalistischen Rechtsform, sondern damit der kapitalistischen Form überhaupt überempirisch unterworfen sind. Da die Rechtsform dergestalt ihre Inhalte formt, sind diese Inhalte nichts anderes als Teil der Form. Das ist der übergreifende – überempirisch die Empirie erfassende – Charakter der kapitalistischen Rechtsform, woraus sich der *wesentliche, formbestimmte Begriff von Form und Inhalt* ergibt. Ihn führt Unger auch aus, allerdings mit dem eingangs angesprochenen und noch zu erörternden Unterschied, dass er ihn als Ergebnis liberaler Ideologie statt kapitalistischer Gesellschaft ansieht. Doch wenn Unger Recht behält mit den „Geistern“, die er rief (s. o.), nämlich der Rechtsform als einer real und historisch wesentlichen Bestimmtheit des Rechts, die die Einheit oder gar Identität der Inhalte in der Form konstituiert, stellt sich mit Unger gegen Unger die Frage, welchen *ontologischen Status*⁶⁰ letztlich die Inhalte bzw. die verschiedenen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform angesichts der übergreifenden Form haben und welcher Begriff des kapitalistischen Rechts sich daraus ergibt: Die rechtlichen Inhalte, die *Nichtidentität* der Inhalte und damit zugleich die Nichtidentität von Form und Inhalt scheinen in einem formmonistischen *Form-Inhalt-Verhältnis*, einer formbestimmten *Form-Inhalt-Identität*, aufzugehen.⁶¹ Klar ist zwar, dass diese formbestimmte Identität der Differenz, der Nichtidentität bedarf, um sich als Identität zu erweisen – wenn man nicht an der Logik vom ‚ausgeschlossenen Dritten‘ (neben Identität und Nichtidentität) festhalten will.⁶² Doch wäre sie *nur* solche Bedingung der Identität, wäre sie der Identität *nur* unterworfen bzw. formbestimmt. Die Beantwortung dieser Fragen ist wiederum notwendig zur Beantwortung der im Anschluss an Kennedy aufgeworfenen Frage, die lautet, ob dieser mit seinen dualistischen Gegensätzen zwischen Formalem und Materialem und seiner „Utopie“ des „altruistischen Kollektivismus“ trotz fehlender Reflexion der historisch wesentlichen Bestimmtheit des Rechts einen Teil des Charakters dieses Wesens des Rechts und realer Wege aus ihr heraus reflektiert. Als Vorarbeit für diese Erörterung wird aber zunächst in die materialistische Tradition des (Rechts-)Form-Begriffs eingeführt.

2. (Rechts-)Form-, (Rechts-)Inhalts- und verwandte Begriffe in der philosophischen und marxistischen Tradition

Der Begriff der Form, gefasst als Wesen, also mit einer überempirischen Dimension, hat eine spätestens in der Antike beginnende philosophische Tradition und ist dementsprechend schillernd. Er meint aber in großen Teilen dieser Tradition ähnlich wie bei Kennedy und im

⁶⁰ *Ontologischer Status* soll hier nicht eine Forderung nach Wesensphilosophie oder Metaphysik andeuten, sondern die Frage nach dem – historisch oder ahistorisch wesentlichen oder unwesentlichen – Charakter der rechtlichen Inhalte offen halten.

⁶¹ Der treffende Begriff „Monismus“ wird in diesem Zusammenhang von Friedrich Bülow stark gemacht (1964: 263), der aber nicht weiter auf die damit zusammenhängenden theoretischen Probleme reflektiert.

⁶² Die Kritik dieser Logik ist u. a. Gegenstand von Hegels Kritik an Kantischem Verstandesdenken. Danach ist der Satz der Identität von A ist gleich A (und der Nichtidentität von A ist nicht gleich nicht A) „nichts als das Gesetz des abstrakten Verstandes. Die Form des Satzes widerspricht ihm schon selbst, da ein Satz auch einen Unterschied zwischen Subjekt und Prädikat verspricht, dieser aber das nicht leistet, was seine Form fordert.“ (Hegel 1970 [1817]: 237).

handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘: ein ahistorisches Wesen.⁶³ Mit der skizzierten kapitalistischen (Rechts-)Form als historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts geht es hingegen um einen historisierten Wesensbegriff, den Marx zu Beginn seines „Kapitals“ im Hinblick auf Arbeit einerseits und abstrakte Arbeit bzw. Wert andererseits einfordert: „Die bürgerlichen Ökonomen haben... niemals auch nur die Frage gestellt, warum dieser Inhalt jene Form annimmt.“ (Marx 1982 [1890]: 95).⁶⁴ Insbesondere Kants transzendente Wendung der Erkenntniskritik durch die Entdeckung der „Gedankenformen“ seiner Erkenntniskritik (Kant 1983 [1781]: B 288) und Hegels „spekulatives Denken“, das „eigentümliche Formen, deren allgemeine der Begriff ist.“ hervorbringt (1970 [1817]: 52), haben diesen Formbegriff bereits unbewusst abgebildet und derart vorbereitet (s. D). Andere Termini waren für Kant und Hegel allerdings in dieser Hinsicht mindestens ebenso wichtig: Etwa die „Verstandesbegriffe“ und die „Identität“ durch das „transzendente Subjekt“ bei Kant oder die „Dialektik“ der „Identität von Identität und Nichtidentität“ bei Hegel. Doch die transzendente Subjektivität und ihre „Verstandesbegriffe“, die die begriffliche Identität von Subjekten und Objekten konstituieren, und die „Wirklichkeit“ des „Begriffs“⁶⁵ von „Identität“ als wesentliche Vermittlung zielen auf die gleiche wesentliche (bzw. transzendente) Form (bzw. Vermittlung) ab (s. zu Kant und Hegel: A.III.4., D.I. und II.). Dieser Formbegriff wurde von Marx⁶⁶ und der

⁶³ Form sei sogar einer der wichtigsten Ausdrücke der philosophischen Sprache (Haug 1999: 588; Wiehl 1997 [1973]: 444), aber in dieser Tradition „unhistorische Trägerin und Trägerin des Wesens der Dinge“ (Haug: a. a. O.). Von marxistischer Seite wird der Begriff allerdings teilweise allein der Ästhetik zugeordnet (so von Metscher 1990: 80ff.).

⁶⁴ Wörtlich hat Marx den Begriff der *kapitalistischen Form* oder der *kapitalistischen Rechtsform* nicht gebraucht. Er entfaltet den Formbegriff nur – aber vielfach – in Bezug auf den Wert als die „Wertform“ (Marx 1982 [1890]: 62ff); Herrschaft: „Formwechsel der Knechtung“ (Marx 1982 [1890]: 743); Recht: „rechtliche Form im Vertrag“ (Marx 1962 [1891]: 377). Der entsprechende „Doppelcharakter der Arbeit“ – abstrakte und konkrete Arbeit – ist dabei für Marx zentral (vgl. die Zusammenstellung von Zitaten zum Marxschen Formbegriff bei Haug 1999: 593ff.). Daraus, wie er somit den Formbegriff gebraucht, ergeben sich erste Annäherungen an das Verhältnis von kapitalistischer Gesellschaftsform und kapitalistischer Rechtsform: Dass er nämlich Form immer nur im ‚Bezug auf‘ analysiert, könnte in der Natur bzw. der „zweiten Natur“ (Hegel) der Sache begründet sein, da die kapitalistische Form nicht isoliert zu existieren scheint. Auch in dieser Arbeit wird der Begriff der kapitalistischen Form in erster Linie in Bezug – auf das kapitalistische Recht – gesetzt. Wenn es um die kapitalistische Form von Gesellschaft geht, hat Marx zudem oft nicht unmittelbar die gesamte kapitalistische Gesellschaft mit dem Formbegriff im Blick, sondern etwa Herrschaft, Ware oder Recht. Aber zumeist geht es dabei doch um kapitalistische Spezifik in diesen und durch diese einzelnen Formen. Dass der Begriff der kapitalistischen Form somit sowohl die gesamte kapitalistische Gesellschaft als auch alle ihre Besonderheiten in ihrer Vermittlung durch Abstraktion zu begreifen sucht, also, hier interessierend, die Form der kapitalistischen Gesellschaft und die Form des kapitalistischen Rechts zueinander finden, scheint ebenfalls in der Natur der Sache begründet. Das lässt es doch wieder sinnvoll erscheinen, den Begriff der kapitalistischen Form auch isoliert von seinen Bezügen einzuführen. In der Natur der Sache begründet ist somit auch, dass mit der ersten Annäherung an den Begriff der kapitalistischen Rechtsform en passant die in der Einleitung angekündigte erste Annäherung an den Begriff des Kapitalismus besorgt ist.

⁶⁵ Der in der philosophischen Tradition, insbesondere wegen des so genannten ‚Universalienstreits‘ ähnlich wie Form und Inhalt bedeutende Term *Begriff* akzentuiert in Bezug auf den wesentlichen Formbegriff in der marxistischen Tradition den Aspekt der „objektiven Gedankenformen“ (Marx). Die Kategorien der politischen Ökonomie hat er nicht bloß als Denk-, sondern auch als „Daseinsformen, Existenzbestimmungen“ betrachtet (Marx 1983 [1939-41]: 40). Der Begriff bzw. seine Form ist danach subjektiv Gedachtes, aber zugleich objektives Reales und damit Denken Formendes. Damit handelt sich also um einen spezifischen, nämlich materialistischen ‚Begriffsrealismus‘: Der Sache inhäriert Materialität, die im Realbegriff aufgeht – wenngleich möglicherweise nicht vollständig. Kant bildet diese Realbegriffe unbewusst und idealistisch mit seinen Erkenntnisrealität konstituierenden „Verstandesbegriffen“ ab (Kant 1983 [1781]: B 306), noch weitergehender Hegel mit der „Wirklichkeit“ des „Begriffs“ (Hegel 1970 [1821]: 29; vgl. Riedel 1970: 12; s. zum Wirklichkeitsbegriff auch Anm. 5 und 53).

⁶⁶ Vgl. die Zusammenstellung von Zitaten zum Marxschen Formbegriff bei Haug; er resümiert, der Formbegriff erhalte „bei Marx eine völlig neue Bedeutung im Zuge der Historisierung des Gesellschaftlichen, die durch die gesellschaftliche Erschließung des Historischen ermöglicht worden ist.“ (Haug 1999: 588).

entsprechenden Tradition⁶⁷ nicht nur in eine Historisierung und damit auch Entidealisierung durch den Bezug auf die kapitalistische Gesellschaft umgesetzt.⁶⁸ Die Historisierung hin zum Begriff der kapitalistischen Form bedeutete jene spezifische Historisierung, die auf den übergreifenden, also überempirisch Eigenleben entfaltenden und, die Empirie erfassend, vermittelnden Charakter der Form hinausläuft. Gerade diese Elemente des Begriffs der kapitalistischen Form werden aber von Marx oft nicht direkt als Form bezeichnet, sondern können zumeist nur aus dem Zusammenhang heraus diesem Term zugeordnet werden. Vor allem ist in dieser Hinsicht, wie auch von Unger getan, der Fetischbegriff zu nennen.⁶⁹ Auf jeden Fall handelt es sich dabei aber um das gleiche

⁶⁷ Als der erste, der nach Marx einen ähnlich gefassten Formbegriff in der marxistischen Kritik bekannt gemacht hat, kann Georg Lukacs gelten: „Der Unterschied zwischen einer Gesellschaft, in der die Warenform die herrschende, alle Lebensäußerungen entscheidend beeinflussende Form ist, und einer, in der sie nur episodisch auftritt, ist vielmehr ein qualitativer Unterschied.“ (Lukacs 1968 [1923]: 258; zur Problematik seines Formbegriffs vgl. Postone 2003 [1994]: 123ff.). In diesem Zusammenhang behandelte er auch das Recht; den Begriff der kapitalistischen Rechtsform hat aber Paschukanis prominent gemacht, indem er, eng an Marx angelehnt, früh eine von diesem Begriff ausgehende umfassende materialistische Rechtsformkritik vorlegte (die vor allem in die Beiträge unter A.VIII.3. und in B und C eingegangen ist). „Ihr Programm lautet, ... daß die marxistische Theorie nicht nur den materiellen Inhalt der rechtlichen Regelung in den verschiedenen Geschichtsepochen untersuchen muß, sondern auch eine materialistische Auslegung der rechtlichen Regelung als bestimmter historischer Form geben soll.“ (Paschukanis 2003 [1924]: 51f.). Diese Arbeit nicht nur im Hinblick auf den Formbegriff stark beeinflusst haben zudem Beiträge der ‚Kritischen Theorie‘, insbesondere von Theodor W. Adorno, und von Hans Jürgen Krahl, (zum Formbegriff: Krahl 1971: 59); beide haben sich besonders intensiv der Frage nach der Möglichkeit von Emanzipation angesichts einer Totalität der kapitalistischen Form und der Erfahrung von Gegenemanzipation gestellt (z. B. Adorno 1998 [1966]: 15ff., 354ff.; Krahl 1971: 82ff.; 285ff.). Der ‚Kritischen Theorie‘ folgend, hat Hans Georg Backhaus in vielen Beiträgen, angefangen mit der „Dialektik der Wertform“ (Backhaus 1997 [1970]) die Ökonomiekritik als Wertformkritik, eng angelehnt an Marx, weiterentwickelt. Michael Heinrich hat ebenfalls in Marx-Exegese einen Form- und damit einen Wissenschafts- und Kritikbegriff entwickelt, der trotz Kritik an Backhaus’ Begriff diesem in Vielem gleicht (Heinrich 2001 [1991]: 153ff.). Wichtig für diese Arbeit ist zudem Rudolf Wolfgang Müllers Monografie „Geld und Geist“, die, eng an Kant und Marx angelehnt, insgesamt um den Begriff der kapitalistischen Form kreist, um zu einer ähnlichen Formkritik wie hier vertreten zu gelangen (Müller 1977: 30ff.). Wichtig für diese Arbeit sind des Weiteren insbesondere Postones Beiträge zum Formbegriff, in denen es zentral um die Historisierung und das kapitalistische Wesen Marxschen Kategorien, insbesondere der Arbeit geht (Postone 2003 [1994]: 106ff; 137) sowie Arbeiten von Joachim Hirsch, in denen er das Verhältnis von (vor allem staatlichem) Akteurshandeln und kapitalistischer Formbestimmtheit in der regulationstheoretischen Debatte zu klären sucht (Hirsch 1994: 161ff.; 1995: 16ff.). Eske Bockelmann hat mit dem asymmetrischen, rein relationalen Charakter dieser Form einen weiteren entscheidenden Baustein zu ihrer Historisierung geliefert (Bockelmann 2004: 184ff.). Jürgen Ritsert hat sich in mehreren Veröffentlichungen intensiv, wenngleich selten explizit, mit dem kapitalistischen Formbegriff auseinandergesetzt und dabei für diese Arbeit vor allem wertvolle Erkenntnisse zum Verhältnis von Form und Inhalt beigetragen (Ritsert 1997: 147ff.). Zu erwähnen ist noch Helmut Brentels Werk zum Marxschen Formbegriff, das allerdings nur am Rand in diese Arbeit eingegangen ist (Brentel 1989). Unterschiede zwischen diesen den Hintergrund dieser Arbeit bildenden Marx-Interpretationen sollen keinesfalls bestritten werden, können an dieser Stelle aber nicht herausgearbeitet werden, sondern nur im Folgenden in Bezug auf die in dieser Arbeit untersuchten Beiträge.

⁶⁸ Die Rede von kapitalistischer Form soll dabei nicht heißen, dass der Formbegriff bei Marx für kapitalistische Geschichte reserviert ist oder dass er es sein sollte (z. B. „feudale oder absolutistische Form“ (Marx 1974 [1905-10]: 145).

⁶⁹ Hier wäre zuerst der Fetischcharakter der kapitalistischen Form zu nennen, den Marx besonders im Hinblick auf die Ware erläutert und auf den Unger anspielt: „Um daher eine Analogie zu finden, müssen wir in die Nebelregion der religiösen Welt flüchten. Hier scheinen die Produkte des menschlichen Kopfes mit eignem Leben begabte, untereinander und mit den Menschen in Verhältnis stehende selbständige Gestalten. So in der Warenwelt die Produkte der menschlichen Hand. Dies nenne ich den Fetischismus“ (Marx 1982 [1890]: 87). Dass es dabei nicht nur um ein ‚Mehr‘, sondern um ein ‚Anderes‘ als die Summe der Teile geht, wird besonders deutlich, wenn Marx das „allgemeine Äquivalent“ charakterisiert: „[E]s ist, als ob neben und außer Löwen, Tigern, Hasen und allen andern wirklichen Thieren... auch noch das Thier existierte, die individuelle Incarnation des ganzen Thierreichs.“ (Marx 1983 [1867]: 37). Er begreift entsprechend das Kapital als Eigenleben entfaltendes „automatisches Subjekt“ (Marx 1982 [1890]: 169) oder „reelle Mystifikation“ (Marx 1981 [1859]: 35). Die genauere Bedeutung dieser Begriffe bei Marx wäre allerdings zu

Begriffsfeld, darauf hat vielfach die entsprechende materialistische Tradition explizit oder implizit aufmerksam gemacht.⁷⁰ Dieser Begriff der kapitalistischen Form als historisch und real wesentliche Bestimmtheit des Rechts, als kapitalistisches Wesen des Rechts⁷¹ widerspricht offensichtlich einem positivistisch handlungstheoretischen Blick auf das Recht: Es wird die wesentliche, also empirisch-überempirische, statt die nur empirische und in dieser Perspektive unwesentliche Dimension des Rechts und seiner Elemente erfasst.⁷² Damit geht es nicht nur um die empirische Subsumtion unter Gesetze, um juristische Abstraktion, Allgemeinheit und Gleichheit und universale Rechtsbegriffe, sondern um die historisch und real wesentliche Vermittlung⁷³ durch historisch und real wesentliche, ebensolche Identität konstituierende Abstraktion und Allgemeinheit in rechtlichen Begriffen, die in

diskutieren, was hier nicht geleistet werden kann. Das „Übergreifende“ (Marx 1983 [1939-41]: 34) oder gar die „Totalität“ eines „Gesamtprozeß“ der kapitalistischen Gesellschaft (Marx 1983 [1893]: 106) versteht er als auf das Kapital bezogen. In diesem seinem Spätwerk gilt generell, dass er den Formbegriff zumeist mit Arbeit, Ware und Kapital in Verbindung bringt. Das Problem, dass dieser Bezug bei Unger höchstens implizit hergestellt wird, ist noch zu erörtern (s. B.II.2.). Dabei geht es vor allem um das bereits angesprochene Verhältnis zwischen der kapitalistischen Gesellschaftsform und der Form des kapitalistischen Rechts.

⁷⁰ Unterschiede in den Interpretationen an dieser Stelle weitgehend ignorierend, sollen die Basiswerke meiner Arbeit genannt werden: Schon Paschukanis sprach von „Rechtsfetischismus“ (Paschukanis 2003 [1924]: 117) und näherte sich damit diesen Elementen der kapitalistischen Rechtsform. Die ‚Kritische Theorie‘, insbesondere Adorno, hat ebenfalls die Elemente dieses Formbegriffs reflektiert, insbesondere den übergreifenden Charakter und das Eigenleben, etwa in den Begriffen „Totalität“ und „Verselbständigung“ (Adorno 1998 [1966a]: 12). Von Max Horkheimer stammt die bereits aufgegriffene Formulierung, dass „das Ganze“ der Gesellschaft „nicht bloß mehr, sondern überhaupt etwas Anderes ist als die Summe seiner Teile.“ (Horkheimer 1988 [1934]: 204). Müller stellte den Prozesscharakter sowie die fettschafte Verselbständigung ins Zentrum des Begriffs der kapitalistischen Form (Müller 1977: 14, 27, 30ff.). Aus der Marxschen Entfaltung der Kapitalform mittels Hegelscher „Wesenslogik“ ergibt sich laut Krahl übereinstimmend mit diesem Formbegriff: „Das Kapital ist die daseiende Phänomenologie des Geistes, es ist die reale Metaphysik.“ (Krahl 1971: 375). Postone weist nachdrücklich auf den übergreifenden Charakter der kapitalistischen Form im Hinblick auf die Formbestimmtheit der Inhalte hin: „In der Marxschen Analyse jedoch sind die Formen der Mystifizierung (der ‚Fetisch‘) mit ihrem ‚Inhalt‘ hochgradig verkoppelt – sie werden als notwendige Erscheinungsformen eines ‚Wesens‘ behandelt, das sie sowohl ausdrücken als auch verschleiern.“ (Postone 2003 [1994]: 108). Hirsch schreibt: „Soziale Formen sind die verdinglichten und fettschisierten, nur durch theoretische Kritik zu entschlüsselnden Gestalten, die das wechselseitige Verhältnis der gesellschaftlichen Individuen in einer gegenüber ihrem bewußten Willen und Handeln verselbständigten Weise annimmt und die ihre unmittelbaren Wahrnehmungen und Verhaltensorientierungen prägen: Ware, Geld, Kapital, Recht, Staat.“ (Hirsch 1994: 161), um aber nicht nur diese Ebene der Verdinglichung zu analysieren: „‚Soziale Form‘ bezeichnet... den Vermittlungszusammenhang zwischen gesellschaftlicher Struktur (Vergesellschaftungsmodus), Institution und Handeln“ (Hirsch 1994: 174).

⁷¹ „Wenn wir vom Wesen sprechen, so unterscheiden wir davon das Sein als das Unmittelbare und betrachten dieses im Hinblick auf das Wesen als einen bloßen Schein... Wir haben daher ein Gedoppeltes: einmal ein Unmittelbares, ein Seiendes, und dann zweitens dasselbe als ein Vermitteltes oder Gesetztes.“ (Hegel 1970 [1817]: 232). Entsprechend schreibt Krahl, dass „die Warenform“ als „Grundbegriff der Marxschen Kritik der politischen Ökonomie unerklärbar ohne Hegels Dialektik von Wesen und Erscheinung“ sei (1971: 373). Doch somit konnte erst mit Marx’ Wesensbegriff die kapitalistische Historizität und Realität des Wesens erfasst werden, insbesondere wenn er vom „Kapital“ als „Wesen“ spricht (Marx 1983 [1894]: 835; vgl. Anm. 29). Für Adorno handelt es sich so um ein „Wesen im Sinn einzelner Gesetzmäßigkeiten, die sich geltend machen und die für die Gesamtgesellschaft und für das Schicksal der Individuen in ihr relevant sind.“ (Adorno 2001 [1964-65]: 47).

⁷² Adorno schreibt von einer „inneren Vermittlung“. Sie bestehe, wie in dieser Arbeit in Kritik an Kennedy bereits herausgearbeitet (s. Anm. 33 und 51) „darin, daß die beiden einander entgegengesetzten Momente nicht etwa wechselseitig aufeinander verwiesen sind, sondern daß die Analyse eines jeden in sich selbst auf ein ihr Entgegengesetztes als ein Sinnesimplikat verweist... gegenüber einem bloß äußerlich, dualistisch oder disjunktiv, unterscheidenden Denken.“ (Adorno 1974: 141f). Ritsert hebt dabei, Adorno interpretierend, den Dualismus „von Form und Inhalt“ hervor (Ritsert 1997: 156).

⁷³ Dieser Vermittlungsbegriff akzentuiert also die Verbindung, das Gemeinsame, Kapitalistische, in den zu vermittelnden Extremen: „die Vermittlung ereignet sich durch die Extreme hindurch in ihnen selber.“ (Adorno 1974: 141, s. auch Anm. 51).

dieser Vermittlung ebenfalls einen historisch und real wesentlichen Status erhalten. Wie gezeigt, verlieren die Inhalte in dem wesentlichen Vermittlungsprozess eine positivistisch handlungstheoretische Unberührtheit. Umgekehrt werden in der handlungstheoretischen Ideologiekritik die Inhalte nicht wirklich so betrachtet, dass sie durch das Abstrakte des Rechts vermittelt würden. Es handelt sich im Begriffsverständnis dieser Rechtskritik von Form und Inhalt weniger um eine Vermittlung, sondern um eine äußerliche, empirische Subsumtion. Lässt man dieses Begriffsverständnis hinter sich, ist auch ein Abschied von den entsprechenden Interessen- und Ideologiebegriffen⁷⁴ nötig, wie sie in Auseinandersetzung mit Kennedy und dem handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus entwickelt worden sind. Diese Überwindung von handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts mündet also offensichtlich in eine völlig andere Rechtskritik, eine materialistische *Rechtsformkritik*.⁷⁵ Mit dem entsprechenden wesentlichen, zum Monismus tendierenden formbestimmten Formbegriff zeigt sich wiederum, dass eine Rechtskritik nicht nur deshalb eine Gesellschaftskritik sein muss, weil sie die historische, also spezifisch gesellschaftliche Bestimmtheit des Rechts zu erfassen sucht, sondern weil sie in diesem Suchen darauf stößt, dass das Recht durch seine Bestimmtheit in der kapitalistischen Form übergreifend die Gesellschaft erfasst.

Wie sich schon gezeigt hat, ist Form als *Term* bei all dem nicht entscheidend:⁷⁶ Eine Reihe weitere Termini finden in der materialistischen Tradition Verwendung, die höchstens

⁷⁴ Es geht dann also um einen auf Formbestimmtheit abhebenden *Interessenbegriff*, der in letzter Konsequenz die Interessen als Erscheinungen der Form statuiert (s. dazu vor allem B.V.1. und C.II.1.). Auch die liberale Rechtsideologie von rechtlicher Freiheit und Gleichheit muss statt mit dem handlungstheoretischen *Ideologiebegriff*, ebenfalls im Sinn eines späten Marx und entsprechender materialistischer Tradition, als formbestimmt, also als „notwendig“ und „real“ statt als interessengeleitete bloße Vorstellung angesehen werden. Das soll heißen, dass die liberale Rechtsideologie nicht nur eine gesellschaftliche, formbestimmte Realität bezeichnet, sondern Teil dieser Realität ist, deren Form noch dazu ein Eigenleben entfaltet: „Ideologie überlagert nicht das gesellschaftliche Sein als ablösbare Schicht, sondern wohnt ihm inne. Sie gründet in der Abstraktion, die zum Tauschvorgang wesentlich rechnet.“ (Adorno 1998 [1966]: 347; in anderer Weise als Adorno, aber auch zur Realität der Ideologie: Hauck 1992: 18ff.). In Bezug auf Waren hat Marx dafür insbesondere den Begriff des „Fetisch“ und Paschukanis bezogen auf Recht den des „Rechtsfetischismus“ eingeführt (s. Anm. 69). Ob Unger in der Weise den Fetischbegriff gebraucht, bleibt zu prüfen.

⁷⁵ Dieser Begriff ist also in dieser Arbeit reserviert für eine Kritik der Form im Sinn der Kritik eines historisch realen, empirisch-überempirischen Wesens. Als Term eines Begriffs dieser Methode kommen zudem *dialektische* oder *spekulative Kritik* in Frage (s. Anm. 33), die die „innere Vermittlung“ des kapitalistischen Rechts kritisieren (Adorno 1974: 141; s. auch Anm. 72f.). Allerdings bringt dieser Term nicht die Dominanz der Form zum Ausdruck und ist mit verschiedenen Traditionen belastet. Letzteres gilt weniger für den Term ‚*Darstellung*‘. Erstmals deutliche Konturen gewann dieser Terminus zur Bezeichnung eines Methodenbegriffs, als Marx in einem Brief sein „Kapital“ als „Kritik der ökonomischen Kategorien oder, if you like, das System der bürgerlichen Ökonomie kritisch dargestellt.“ ankündigte (Marx 1967 [1902]: 550). Dieser Methodenbegriff mit der Bezeichnung „*Darstellung*“ ist erstmals wieder von Horkheimer und dann von Alfred Schmidt stark gemacht worden (vgl. Backhaus 2001: 22f.). Backhaus fasst zusammen, dass es um die „Begründung eines ganz neuen Theorietyps“ gehe, „der neben logischer Analyse jetzt ‚*Darstellung*‘ als einen Erkenntnisgrund sui generis, als dritte Erkenntnisquelle begreift.“ (Backhaus 2001: 23ff.). In dem zitierten Brief von Marx ist des Weiteren über das „Kapital“ zu lesen, dass es die „*Darstellung* des kapitalistischen Systems und durch die *Darstellung* Kritik desselben.“ werden solle (Marx 1967 [1902]: 550). Dieser kritische Charakter der eigentümlichen Methode ist auch mit dem Term ‚*Formkritik*‘ bezeichnet.

⁷⁶ Auch Marx ist beispielsweise sogar allein in seinem Spätwerk nicht einheitlich in seiner vielfachen Verwendung des Terms „Form“ (vgl. Haug 1999: 593ff.). Abgesehen davon, dass auch bei ihm, wie gezeigt, beide oben entfalteten Formbegriffe auftauchen, geht die Verwendung im Zusammenhang mit der naturstofflichen Seite von Arbeit in eine andere Richtung: „Produzierendes Handeln kann daher nur verfahren wie die Natur selbst, d. h. nur die Formen der Stoffe verändern.“ (Marx 1982 [1890]: 57). Widersprüchlich ist auch die Verwendung von „Form“ als bloße Erscheinung: „[Wert] stellt... sich hier plötzlich dar als eine prozessierende, sich selbst bewegende Substanz, für welche Ware und Geld bloße Formen.“ (Marx 1982 [1890]: 168f.). Es bleibt aber dabei, dass er den Formbegriff überwiegend in Bezug auf das Wesen der kapitalistischen Gesellschaft gebraucht, somit auch gerade hinsichtlich des Kapitals als

Akzentverschiebungen auf begrifflicher Ebene bezeichnen. In dieser Arbeit werden die Termini Form und Rechtsform sowie Inhalt und Rechtsinhalt oder rechtlicher Inhalt in erster Linie deshalb verwendet, weil sie in der marxistisch und materialistisch rechtskritischen Tradition am gebräuchlichsten sind (Rottleuthner 1982: 124f.; Marcic 1969: 90f.).⁷⁷ Erwägungen über darüber hinaus in Frage kommende Termini sind zwar nötig, um der Vielzahl der in der Literatur verwendeten Herr zu werden, sie müssen aber meines Erachtens hier nicht über eine Fußnote⁷⁸ hinaus vertieft werden, weil es entscheidend ist, wie die Begriffe entfaltet, nicht wie sie bezeichnet werden. Soweit die durch einige dieser Termini bezeichneten begrifflichen Akzentverschiebungen für diese Arbeit bedeutsam sind, werden jedoch auch die entsprechenden Termini an Bedeutung gewinnen.

solches Wesen, etwa wenn er über über die Erscheinungen des kapitalistischen Lohns und der kapitalbestimmten Loharbeit schreibt: „Es wäre nutzlos, in der Erscheinungsform das zu wiederholen, was in der wesentlichen Form bereits entwickelt.“ (Marx 1982 [1890]: 565).

⁷⁷ Das ist vor allem Paschukanis und seinen zahlreichen Rezipienten, vor allem in den 20er, 30er und 70er Jahren des 20. Jahrhunderts (vgl. Harms 2000: 71ff., 93ff.), zu verdanken.

⁷⁸ Viele der Termini, die das gleiche Begriffsfeld abstecken, sind von mir schon verwendet worden: Der Term *Wesen* ist Ausgangspunkt meiner Suche nach der Bestimmtheit des Rechts gewesen; sein Begriff fällt in der Bedeutung als kapitalistisches Wesen hier folglich mit dem der kapitalistischen Form zusammen, der die empirisch-überempirische Realität der Vermittlung der Inhalte durch Abstraktion erfasst. Die Inhalte sind auf der Grundlage eines solchen Wesen-Begriffs der Form als bloße oder differente *Erscheinung* des Wesens zu verstehen (zum Wesens- in Bezug auf den Formbegriff s. Postone 2003 [1994]: 108, s. auch Anm. 71). Der Begriff der kapitalistischen Rechtsform, der den handlungstheoretischen und ahistorischen Dualismus von Form und Inhalt statuiert, korrespondiert mit den Begriffen rechtlicher *Formalität*, *Abstraktheit* und *Allgemeinheit*, die auch immer wieder in der materialistischen Rechtskritik, im Gegensatz zu *Materielem*, *Konkretem* und *Besonderem*, auftauchen. Im Anschluss an Hegel-Marxsche Dialektik können aber Allgemeinheit und Abstraktheit auch als real und vermittelnd verstanden werden (zur dementsprechenden „Realabstraktion“ der „Wertform“ bei Marx: Ritsert 1998: 336ff.); diesem Verständnis begegnet man aber selten in den Beiträgen materialistischer Rechtskritik. Der Begriff der *Struktur*, der erst im 19. Jahrhundert, vor allem durch Marx, größere gesellschaftstheoretische Bedeutung erlangt hat, ist heute in materialistischer Hinsicht mit dem marxistischen Strukturalismus verbunden, der die Form-Inhalt-Problematik zu einem positivistischen Determinismus aufzulösen droht (Bora 1990: 461ff.); in diesem Bild ergibt sich also die Rechtsstruktur aus den Einzelhandlungen im Zusammenhang mit Recht. Zu nennen ist auch der Begriff des *Verhältnisses*, den Marx und Paschukanis vielfach verwenden, der meiner Ansicht nach aber ebenfalls weniger die empirisch-überempirische, Eigenleben entfaltende Dimension erfasst, stattdessen mehr die empirischen Handlungen. Der Begriff des *Begriffs* oder der *Kategorie* und der *Sache* oder der *Realität* akzentuiert in Bezug auf den wesentlichen Formbegriff jenen spezifischen Begriffsrealismus, der in Anm. 65 erläutert worden ist. Der positivistische Formbegriff korrespondiert dann mit Begriffsnominalismus, wenn z. B. Recht in Ideologien und entsprechende Auslegungshandlungen aufgelöst wird. Kennedy und Unger tendieren aber, wie gezeigt, zu dem eingeschränkten, positivistischen Begriffsrealismus der „universalia in rem“, indem sie an der Existenz der Entität Recht festhalten. Diese Begriffe tauchen in Beiträgen materialistischer Rechtskritik – als Rechtsbegriff und Rechtssache – allerdings selten auf. Krahl hat in diesem Zusammenhang neben vielen der genannten Termini den Term *Konstitution* stark gemacht (Krahl 1971: 59ff.), der allerdings zum einen in Beiträgen materialistischer Rechtskritik nicht auftaucht und meines Erachtens allein das Wesentliche der Form, nicht das erscheinende Formale erfasst. Kennedy und Unger bringen die Terme *Subjekt* und *Objekt* ein und Unger parallelisiert deren Gegensatz meines Erachtens zurecht mit dem Gegensatz von Form und Inhalt. Subjektivität soll in erster Linie für indeterminierte Momente stehen, aber wird, vor allem als Rechtssubjektivität, auch als Formbestimmtheit Bedeutung erlangen. Schließlich wäre kapitalistische *Dialektik* ein möglicher Terminus, um den skizzierten Formprozess terminologisch einzufangen, als Rechtsdialektik ist er aber ungebräuchlich und trifft zudem nicht den Aspekt der erscheinenden Formalität. *Einheit* und *Verschiedenheit* oder *Differenz*, *Identität* oder *Identisches* und *Nichtidentität* oder *Nichtidentisches* spielen ebenfalls in der materialistischen Rechtskritik eine geringe Rolle. Vor allem das letztgenannte Begriffspaar verweist aber in dieser Arbeit insbesondere auf Adornos Kritik an Hegel, der auf diese Weise wie wohl kein anderer auf hier unter der Überschrift Form angesprochene Probleme reflektiert hat. Dementsprechend werden sie im Folgenden zentrale Problembegriffe sein und weiter ergründet werden.

Die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts, die kapitalistische Rechtsform, ist nunmehr also samt ihrer spezifischen Kritik, der Rechtsformkritik, begrifflich und im Kontext der materialistischen Tradition entwickelt. Bei Marx und in der marxistischen Tradition wird allerdings auch abseits eines handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ mit dem Begriff der Form zum Teil das erscheinende Abstrakte, Formale, Allgemeine, im Gegensatz zu den Inhalten, dem Konkreten, Materialen, Besonderen, ins Zentrum gerückt und so ein Dualismus von Form und Inhalt akzentuiert.⁷⁹ Auch dieser positivistische Blick auf den Formbegriff wird in dieser Arbeit nicht ausgeblendet werden. Vielmehr gelangt man damit zurück zu den durch Kennedy aufgeworfenen Fragen nach der Bedeutung von seinen „Widersprüchen“ und seiner „Utopie“. Diese Fragen haben sich jetzt als das Problem herauskristallisiert, dass sowohl der auf eine historische Wesentlichkeit als auch der auf erscheinende Formalität abstellende Formbegriff eine Realität des kapitalistischen Rechts einzufangen, sich aber in letzter Konsequenz auszuschließen scheinen, dass eine formbestimmte Identität der Inhalte eine Nichtidentität der Inhalte und damit von Form und Inhalt auszulöschen scheint. Warum sich die durch Kennedy aufgeworfenen Fragen als dieses *Form-Inhalt-Problem* herauskristallisiert haben, wird im Folgenden nochmals nachvollzogen. Dabei wird sich zugleich ein erster Teil der Notwendigkeit der Lösung dieses Problems für die Beantwortung meiner Ausgangsfragen zur Negation des Rechts zeigen.

3. Das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik als Problem von Affirmation und Gegenemanzipation bei Kennedy und Unger

Liest man Kennedy vor dem Hintergrund von Ungers Text rechtsformkritisch, so muss zunächst die Kritik an Kennedys Beitrag vertieft werden: Die „Form“ der „Grundsatzorientierung“ und „Regelorientierung“ als auch das „Substanzielle“, „Individualismus“ und „altruistischer Kollektivismus“ (Kennedy), stellen sich als gemeinsam der kapitalistischen Rechtsform unterworfen dar.⁸⁰ Doch indem es Kennedy um die unterschiedlichen Interessen und entsprechenden Ideologien, um „altruistischen Kollektivismus“ und „Individualismus“ zu tun ist, die sich in der Rechtsanwendung niederschlagen, ignoriert er diese wesentliche historische Bestimmtheit in der Form, zielt er auf die bloße Verschiedenheit und damit auf ihrer kapitalistischen (Rechts-)Form entkleidete Rechtsinhalte. Die Ideologien, zwischen denen Kennedy den „Widerspruch“ verortet, bestimmen in Wirklichkeit tatsächlich die Rechtsinhalte, die aber mitsamt der Ideologien – ohne dass Kennedy dies reflektieren würde – durch die kapitalistische Rechtsform wesentlich bestimmt sind. In anderen Worten: Kennedys „Grundsatzorientierung“ des „altruistischen Kollektivismus“ – bei Unger: „universaler Moralismus“ – unterliegt genauso der liberalen bzw. kapitalistischen Vermittlung wie Kennedys „Regelorientierung“ des „Individualismus“ – bei Unger: „formale Gleichheit“. Kennedy sieht hier also Erscheinungen im „Widerspruch“, wo in Wirklichkeit ein bloßer Gegensatz, Scheinwiderspruch waltet: Es handelt sich um Erscheinungen des gleichen kapitalistischen Wesens, der kapitalistischen Rechtsform.⁸¹ Das Recht muss bei Kennedy derart von außen bestimmt sein, wohingegen sich bei Unger andeutet, dass es gerade als das von Kennedy abgelehnte „autonome“, nämlich „Eigenleben“ entfaltende Recht bestimmt ist. Kennedy endet so mit seiner Ausgangsthese, der Rechtspositivismus sei mit der

⁷⁹ So darf Kennedys handlungstheoretische Ideologiekritik, die am Rand dieses Marxismus anzusiedeln ist (s. A.II.4.), als erstes Beispiel angeführt werden. Wie gezeigt setzt sie die „Form“ der Regelorientierung, also der „Formalität“, in einen „Widerspruch“ zum „Inhaltlichen“ des material orientierten „altruistischen Kollektivismus“ (allerdings auch in einen Widerspruch zur „Form“ der „Grundsatzorientierung“). Ebenso gilt das für den skizzierten handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ insgesamt, der vor allem konkrete Arbeit und abstraktes Recht im Widerspruch sieht.

⁸⁰ Hier handelt es sich um ‚Darstellung‘ im Sinn des erläuterten Methodenbegriff (s. Anm. 75).

⁸¹ Mit dem Bezug zur wesentlichen Bestimmtheit in der Rechtsform fehlt der Bezug der Widerspruchspole zueinander, die „innere Vermittlung“ (Adorno), aber damit letztlich zugleich die Negativität, also die zweite (oder dritte) Negation des Widerspruchs (s. Anm. 33).

These von der Neutralität der Rechtsauslegung auf einem Irrweg, selbst bei der Neutralität, der ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts.

Doch dass auch bei Unger die Inhalte nicht in der Form aufgehen, nicht formbestimmt identisch mit der Form werden, zeigt sich zunächst dadurch, dass er statt eines „Widerspruchs“ zwischen verschiedenen Auslegungsarten wie bei Kennedy sogar eine „Antinomie“ zwischen Besonderem und Allgemeinem, Form und Inhalt des Rechts verortet. Zwar verlangen die Gegensätze laut Unger trotz des antinomischen Charakters nach der rechtlichen Vermittlung, aber die „Antinomie“ wird nicht aufgelöst. Letztlich heben im Hinblick auf den „Widerspruch“ bzw. die „Antinomie“ beide, also auch Unger, auf den zweiten von mir skizzierten, positivistischen Formbegriff ab, gemäß dem die Form die empirisch formale Seite des Rechts darstellt, die der rechtlich unvermittelten inhaltlichen Seite dualistisch gegenübersteht. Dieses kann dann jenem nur äußerlich subsumiert betrachtet werden statt in seiner historisch wesentlichen Vermittlung.⁸² Dass Kennedys und dieser Teil Ungers Rechtskritik mit ihren „Widersprüchen“, „Antinomien“ und „Utopien“ einen Schritt voraus sein mögen, wenn sie sich darauf konzentrieren, was an Außerrechtlichem mit welchem Niederschlag im Recht vermittelt wird, ist aber mit Unger gegen Unger nicht einsehbar. Die in der Auseinandersetzung mit Unger herausgearbeitete Rechtsformkritik erhellt vielmehr mit dem ersten Schritt, der auf die Erkenntnis zusteuert, dass das außerrechtlich Gesellschaftliche empirisch-überempirisch rechtlich vermittelt wird, Kennedys affirmative, weil formunkritische Seite: Er zielt mit der Grundsatzorientierung auf eine „Utopie“, die im kapitalistischen Wesen des Rechts aufzugehen scheint.

Noch weitergehend kann sich die handlungstheoretische Ideologiekritik und ihr Dualismus von Form und Inhalt, wie angesprochen, sogar als gegenemanzipatorisch entpuppen. Zu nennen ist in Anbetracht der entfalteten Formkritik nicht nur Kennedys utopische Metaphysik der materialen Auslegung bzw. jene des auf die konkrete Arbeit bezogenen Rechts beim handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus. Auch eindeutig *gegenemanzipatorische Ideologien* (s. zum Begriff Gegenemanzipation: Einleitung) wie Nationalismus, völkische Ideologie oder Rassismus, die die Identifizierung mit dem vermeintlich bloß Konkreten durch Nation, Volk und Rasse leisten, sowie vor allem Antisemitismus samt seiner verwandten Ideologien wie Antiamerikanismus⁸³ sind in diesem Zusammenhang zu nennen. Der Antisemit identifiziert sich ebenfalls mit dem vermeintlich unvermittelt Konkreten, vor allem der eigenen Arbeit, Nation und dem eigenen Volk, um auf das Abstrakte wie internationale Organisationen, Medien, Geld und Finanzkapital das ‚jüdische Wesen‘ als Übel pathisch zu projizieren.⁸⁴ In der extremsten, weil mörderischsten, praktisch gewordenen

⁸² Einerseits ist also mit der Erkenntnis der wesentlichen Bestimmtheit in der Rechtsform überhaupt erst die Voraussetzung für die Erkenntnis von Widersprüchen als immanente Negativität gegeben (s. Anm. 33). Doch andererseits zeigt sich, dass die Erkenntnis des Wesens sogleich zur Erkenntnis der Unwesentlichkeit der Widersprüche, der mangelnden Negativität oder zur Rückkehr zum Positivismus führen kann: „Hegels bestimmte Negation wird affirmative Negation.“ (Krahl 1971: 88).

⁸³ Zum Zusammenhang zwischen *Antisemitismus und Antiamerikanismus* hinsichtlich der im Folgenden entfalteten Struktur der Ideologie, bezüglich eines Anprangerns personeller und organisatorischer Verbindungen zwischen US-Amerikanern und den USA einerseits und Juden und Israel andererseits sowie in der historischen Entwicklung s. den zuspitzenden, aber erhellenden Aufsatz von Gerhard Scheit (Scheit 2003).

⁸⁴ Prägnant fasst Postone diese (nicht handlungstheoretisch verstanden) gegenemanzipatorische Ideologie im Hinblick auf *Antisemitismus* zusammen (Postone 1988 [1982]; s. auch A.VIII.3. und C.III.3.). Eine genauere Erörterung seiner Ideologiekritik kann hier nicht erfolgen (s. zur Kritik der Rolle des Staats und der Klassenherrschaft bei Postone: Enderwitz 1993; zur Kritik der These vom antikapitalistischen Charakter des Antisemitismus bei Postone: Hanloser 2003: 73ff.). Hervorzuheben ist aber, dass Adorno und Horkheimer in ihren „Elementen des Antisemitismus“ mit der „falschen“, „pathischen Projektion“ auf die ‚Eigenleistung‘ des Antisemiten zumindest verwiesen haben (Adorno et al. 1998 [1944]: 211ff.), die in einer (nicht handlungstheoretisch) ideologiekritischen Analyse des Antisemitismus unterzugehen droht (vgl. Hanloser 2003: 70). Hier verweist diese ‚Eigenleistung‘ aber auch in diesem Zusammenhang auf die Frage nach einer Indeterminiertheit der kapitalistischen (Rechts-)Subjekte.

Version des Antisemitismus, dem Nationalsozialismus⁸⁵, garantierte entsprechend ‚gesundes Volksempfinden‘, vermeintlich ohne formale Zutat, den Schutz des Inhaltlichen, des vermeintlich konkreten Deutschen.⁸⁶ In einem sich auch im Rechtlichen realisierenden Wahn wurde es vor dem Abstrakten geschützt, dem so genannten „abstrakten jüdischen Recht“ (Carl Schmitt) und entsprechender abstrakter Freiheit und Gleichheit, anders formuliert also: vor dem abstrakt Liberalen des Rechts. Oberflächlicher Angriffspunkt waren die Verdinglichungen des Rechts in allgemeinen Rechtsbegriffen aus allgemeinen Gesetzen (s. dazu A.VIII.3.).⁸⁷

Allerdings zeigt sich auf diese Weise auch schlicht, dass Kennedys „Utopie“ des „altruistischen Kollektivismus“, der auf Entformalisierung basiert, über rechtliche Formalität und über das abstrakt Liberale des kapitalistischen Rechts hinauszielt und somit auch dessen Form, begriffen als kapitalistisches Wesen, negieren könnte. Zu dieser Form gehört, so ist in der Auseinandersetzung mit Unger herausgearbeitet worden, die Vermittlung durch Abstraktion auf einer überempirischen, aber auch auf einer empirischen Ebene als Subsumtion durch juristische Allgemeinheit und Gleichheit. Da nach dem bisher Entwickelten das kapitalistische Recht in dieser kapitalistischen Form bestimmt ist, läuft das darauf hinaus, Kennedy und in Ansätzen Unger zu unterstellen, sie würden nicht affirmativ am Recht hängen, sondern auf eine Negation des Rechts zielen, aber in gegenemanzipatorischer Weise. Damit ist man bei den durch Kennedy aufgeworfenen Fragen und meinen Ausgangsfragen, aber nolens volens zugleich bei größerer Komplexität des Form-Inhalt-Problems und damit auch der Fragen: Kennedys „Widerspruch“ zwischen den Auslegungen hat sich als genauso wenig negatorisch, also genauso wenig als Widerspruch im strengen Sinn

⁸⁵ Der Term *Nationalsozialismus* unterschlägt die faschistische Seite des damaligen Deutschen Reichs, so dass auch Nazifaschismus als Bezeichnung Sinn macht, aber er betont treffend den ideologisch verkehrt antikapitalistischen oder reformerischen Charakter (vgl. zum „Antikapitalismus“: Postone 1988 [1982]: 250ff.; zur „reformerischen Absicht“: Hanloser 2003: 74f.).

⁸⁶ Treffend führt Detlef Claussen zu diesem Extrem aus: „Auschwitz signalisiert etwas Einmaliges: Die Vernichtung der europäischen Juden. Zwei komplementäre Arten, Auschwitz nicht wahrzunehmen, lassen sich beobachten: die Betonung historischer Einmaligkeit und Unbegreifbarkeit auf der einen Seite, die Parallelisierung mit möglichen anderen Zerstörungsexzessen auf der anderen Seite. In beiden Momenten ist Wahrheit enthalten – es handelt sich bei der Massenvernichtung der europäischen Juden in der Tat um ein historisch unwiederholbares Geschehen, das alle rationalistischen Vorstellungen von Zweck und Mittel sprengt. Gleichwohl gab es erkennbar besondere gesellschaftliche Bedingungen, die Auschwitz ermöglichten – und diese Bedingungen existieren über Auschwitz hinaus.“ (Claussen 1994 [1987]: 35). Adorno hat in verstreuten Bemerkungen diese Spezifik des deutschen Antisemitismus betont (vgl. Rensmann 2001: 127ff.).

⁸⁷ Ein bekannter Vertreter dieser Sichtweise hinsichtlich des Rechts ist Carl Schmitt: „Alle Länder und Völker suchen zu ihrem eigenen Boden, zu ihrem eigenen Blut und zu den natürlichen Ordnungen, die aus Blut und Boden entsteht, zurückzukehren und sich von dem artifiziellen Überbau der ‚idees generales‘ zu befreien.“ (aus „Nationalsozialistisches Rechtsdenken“, in: Deutsches Recht 1934, Nr. 4, S. 229 / zitiert nach Gross 2000: 75). Als Grund dafür, dass die Juden für die „normativistische Methode“ der „idee generales“ statt einer der „konkreten Ordnung“ und der „konkreten Situation“ (a. a. O. 225 / 75) verantwortlich seien, gibt er an: „wegen der Eigenart des jüdischen Volkes, das seit Jahrtausenden nicht als Staat und auf einem Boden, sondern nur im Gesetz und in der Norm lebt, also im wahrhaftesten Sinne des Wortes ‚existentiell normativistisch‘ ist.“ (a. a. O.). Hier wird auch endgültig deutlich, dass Schmitts Staatslehre nicht auf bloßen staatlichen Dezisionismus zielte, sondern auf eine Staatlichkeit mit volksgemeinschaftlich antisemitischer ‚Blut- und Boden-Haftung‘: auf einen Volksstaat (vgl. Enderwitz 1998 [1991]: 123ff.). Von der Kritik Schmitts zur Kritik des nationalsozialistischen Rechtsverständnisses insgesamt übergehend, führt Raphael Gross weiter aus: „Das jüdische Gesetz war ein abstraktes Gesetz, das von den Nationalsozialisten durch ein konkretes ‚Rassengesetz‘ ersetzt werden sollte“ (Gross 2000: 179). Bei Schmitts Abhandlungen habe es sich zudem nur um eine akademische Adelung von gegenemanzipatorischer Ideologie gehandelt, die spätestens seit der Weimarer Republik im Deutschen Reich weit verbreitet gewesen sei (Gross 2000: 76f.). In Bezug auf den „modernen Antisemitismus“ generell, aber nicht das Extrem des Nationalsozialismus verkennend, stellt Detlef Claussen fest, er denunziere „die allgemeine Gültigkeit der Menschenrechte. Er geißelt die Gesellschaftsform des Partikularismus, die doch gerade das Allgemeine entfaltet. In dieser Agitation sind die Juden unersetzlich; sie verkörpern das Allgemeine als Partikulares... Er pocht auf das Gefühl, daß die Herrschaft der Gesetze nur die Verschleierungsform für Herren ist, die nicht in Erscheinung treten wollen; er nennt sie Juden.“ (Claussen 1994 [1987]: 60f.).

herausgestellt, wie die „Antinomie“ zwischen „Form“ und „Inhalt“ in Ungers Theorie. Dieses Ergebnis gilt aber nur, wenn man die rechtlichen Inhalte bzw. die materialen Rechtsauslegungen als bloße Erscheinungen ein- und desselben kapitalistischen, übergreifenden Wesens des Rechts, der kapitalistischen Rechtsform, interpretiert, wenn man sie als formbestimmt identisch und somit wesentlich identisch mit der Form ansieht. Diese Interpretation stört sich nicht nur an Kennedys negatorisch anmutender „Utopie“, sondern auch schlicht an der Empirie deutlicher Unterschiede zwischen Formalem und Materialem, Abstraktem und Konkretem oder Allgemeinem und Besonderem. Ein Blick auf Marx’, Hegels und Kants Thematisierungen des Form-Inhalt-Problems soll dieses Problem nochmals verdeutlichen. Anschließend wird der Bezug des Problems zu meinen Ausgangsfragen herausgearbeitet.

4. Das Form-Inhalt-Problem in der philosophischen und marxistischen Tradition sowie seine Bedeutung für meine Ausgangsfragen

Die Spannung zwischen der dualistisch positivistischen und der monistisch dialektischen Sicht auf das Verhältnis von Form und Inhalt im kapitalistischen Recht deutet sich auch bei Marx an, allerdings nicht hinsichtlich des Rechts, sondern bezüglich der „Warenform“ und des „Wareninhalts“. Einerseits heißt es etwa in seinen „Grundrissen“: „Was nun den Inhalt angeht..., so kann dieser Inhalt, der außerhalb der ökonomischen Formbestimmung fällt, nur sein: 1. die natürliche Besonderheit der Ware... 2. Das besondere Bedürfnis der Austauschenden oder, beides zusammengefaßt, der verschiedene Gebrauchswert der auszutauschenden Waren.“ (Marx 1983 [1939-41]: 168). Andererseits ist im „Kapital“ zu lesen: „Die Nützlichkeit eines Dings macht es zum Gebrauchswert.

Aber diese Nützlichkeit schwebt nicht in der Luft. Durch die Eigenschaften des Warenkörpers bedingt, existiert sie nicht ohne denselben.“ (Marx 1982 [1890]: 50). Einmal wird der Inhalt dualistisch getrennt von seinem Wesen, der kapitalistischen Warenform, betrachtet, so dass er nicht bloße Erscheinung dieses Wesens, nicht wesentlich identisch mit ihm ist. Das andere Mal wird ein Zusammenhang von Inhalt – Gebrauchswert – und Form – Warenkörper – hergestellt, der andeutet, dass jener durch diese wesentlich bestimmt ist, somit die wesentliche Identität gegeben ist. Marx’ Wort, dass „alle Wissenschaft“ mit der „Differenz zwischen Wesen und Erscheinung“ beginne (Marx 1983 [1894]: 825), klärt das Problem nicht eindeutig: Abgesehen vom problematischen Wissenschaftsbegriff (s. B.IV.2.) ist es fraglich, ob mit der Differenz eine oberflächliche gemeint ist, und es so der Wissenschaft letztlich um die Ergründung einer monistisch aufgefassten Wirklichkeit zu tun ist, die auch Marx zur kapitalistischen (Rechts-)Form geführt hat. Die andere Interpretation des Zitats würde lauten, dass es um eine wesentliche Nichtidentität geht, so dass die Wissenschaft die Grenzen des Übergreifens des Wesens, also des kapitalistischen Formprozesses, aufzuzeigen hat.

Hegel führt zu den beiden Form- und Inhaltsbegriffen aus: Bei dem Gegensatz von Form und Inhalt ist wesentlich festzuhalten, daß der Inhalt nicht formlos, sondern ebenso wohl die Form in ihm selbst hat, als sie ihm ein Äußerliches ist... Es ist die Verdoppelung der Form vorhanden, die das eine Mal als in sich reflektiert der Inhalt, das andere Mal als nicht in sich reflektiert die äußerliche, dem Inhalte gleichgültige Existenz ist.“ (Hegel 1970 [1817]: 264f)]. Ein Blick auf seine Dialektik der „Identität von Identität und Nichtidentität“ oder der „Einheit des Unterschieden- und Nichtunterschiedenseins“ (Hegel 1969 [1809]: 74) zeigt, dass die Identität, die durch die Form (die „Vernunft“, die „Idee“, den „Geist“ oder den „Begriff“; vgl. Daniel 1983: 53; Marcuse 1985: 183) hergestellt ist, die Oberhand zu behalten scheint. Differenz und Nichtidentität scheinen dabei bloße Bedingung von Einheit und Identität zu sein.⁸⁸ Lässt man sich auf die Überlegung ein, dass Hegel

⁸⁸ Adorno spricht vom „objektiven Idealismus“ und der „Identitätsphilosophie“ Hegels, insbesondere in der „Philosophie des Rechts“ (Adorno 1998 [1966]: 295), in der Nichtidentität bloß konstitutiv für Identität sei (Adorno 1998 [1957-1963]: 375). Jürgen Ritsert erkennt den „Inklusionsmythos“ Hegels an (Ritsert 1997: 165f), sieht die übergreifende Inklusion aber als nur eine mögliche, die „identitätsphilosophische Interpreta-

unbewusst das kapitalistische Form-Inhalt-Verhältnis theoretisch abgebildet hat (s. Anm. 46), so ist festzuhalten, dass bei ihm eine wesentliche Identität von Form und Inhalt nicht ein einfacher Formmonismus ist, sondern eine wesentliche Vermittlung des monistischen (Identität) mit dem erscheinenden dualistischen Form-Inhalt-Verhältnis (Nichtidentität). Sieht man Kants Erkenntniskritik an dieser Stelle ebenfalls als unbewusste Thematisierung des kapitalistischen Form-Inhalt-Verhältnisses, so offenbart sich eindeutig Zweideutigkeit: Einerseits sind die Inhalte – in Kants Erkenntnistheorie: die Erkenntnisinhalte – durch die Form – in der Erkenntnistheorie: die verständige Denkform – als „noumena“, „Verstandeswesen“ (Kant 1983 [1781]: B 306) konstituiert. Andererseits bleiben sie, unabhängig von der Form, „phaenomena“, „Sinneswesen“ (a. a. O.: B 306), die aber nicht unabhängig von der Form erkennbar sind. Mit der Dialektik, der wesentlichen Vermittlung könnte es Hegel und, wenn man so will, der kapitalistischen (Rechts-)Form gelungen sein, die Zweideutigkeit Kants zu überwinden, positivistische Form mit wesentlicher Form zu vermitteln, und so bei einer wesentlichen Form-Inhalt-Identität zu enden (s. zu Hegels Kant-Kritik D.II.).

Doch das Problem bleibt auch hier, schon treffend von Johann Gottlieb Fichte formuliert: „Dies, daß der endliche Geist notwendig etwas Absolutes außer sich setzen muß (ein Ding an sich) und dennoch von der andern Seite erkennen muß, daß dasselbe nur für ihn da sei (ein notwendiges Noumen sei) ist derjenige Zirkel, den er in das Unendliche erweitern, aus dem er aber nie herausgehen kann.“ (Fichte 1961 [1797 / 98]: 198). Jürgen Ritsert spricht vom „*Problem der Referenz*“ oder „*Zirkel der Referenz*“ (Ritsert 1997: 165f). Das ist meines Erachtens nur eine andere Perspektive auf das Form-Inhalt-Problem: Mit der übergreifenden Form ergibt sich das Problem, dass jeder Bezug auf die Inhalte auf die Form bezogen zu sein scheint, jede vermeintliche Nichtidentität scheint wesentlich Identität zu sein. Adornos Begriff der *Nichtidentität* von Inhalten und damit von Form und Inhalt kann als zugespitzter „*Problembegriff*“ in dieser Hinsicht verstanden werden (a. a. O.: 161). Der Begriff erfasst zwar einerseits die Form der Identität, aber „[d]aß es gleichwohl des nicht unter die Identität zu Subsumierenden – nach der Marxschen Terminologie: des Gebrauchswertes – bedarf, damit Leben überhaupt, sogar unter den herrschenden Produktionsverhältnissen fortdauere, ist das Ineffabile der Utopie.“ (Adorno 1998 [1966]: 22; s. dazu auch A.VI.3. und D.III.). Damit ist man bei einer entscheidenden Dimension des Form-Inhalt-Problems angelangt: Wenn Hegel alle Nichtidentität in der Identität eines „objektiven Idealismus“ (Adorno) aufgehen lässt, gibt es im Wesentlichen auch keine nicht in dieser Identität aufgehenden Individuen. Das bedeutet schlicht: Determinismus.⁸⁹ Kants subjektiver

tion“ an, die er für problematisch hält (Daniel [Pseudonym von Ritsert] 1983: 55; s. auch D.II.; auch folgende Anm.).

⁸⁹ Im Hinblick auf das Streichen indeterminierter Subjektivität lassen sich zahlreiche Belege bei Hegel finden – um nur ein Beispiel aus der „*Philosophie des Rechts*“ zu nennen: „Worauf es ankommt, daß sich das Gesetz der Vernunft und der besonderen Freiheit durchdringe, und mein besonderer Zweck identisch mit dem Allgemeinen werde, sonst steht der Staat in der Luft.“ (1970 [1821]: 412). Mayinger bezichtigt Hegel entsprechend des „*affirmativen Determinismus*“ (Mayinger 1983: 50). Man mag das aber auch – wie etwa Ritsert – als Teil der „*identitätsphilosophischen Interpretation*“ von Hegel ansehen (Daniel [Pseudonym von Ritsert] 1983: 55), die allerdings Hegel, wenngleich zugleich gegen einen falschen Begriff der „*Identitätsphilosophie*“ gerichtet, für angemessen hält (Hegel 1970 [1817]: 18). Ritserts Interpretation erkennt in Hegels Dialektik wiederum eine widersprüchliche, also auch negatorisch auf Emanzipation zielende Beziehung zwischen subjektiver Einzelheit als „*personale Reflexion*“ und der Allgemeinheit als „*systemischer Selbstreferenz*“ (Daniel 1983: 157): „Noch die Selbständigkeit der einzelnen Subjekte wäre ausgehend von bzw. unter ausgewiesenen Bezugnahmen auf Bestimmungen des Allgemeinen zu fassen, obwohl Selbständigkeit gerade nicht im Bestimmtwerden durch bedeutsame Andere und der Beeinflussung durchs Ganze aufgeht.“ Auf dieser Interpretationslinie hat schon Marcuse bei Hegel die Anerkennung der Herrschaft des Gesetzes als ein Stadium der Integration gesehen, in dem das Individuum sich mit dem Ganzen versöhne. „Der einzelne weiß, daß er nur kraft des Gesetzes existieren kann; nicht nur weil es ihn schützt, sondern weil er es als Repräsentant des allgemeinen Interesses ansieht.“ (Marcuse 1985 [1941]: 82). Jean Hyppolite sieht revolutionäre Widersprüche in Hegels Rechtsphilosophie aufscheinen (Hyppolite 1975 [1955]: 451). Damit gehen diese Autoren von einer klaren Differenz zwischen Allgemeinheit und Besonderheit bzw. Einzelheit (s. Anm. 50) bei Hegel aus, geben das allerdings als Programm, statt als Lösung auf.

Idealismus hingegen statuiert mit seiner Unterscheidung zwischen „phaenomena“ und „noumena“ sich einer Form-Inhalt-Identität entziehende „Dinge an sich“, die also Indeterminiertes der Individuen ausmachen könnte, auf denen auch Adorno insistiert.⁹⁰

Der Bezug des Form-Inhalt-Problems zu meinen Ausgangsfragen ist nunmehr leicht hergestellt: Mit diesem Problem geht es um die Frage, ob trotz der historisch wesentlichen Bestimmtheit des Rechts durch die kapitalistische Rechtsform die auf der Erscheinungsebene offensichtliche und in handlungstheoretischer Ideologiekritik abgebildete Differenz zwischen Form und Inhalt wenn keinen Dualismus, so doch eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt darstellt. Diese Nichtidentität wäre mehr als die notwendige Bedingung der Form der Identität, nämlich die Bedingung der Möglichkeit von Widersprüchen, deren Extreme zwar wesentlich vermittelt, formbestimmt sind, aber über diese Formbestimmtheit hinausweisen. Dergestalt wäre sie auch Bedingung von indeterminierter Subjektivität und damit von der Möglichkeit einer emanzipatorischer Negation und eines subjektiven Verschuldens gegenemanzipatorischer Negation des Rechts. Betrachtet man wiederum bloß die Differenz, kann das Recht bzw. seine Form auch ahistorisch (un)bestimmt konstruiert werden, so dass seine Negation für Emanzipation nicht notwendig, sondern es ‚emanzipatorisch‘ verwendbar wäre. Das läuft aber wieder auf einen Dualismus statt auf eine Nichtidentität hinaus, weil dabei der Bezug zur Form fehlt. Dieser Dualismus birgt die Gefahr von Wesensphilosophie und damit gegenemanzipatorischer ‚Emanzipationsvorstellungen‘.⁹¹ Wenn hingegen im Wesentlichen alle Erscheinungen mit dem kapitalistischen Wesen des Rechts in eins fallen würden, dann wären sowohl indeterminierte Subjektivität – auch Kollektivsubjektivität seitens der Klassen oder des Staats – als auch Widersprüche, die mehr als das Wesen reproduzierende Gegensätze sein sollen, zugunsten einer übergreifenden, übergreifende Identität herstellenden Form ausgeschlossen. Wesentliche Veränderung könnte nur rein objektiv bewirkt sein, allein auf objektiven Grenzen des Wesens beruhen. Wenn hier auch noch keine Antwort auf das Form-Inhalt-Problem und meine Ausgangsfragen gefunden werden kann, so zeigt sich doch ihre Erörterung bereits als affirmations- oder gegenemanzipationshemmende *Selbstreflexion von materialistischer Rechtskritik*.

5. Das Fehlen von Rechtsformkritik als Fehlen von Herrschaftskritik bei Unger und Kennedy

Ungers Rechtskritik ist im Hinblick auf das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik letztlich genauso wenig selbstreflexiv wie Kennedys. Während die daraus resultierende affirmative bis gegenemanzipatorische Seite von Kennedys Rechtskritik beleuchtet wurde, steht das bei Unger noch weitgehend aus: Es wurde bereits mehrfach darauf hingewiesen, dass Unger von Kapitalismus

⁹⁰ „Identität und Unterschied dienen zur Bestimmung der Individualität von Entitäten.“, wird im philosophischen Begriffswörterbuch nüchtern festgestellt (Schenk 1990: 611). Der Begriff der Differenz und der der Nichtidentität verweisen mehr als derjenige des Unterschieds auf Einheit bzw. Identität und drücken dergestalt die Aufgabe aus, die Differenz, damit Widersprüche oder Widerspruchspotenzial und individuelle „Entitäten“ in der Form zu verorten, obwohl die Inhalte dafür zugleich von der Form zu scheiden wären, Nichtidentität *mehr* als Bedingung der Identität sein müsste.

⁹¹ Postone weist folglich zurecht nachdrücklich auf die Gefahr der Ahistorizität im Beharren auf einer Differenz zwischen Begriff und Sache hin (Postone 2003 [1994]: 182ff.) und betont, dass „die Gebrauchswertdimension historisch konstituiert wurde, nicht vom Kapital unabhängig ist und nicht als Ort der Emanzipation angesehen werden sollte.“ (Postone 2003 [1994]: 528). Er schließt entsprechend einen Dualismus von kapitalistischer Form und ihrem Inhalt aus, wenn er den Gegensatz von „abstrakt“ und „konkret“ von vornherein in der Form verortet: „Diese Gleichzeitigkeit substanzieller und abstrakter Dimensionen in der Form der Arbeit und ihrer Produkte ist die Grundlage der verschiedenen antinomischen Gegensätze im Kapitalismus...“ (Postone 2003: 240; Hervorhebung von mir). Wenn er entsprechend von „Widersprüchen“ *innerhalb* des Begriffs bzw. der Form zwischen Allgemeinem und Besonderem oder Abstraktem und Konkretem ausgeht, so gibt er – ähnlich wie die Autoren in Anm. 89 – programmatisch die Lösung des hier formulierten Problems auf, an der dafür erforderlichen Differenz festzuhalten, ohne handlungstheoretisch und ahistorisch die kapitalistische Formbestimmtheit zu ignorieren.

schweigt, wenn er von der Rechtsform redet. Für ihn ist nicht die kapitalistische Gesellschaft der Ausgangspunkt seiner Analyse, sondern liberale Ideologie. Dies führt am Ende doch wieder mehr zu handlungstheoretischer Ideologiekritik, weniger zu Formkritik und trifft sich auf diese Weise mit dem Beitrag Kennedys. Die ideologische Fehlvorstellung des Liberalismus besteht in Ungers Theorie darin, die Realität der „Unbestimmtheit des Rechts“ und die „Antinomie“ zwischen subjektiven Werten und allgemeinen Regeln zu verkennen, somit aber auch die Unfreiheit durch die Einverleibung des Konkreten durch das Abstrakte. Die Eigenleben entfaltenden Verdinglichungen sind dementsprechend Ergebnis einer „Behandlung als ob“, wie er selbst sagt, und werden so gerade nicht zur „zweiten Natur“ (Hegel). Überempirisches ist bei Unger so mehr Fiktion und weniger Realität.

Somit kommt es nicht von ungefähr, dass ein Begriff, den viele der aufgeführten Autoren aus der Tradition marxistischer Formkritik in kritischer Absicht stark machen, nicht nur in Kennedys, sondern auch in Ungers Liberalismuskritik fehlt: *Herrschaft*, und zwar die im Übergreifen und im Eigenleben der Rechtsform angelegte Herrschaft der Rechtsform.⁹² Unger belässt es dementsprechend bei der Anspielung auf Marx’ „Fetischismus“-Begriff bzw. interpretiert diesen Begriff herrschaftskritisch. Deshalb kann er von bloßen Fehlvorstellungen handeln, nicht aber die Realität und damit die Herrschaft der übergreifenden Abstraktionen erfassen. Um das Problem vereinfachend zu verdeutlichen: Auch der kritische Juraprofessor wird spätestens dann daran erinnert, dass er den Abstraktionen der Rechtsform unterworfen ist, wenn er seine Gehaltsabrechnung bekommt: Nur als Waren- und Rechtssubjekt (des Vertrages mit der Universität) sorgt er für seine Reproduktion. Diese Rechtsförmigkeit des Professors als Rechtssubjekt hängt nicht daran, wie er den Vertrag mit der Universität behandelt – „als ob“ er und die Universität sich tatsächlich als Rechtssubjekte begegnen würden. Diese Ideologie besitzt Realitätsgehalt, sprich: selbst bei Korrektur der ‚Fehlvorstellung‘ fungiert, herrscht sie. Die historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts, auf die Kennedys Beitrag gestoßen hat, ist von Unger zwar einerseits mit der Rechtsform erkannt, verliert sich aber andererseits doch wieder in einer handlungstheoretisch verstandenen Ideologie. Auf diese Weise sind nicht nur seine Andeutungen einer Autonomie des Rechts unerklärlich. Unger trifft sich so auch an diesem Punkt mit Kennedy und bietet mit der These von der „Einverleibung“ des Konkreten durch das Abstrakte sogar eine offene Flanke für dessen wesensphilosophische Parteinahme für das Konkrete.⁹³

⁹² Dabei geht es zunächst um einen *üblichen*, auch marxistischen *Herrschaftsbegriff*, nämlich die Einengung oder Verhinderung individueller Entfaltung durch die aneignende Erfassung aller möglichen Objekte menschlicher Bedürfnisse bzw. Begierde (Goldschmidt 2004: 83). Das nicht nur in marxistischer Kritik Unüblichere ist hier der Bezug des Begriffs auf die Form, als Herrschaft der Vermittlung durch kapitalistisches Recht: „Schon der bloßen Form nach, vor Klasseninhalt und Klassenjustiz, drückt es Herrschaft, die klaffende Differenz der Einzelinteressen vor dem Ganzen aus, in dem sie abstrakt sich zusammenfassen. Das System selbstgemachter Begriffe, das die ausgereifte Jurisprudenz vor den Lebensprozeß der Gesellschaft schiebt, entscheidet sich durch Subsumtion alles Einzelnen unter die Kategorie vorweg für die Ordnung, der das klassifikatorische System nachgeahmt ist.“ (Adorno 1998 [1966]: 305). Walter Benjamin spricht in diesem Zusammenhang von *Gewalt*: „Alle Gewalt ist als Mittel entweder rechtsetzend oder rechtserhaltend. Wenn sie auf keines dieser beiden Prädikate Anspruch erhebt, somit verzichtet sie damit selbst auf jede Geltung. Daraus aber folgt, daß jede Gewalt als Mittel selbst im günstigsten Falle an der Problematik des Rechts überhaupt teilhat.“ (Benjamin 1971 [1955]: 45). Er spitzt an dieser Stelle in bewundernswerter Klarheit den Herrschaftscharakter des Rechts zu. Allerdings fehlt in diesem rechtskritischen Aufsatz – Unger entgegengesetzt – eine Reflexion des Vermittlungscharakters des Rechts (s. dazu A.VI.3.). *Unüblich* ist die hier vertretene Herrschaftskritik, weil die „rule of law“ zumindest in angelsächsischer Tradition ein Ideal ist (s. auch Anm. 95). Dieses Ideal verdrängt aber gerade die freiheitseinschränkende Seite dieser Herrschaft. Im Übrigen soll keinesfalls deutsche staatsorientierte „Rechtsstaatlichkeit“ als Alternative herhalten.

⁹³ In diese Richtung geht auch Alan Hunts Kritik an Unger, der Unger die Utopie einer „ideologischen Gemeinschaft“ und eines „lebendigen Rechts“ und deshalb „Konservatismus“ vorwirft, ohne allerdings die Probleme, die Unger aufwirft, in ihrer ganzen Tragweite zu erkennen (Hunt 1982: 80f.). Mark Tushnet ordnet entsprechend neben Kennedy auch Unger unter die Überschrift „romanticism“ ein (Tushnet 1989: 308; s.

Auch sein Ideologiebegriff muss entsprechend eine handlungstheoretische Schlagseite bekommen: Die Rechtsform ist bei ihm letztlich der Schleier, der sich über die unbestimmten, nur äußerlich subsumierten rechtlichen Inhalte sowie die diese Unbestimmtheit ausnutzenden liberalen Ideologisierten und Ideologen legt. Zugleich eröffnet diese handlungstheoretisch ideologiekritische Seite seiner Theorie die Perspektive einer anderen „Behandlung“ des Rechts, nämlich auf der Basis anderer als liberaler Interessen. Damit ist eine Perspektive der Emanzipation wie im handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus und bei Kennedy, nämlich im Sinn einer ideologisch bestimmten Verwendung des Rechts zur Rettung des Konkreten statt als Schleier über liberale Interessen, auch auf der Grundlage von Ungers Theorie nicht ausgeschlossen. Ungers Begriff der „Antinomie“ entpuppt sich so als verräterisch, weil er nur einen Dualismus von Form und Inhalt des Rechts, nicht aber das Aufgehen der Inhalte in der Form des Rechts reflektiert.⁹⁴ In die entgegengesetzte Richtung weist das Problem, dass Unger wie Kennedy die empirischen Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts nicht reflektiert und so an der Bedeutung des Liberalismus festhalten kann.⁹⁵

Nichtsdestotrotz verweist Unger weitaus mehr als Kennedy auf den Formbegriff kapitalistisch wesentlicher Bestimmtheit und damit auf die Zwieschlächtigkeit des Formbegriffs, übergreifend herrschendes Wesen und erscheinende Formalität zugleich darzustellen. Das Form-Inhalt-Problem ist so zugleich ein zentraler Teil der Problematik der Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit sowie meiner Ausgangsfragen nach praktischer und theoretischer Negation des Rechts für Emanzipation angesichts der Allgegenwart des Rechts bzw. angesichts seines Übergreifens. Dass Ungers Rechtskritik nur darauf verweist und sich dem Problem genauso wenig stellt wie meinen Ausgangsfragen, ist ihr Defizit an Selbstreflexion, das sie offen für Affirmation oder gar Gegenemanzipation macht.

Anm. 29). Oberkofler spricht von „seiner Vision einer den Liberalismus ablösenden kommunitaristischen Gesellschaftsform“ (Oberkofler 2001: 927) – was der Zuordnung zum Romntizismus nicht widerspricht.

⁹⁴ Hinzuzufügen wäre, dass die „zweite Natur“ der Rechtsform, anders als Hegel wollte, doch insofern auch Natur ist, als sie die Form des kapitalistischen und damit herrschaftlichen Kampfes um Selbsterhaltung ist und so die erste Natur nicht völlig verdrängt (Bolte 1991: 129; vgl. Adorno et al. 1998 [1944]: 47ff., 205f; Adorno 1998 [1966]: 285; Becker 1997: 44; s. auch D.III.).

⁹⁵ Ein Beitrag marxistischer Rechtskritik, der diese Abweichungen früh intensiv thematisiert hat, sind Arbeiten von Franz Neumann (1967 [1937]; 1984 [1942 / 44]: 509ff.). Neumann unterteilt das kapitalistische Recht in „technische Regeln“, den „politischen“ und den „rationalen“ Begriff von „Recht und Gesetz“ (Neumann 1984 [1942 / 44]: 509). Der letztgenannte Begriff enthält Elemente des bisher von mir entwickelten Begriffs des kapitalistischen Rechts in seiner wesentlichen Bestimmtheit in der kapitalistischen Rechtsform: „Gesetz in diesem Sinn ist eine Norm, die von der Vernunft durchdringbar... ist... Die dem Gesetz innewohnende Vernunft läßt sich auf zwei Weisen bestimmen, material und formal. Das erste wird von seinem Naturrecht und seinem Postulat vertreten, daß das Gesetz gewissen inhaltlichen Forderungen wie Freiheit, Gleichheit, Sicherheit entsprechen müsse. Das zweite geht davon aus, daß Gesetz nur das ist, was sich in Form allgemeiner Begriffe, als generelle Norm, ausdrücken läßt.“ (Neumann 1984 [1942 / 44]: 510). Der „politische“ Rechtsbegriff umfasst hingegen die souveräne Willkür des Staats über das Recht: „Im politischen Sinn ist Gesetz jede Maßregel der souveränen Gewalt... Gesetz ist also voluntas, der Wille des Souveräns, und sonst nichts.“ (Neumann 1984 [1942 / 44]: 509f.). Solche Art von Gesetzen scheinen sich dem bisher in dieser Arbeit entwickelten Begriff des kapitalistischen Rechts zu entziehen. Über die „technischen Regeln“ lässt sich Neumann nur sehr knapp aus: Sie seien „kulturell indifferente Regeln überwiegend technischer Natur.“ (Neumann 1984 [1942 / 44]: 509). Dabei handelt es sich also um Normen, die sowohl rechtlicher Formalität genügen als auch einzelfallbezogen sein können. Die letztgenannte Variante scheint sich ebenfalls dem bisher in dieser Arbeit entwickelten Begriff des kapitalistischen Rechts zu entziehen. Auf das Problem, dass die Kriterien des Begriffs der „technischen Regeln“ bei Neumann von vornherein ahistorisch gefasst sind, wird noch genauer eingegangen (s. C.III.1.) wie auf die Problematik der Abweichungen insgesamt (vor allem unter B).

IV. Ungers Untersuchung der gleichzeitigen Funktionalität und Autonomie des Rechts

Die weitere Erörterung des Form-Inhalt-Problems, damit der Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit und meiner Ausgangsfragen bedarf weiteren, insbesondere empirischen Materials, an dem sie sich vertiefen kann. In seiner ein Jahr nach „Knowledge and Politics“ erschienenen Monografie „Law in Modern Society“ (Unger 1976) liefert Unger solches Material. Dabei ist seine Untersuchung des Befunds einer „autonomy“ des Rechts von besonderem Interesse, weil diese, wie sich zeigen wird, ein zentrales Thema der ‚Critical Legal Studies‘ ist und für meine Arbeit als zentrales empirisches Indiz der historisch wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts sein muss. Bei Annahme einer Autonomie des Rechts ist die Frage aufgeworfen, ob sie eine Funktionalität für Ideologien oder kapitalistische Erfordernisse ausschließt. In Ansätzen hat sich diese Bedeutung bereits gezeigt, denn dieser Befund ist auf bestimmte Art und Weise auch Ausgangspunkt von

Kennedy gewesen. Er hat aber die „Autonomie“ des Rechts mit seiner Variante der Unbestimmtheitsthese umstandslos als von liberalen Ideologen verursachte und genutzte Ideologie im handlungstheoretischen Sinn, also als Pseudo-Autonomie zu entlarven gesucht (s. A.II.1. und III.5.). Entscheidend ist danach die ideologische Funktionalität des Rechts. Letztlich läuft, wie ebenfalls gezeigt, auch Ungers Variante der Unbestimmtheitsthese aus „Knowledge and Politics“ auf diese Sicht hinaus (s. A.III.5.), obwohl die Rede vom „Eigenleben“ der Rechtsform zunächst auf eine tiefer verankerte Existenz der Autonomie hindeutet.

1. Ungers empirischer Befund von gleichzeitiger Autonomie und Funktionalität des Rechts

Erst in „Law in Modern Society“ geht Unger genauer auf die Empirie der *Autonomie* des Rechts ein: „Law is autonomous in a substantive sense when the rules formulated and enforced by government cannot be persuasively analyzed as a mere restatement of any identifiable set of nonlegal beliefs or norms, be they economic, political, or religious... Law is institutionally autonomous to the extent that its rules are applied by specialized institutions whose main task is adjudication... Law is autonomous at the methodological level when the ways in which these specialized institutions justify their acts differ from the kinds of justification used in other disciplines or practices... Lastly the legal order is characterized by occupational autonomy.“ (Unger 1976: 52f.). Auffällig im Hinblick auf das von Kennedy und Unger entfaltete Paradigma ist hier also, dass Unger die Unbestimmtheitsthese und damit handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts abschwächt, indem er das Recht nicht allein von außen bestimmt, also unbestimmt bzw. ahistorisch (un)bestimmt, sondern zumindest eingeschränkt „inhaltlich“, „institutionell“ und „methodisch“ „autonom“ sehen will. Auffällig ist aber auch, dass Unger, diesen Befund kaum mit dem Übergang zur Rechtsformkritik aus „Knowledge and Politics“ verbindet. Er benennt diesen Zusammenhang höchstens: „One misconception is to identify the workings of the legal order in social life with the way that order is pictured by the doctrines of which it makes use or which serve as its defense... As a result, the true character of its relations to other aspects of society is obscured. But there is a second, more subtle mistake... It consists of the tendency to treat the generality and autonomy of a legal order as merely ideological pretenses that ought simply to be set aside by one who would understand how law operates... The formal equality and the specialization of institutional tasks, of modes of argument, and of personnel that accompany a legal order may be precarious and limited, but they are also real, and they demand explanation... An adequate understanding of the legal system must account for the way the rule of law ideal is rooted in a peculiar form of social life. It must show how the nature of such a society both impels men to pursue this ideal and keeps them from fully realizing it. Only in this manner can it hope to avoid the errors of either an idealist or a behaviourist approach to legal order.“ (Unger 1976: 56f.). Wieder ist die Einschränkung der Unbestimmtheitsthese auffällig, indem Unger sich gegen „Behaviorismus“, damit aber auch gegen die entsprechende Seite handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts dadurch wendet, dass er das „Ideal“ der „rule of law“ (s. auch Anm.

104) ernst nimmt. Genauso auffällig ist aber, dass er als realen Grund dieses „Ideals“ eine „soziale Form“ annimmt, die auf eine Rechtsformkritik hindeutet, aber in diesem Werk nicht weiter ausgeführt wird. Daher wird ein Einstieg in diese Ausführung im Folgenden von mir geleistet.

Worum es in anderen Worten bei der „inhaltlichen“, „institutionellen“ und „methodischen“ Autonomie des Rechts zum einen geht, ist also die sichtbare grundsätzliche *Trennung* von Recht einerseits und außerrechtlichem Gesellschaftlichem, insbesondere der Ökonomie andererseits – gemäß einem positivistischen Form- und Inhaltsbegriff: den rechtlichen Inhalten.⁹⁶ Zum anderen geht es darum, dass uns das außerrechtlich Gesellschaftliche insgesamt „inhaltlich“ (Unger), also auch empirisch erfassbar, in Rechtsnormen, rechtlichen Entscheidungen, Rechtsgutachten, Rechtsratgebern usw. durch bestimmte Institutionen und mit bestimmten Methoden subsumiert unter „universale Verdinglichungen“ (Unger) der Rechtsform gegenübertritt: Allgegenwart des Rechts. Diese Entwicklung geht bei Unger einher mit einer Loslösung des Rechts vom Willen der Subjekte, so dass es nicht durchgehend die Interessen der herrschenden Klasse oder liberaler Ideologen vermitteln bzw. nicht durch sie bestimmt werden kann. Das empirisch Rechtliche können dabei wieder nur die bereits vertrauten abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform sein. Ein solcher, zunächst empirischer Befund der Autonomie heißt also, dass wir der Allgegenwart des Rechts nicht entrinnen können, gleich was wir persönlich davon halten. Eine gleichzeitige *Funktionalität* für Ideologien und gesellschaftliche Anforderungen will Unger aber, wie seine die Autonomie-These einschränkenden Formulierungen zeigen, trotzdem nicht völlig bestreiten.

2. Autonomie und Funktionalität des kapitalistischen Rechts als Formverselbständigung und Formfunktionalität

Blickt man formkritisch auf den erläuterten empirischen Befund der Autonomie des Rechts als Allgegenwart und Unentrinnbarkeit, so könnte sie Indiz für das überempirische, herrschaftliche Übergreifen der kapitalistischen Rechtsform, ihr Eigenleben, sein. Im Begriff der *Verselbständigung* soll der Zusammenhang von überempirischem Eigenleben der Rechtsform und empirischer Autonomie erfasst werden.⁹⁷ Das Eigenleben der Form bedeutet aber nicht nur eine Loslösung vom Willen der Subjekte, sondern von den Inhalten des Rechts generell. Dabei handelt es sich nicht um eine Verselbständigung in dem Sinn, dass sich das Recht zur bloßen Form ohne Inhalte entwickelt. Die Form, begriffen als übergreifende Vermittlung durch Abstraktion, setzt, wie gezeigt, notwendig Inhaltliches, Besonderes oder Konkretes, das vermittelt wird, damit eben auch die *Trennung* von Recht und außerrechtlich Gesellschaftlichem voraus.⁹⁸ Es geht um die Absehung

⁹⁶ Die *Trennung von Rechtlichem und außerrechtlich Gesellschaftlichem*, also vor allem von Ökonomie, sowie die Autonomie des Rechts ist allerdings nicht so eindeutig, wie es in diesem Einstieg in die Problematik erscheint. Um die empirische Verflechtung von Recht und Ökonomie sowie die wesentliche Bedeutung der Ökonomie, genauer: des Kapitals, für das Recht wird es vor allem in Teil B gehen.

⁹⁷ Das Schöne am Begriff der *Verselbständigung* im Vergleich zu *Autonomie* oder *Selbständigkeit* ist das Prozesshafte, das ihm inhärent ist. Deshalb haben diesen Begriff auch Marx, Adorno u. a. aufgegriffen (Adorno 1998 [1966a]: 12, Marx 1982 [1890]: 130; Backhaus 2000: 52; Hirsch 1994: 159; Müller 1977: 30ff.). Auf jeden Fall nimmt dieser Begriff das von Unger behauptete und durch den Befund der Autonomie erhärtete überempirische Eigenleben des Rechts auf (vgl. Backhaus 2000: 49ff.). Helmut Reichelt schreibt im Hinblick auf Adornos These von der ‚Verselbständigung der Gesellschaft‘: „An der überzeugenden Explikation dieser ‚objektiven Abstraktion‘ hängt gewissermaßen die ganze Kritische Theorie.“ (Reichelt 2002: 144). Alle genannten Autoren reflektieren dabei einen Wesen-Erscheinung- bzw. Form-Inhalt-Zusammenhang im Hinblick auf Verselbständigung.

⁹⁸ Die Inhalte übergreifend zu erfassen, macht ja gerade die kapitalistische Rechtsform aus – diese Art von Verselbständigung ist also letztlich bereits mit dem Formbegriff benannt. Früh auf die Spitze getrieben hat die Reflexion der Verselbständigung ebenfalls Hegel, der sie entsprechend der bereits angesprochenen dialektischen Bewegung hin zur Identität des Allgemeinen seines „objektiven Idealismus“ (Adorno) in eine Art „Teleologie“ des Allgemeinen von Staat und Recht münden lässt (Mayinger 1983: 38): Zwar sei der Staat

des Formprozesses von den Inhalten in ihrer jeweiligen Spezifik, damit auch von bestimmten Interessen sowie gesellschaftlichen Bereichen. Das zielt wieder auf den Wesenszug der kapitalistischen Rechtsform, die Inhalte als Erscheinungen eines kapitalistisch rechtlichen Wesens zu setzen. Die empirische Autonomie des Rechts hat also, da sie nach dem hier Entwickelten aus der Rechtsform hervorgeht, schon begrifflich betrachtet ihre Grenze in der kapitalistischen Rechtsform, der „sozialen Form“ als Grund der Verselbständigung. Der Begriff der Rechtsform verweist aber andererseits mit dem übergreifenden Charakter, wenn er tatsächlich auf die Identität von Form und Inhalt hinausläuft, auf die Grenzenlosigkeit ihrer Verselbständigung im Sinn einer Selbstreferenz des Formprozesses. Es könnte sich dann nicht mehr um eine Verselbständigung von den Inhalten in ihrer Spezifik handeln, da diese in der wesentlichen Form-Inhalt-Identität aufgehen würde, sondern nur um eine Verselbständigung in der Form.⁹⁹

Doch Unger will den funktionalen Bezug des Rechts zum außerrechtlich Gesellschaftlichen, den rechtlichen Inhalten, insbesondere Interessen und Ideologien, bzw. umgekehrt die bestimmende Bedeutung dieser Interessen und Ideologien offensichtlich nicht völlig ablehnen. Aufbauend auf Ungers Erkenntnissen aus ‚Knowledge and Politics‘ tut sich dafür aber ein anderer Weg als die Unbestimmtheitsthese auf: In der kapitalistischen Rechtsform sind mit ihrer dargestellten wesentlichen Vermittlung durch Abstraktion zumindest die Voraussetzungen für abstrakte Allgemeinheit, Gleichheit und Freiheit begründet, die unvermittelte Konkurrenz, Herrschaft, Moral und / oder Vergemeinschaftung verhindern.¹⁰⁰ Das ist zugleich eine erste Annäherung an die

„gegen die Sphären... der bürgerlichen Gesellschaft... einerseits eine äußerliche Notwendigkeit und höhere Macht, deren Natur ihre Gesetze sowie ihre Interessen untergeordnet und davon abhängig sind; aber andererseits ist er ihr immanenter Zweck und hat seine Stärke in der Einheit seines allgemeinen Endzwecks...“ (Hegel 1970 [1821]: 407ff.). Weiter heißt es: „Der Staat ist wirklich, und seine Wirklichkeit besteht darin, daß das Interesse des Ganzen sich in die besonderen Zwecke realisiert...“ (a. a. O.: 428). Was Hegel als vernünftige Überwindung des „Not- und Verstandes-Staats“ ansieht, ist zugleich die Abwendung von jeglichem Positivismus und Funktionalismus. Marx hat Hegel in seiner frühen Kritik an dessen Rechts- und Staatsphilosophie genau dafür kritisiert (Marx 1976 [1844]: 206; mit ihm: Mayinger 1983: 38ff.; Mercier-Josa 1989: 163), um aber in seiner späteren Formkritik des Kapitals diese Reflexion aufzunehmen, wie es etwa im Begriff des Kapitals als „automatischem Subjekt“ deutlich wird. Hinsichtlich der Bürokratie kritisiert Marx auch ausführlich eine Verselbständigung, wobei er hier positivistischer vorgeht (Marx 1976 [1844]: 247ff.). Heute ist die Reflexion der Autonomie des Rechts in besonders radikaler Art durch die ‚Systemtheorie‘ autopoietischer Systeme bekannt (Luhmann 1995 [1993]: 552ff.). Ihr bekanntester Vertreter, Niklas Luhmann, kritisiert folgerichtig an den ‚Critical Legal Studies‘, dass sie die Autonomie des Rechts nicht begreifen und daher Positivismus in der Art eines „soziologischen Durchschauens“ betreiben würden (a. a. O.: 328, 525). Entgegen eigenem Bekunden steht er wiederum einem identitätsphilosophischen Hegel nahe (vgl. Daniel 1983: 55), bezieht Kapitalkritik nicht ein und bleibt überhaupt affirmativ.

⁹⁹ Ein solcher Begriff der Verselbständigung rückt noch dichter an die Reflexion der Autonomie des Rechts durch die ‚Systemtheorie‘ autopoietischer Systeme (Luhmann 1995 [1993]: 552ff.).

¹⁰⁰ Allerdings können diese Alternativen, geht man von sozialer Empirie aus, nicht umstandslos als *Vermittlung durch Abstraktion* auf der einen und *Unvermitteltheit* auf der anderen Seite gegenübergestellt werden. Soziale Vermittlung im Sinn von sozialer Verbindung oder Anbindung ist ohnehin in beiden Fällen gegeben, wenn man ahistorische Gesellschaftskonstruktionen ablehnt. Darauf weist Postone nachdrücklich hin (Postone 2003 [1994]: 86, 89). In dieser Hinsicht wäre jedoch Vermittlungslosigkeit und nicht Unvermitteltheit der passende Gegenterm. Auch soziale Vermittlung durch Abstraktion im Sinn der sozialen Verbindung und Trennung durch ein Drittes ist im Fall von so genannter unvermittelter, also ohne dazwischentretendes Drittes waltender Konkurrenz, Herrschaft, Moral und / oder Gemeinschaft schlicht insofern nicht auszuschließen, als für die Beziehungen der Konkurrenten untereinander das Konkurrenzprinzip, der Beherrschten untereinander die Herrschaft, für die Moralisierten die Moral oder für die Vergemeinschafteten die Gemeinschaft das Dritte sein können. Doch in anderer, entscheidender Hinsicht bleibt in jedem Fall für solche Konkurrenz, Herrschaft, Moral und Gemeinschaft der Begriff der Unvermitteltheit angemessen: Im Hinblick auf unvermittelte Konkurrenz geht es um Raub und ‚Krieg aller gegen alle‘, ohne dass dem etwa durch abstraktes Drittes, wie ‚Recht und Ordnung‘ Grenzen gesetzt würden. Im Hinblick auf unvermittelte Herrschaft geht es um die Konkretheit der Beziehung der Beherrschten zur Herrschaft und ihren Akteuren, die bedeutet, dass die Herrscher ohne abstraktes Drittes auf die Beherrschten einwirken können. Hinsichtlich Moral etwa im Sinn des „altruistischen Kollektivismus“ (Kennedy) gilt, dass

Funktionalität des Rechts für die kapitalistische Gesellschaft, die damit aber eine *Formfunktionalität* und somit auf die Inhalte, jedoch nicht auf deren je spezifische Qualität bezogen ist. Marx spricht von „*funktionellen Formen*“ (Marx 1983 [1893]: 72, 95ff.). Auf diese Weise zeigt sich zudem, wie sich die Funktionalität der kapitalistischen Rechtsform für kapitalistische Vergesellschaftung mit Kennedys und Ungers Idee des Liberalismus im Recht und des Rechts im Liberalismus überschneidet.

Die wesentliche, empirisch-überempirische, also übergreifende, und damit herrschaftliche Dimension, die Unger in „*Knowledge and Politics*“ zumindest angedeutet hat, fehlt in „*Law in Modern Society*“ aber noch mehr. Daher wird die Autonomie von ihm in erster Linie als rein empirisches Phänomen kaum auf ihren Grund und ihre Grenze in der kapitalistischen Rechtsform zurückgeführt; sie wird so einer handlungstheoretisch ideologiekritischen Analyse in Institutionen- und Professionstheorien zugänglich gemacht.¹⁰¹ Dadurch wird das Recht aber gerade als durch Institutionen, Gruppen und sonstige Akteure Bestimmtes angesehen. Eingeschränkt bleibt Unger also dem Paradigma der These des ahistorisch (un)bestimmten Rechts, bestimmender Ideologien und entsprechender handlungstheoretischer Ideologiekritik treu. Somit musste erneut mit Unger gegen Unger die Rechtsformkritik weitergetrieben werden; allerdings ist dabei wiederum möglicherweise zu konsequent der wesensbezogene Formbegriff verfolgt worden. Der positivistische Formbegriff, der das übergreifende Eigenleben, ein Wesen überhaupt, negiert, und derart die hier entfaltete Verselbständigungsthese in Frage stellt, ist damit nicht aus der Welt geschafft; damit auch nicht die Frage, ob das Recht nicht doch autonom nur in einem pseudoautonomen Sinn ist, so dass es sich am Ende doch als interessen- und ideologienfunktional entpuppt. In dieser Unbestimmtheit bzw. ahistorischen (Un-)Bestimmtheit wäre es emanzipatorisch verwendbar, seine Negation nicht notwendig. Das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik und das Ringen mit der Allgegenwart des Rechts hat sich so im Hinblick auf meine Ausgangsfragen konkretisiert.

V. Zwischenfazit

Unger und Kennedy entfalten das Paradigma der marxistischen ‚Critical Legal Studies‘, die Thesen von der ahistorischen (Un-)Bestimmtheit und der bestimmenden Ideologien, insbesondere der „liberalen“ sowie die auf diesen Thesen basierende handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts. Sie sind damit am Rand eines handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ anzusiedeln. Obendrein eröffnen sie die wesensphilosophische Dimension der Studies, Unger liefert Übergänge zu Formkritik und vertieft sowohl das Paradigma als auch diese Übergänge anhand der empirischen Befunde von Funktionalität und vor allem Autonomie des Rechts. Dabei werfen Unger und Kennedy Fragen auf, denen sich meiner Meinung nach jede Rechtskritik stellen muss: Die Frage nach der (historisch wesentlichen) Bestimmtheit des Rechts, der Bedeutung von wirklichen oder vermeintlichen Abweichungen von dieser Bestimmtheit, dem Verhältnis von Form und Inhalt im kapitalistischen Recht, vor dem Hintergrund zweierlei Form- und Inhaltsbegriffe und empirischer Befunde von Autonomie und Funktionalität dieses Rechts. In

von jedem Akteur die Beachtung der Bedürfnisse der anderen verlangt wird, ohne dass also diese Beachtung an ein Drittes delegiert wird und so abstrakt vonstatten (bzw. nicht vonstatten) geht. Die Vergemeinschaftung ist letztlich die konsequenteste Art von Unvermitteltheit im Sinn von sozialen Beziehungen ohne Abstraktion durch ein Drittes. Der Begriff meint, dass sich Einzel- und Kollektivwille annähern, also nicht durch ein trennendes Drittes geschieden werden. In dieser Hinsicht ist die Vergemeinschaftung am extremsten: Ersetzt der Kollektiv- den Einzelwillen, und muss auf diese Weise etwa altruistischer Kollektivismus nicht erzwungen werden, so würde Individualität nicht unterdrückt, sondern in totaler Identität liquidiert.

¹⁰¹ Man kann sich streiten, ob dafür der Begriff der Handlungstheorie geeignet ist. Doch es geht um handelnde Akteure, nämlich Institutionen und Berufsstände, die nicht empirisch oder wesentlich determiniert sind, so dass meines Erachtens die Kriterien der Handlungstheorie erfüllt sind (s. Einleitung).

Auseinandersetzung mit den von ihnen benannten Aspekten materialistischer Rechtskritik, mit den aufgeworfenen Fragen und in der Kritik ihrer Antworten, konnte ich mich Begriffen von Recht und Rechtlosigkeit nähern und so in die Erörterung meiner Ausgangsfragen einsteigen.

Als Ergebnis der begrifflichen Annäherungen ist zunächst festzuhalten, dass sich in Auseinandersetzung mit Ungers und Kennedys Beiträgen *ein erster Begriff des kapitalistischen Rechts* eingeschlichen hat: Dieses Recht ist danach historisch wesentlich in der *kapitalistischen Rechtsform* bestimmt. Dabei handelt es sich um die herrschaftlich übergreifende, verselbständigte Vermittlung des Konkreten, Besonderen oder Inhaltlichen und ihrer Gegensätze durch real abstrakte Allgemeinheit universaler Rechtsbegriffe, vor allem des Rechtssubjekts. Herrschaft bringt dabei die Einengung von individueller Entfaltung durch die rechtliche Vermittlung auf den Begriff, Übergreifen die empirisch-überempirische Allgegenwart dieser Vermittlung, Verselbständigung die Loslösung von den Inhalten in ihrer spezifischen Qualität und damit vom Willen der Akteure. Empirisches Indiz ihres herrschaftlich übergreifenden und verselbständigten Charakters ist die Autonomie des Rechts, als eine Autonomie bezüglich der abstrakt liberalen Erscheinungen. Die Vermittlung durch Abstraktion schließt begrifflich Unvermitteltheit, etwa in Willkürherrschaft, gemeinschaftlicher und moralischer Identität oder bloßer Vereinzelung in Konkurrenz, aus. Empirisch zeigt sich diese Vermitteltheit verdinglicht in Normen juristischer, also abstrakter Allgemeinheit, Gleichheit und Freiheit. Daher deutet sich eine Formfunktionalität des kapitalistischen Rechts für wesentliche kapitalistische Anforderungen statt einer handlungstheoretisch ideologienbezogenen Funktionalität an.

Die Kritik des kapitalistischen Rechts, die von seiner historisch wesentlichen Bestimmtheit in der Rechtsform ausgeht, ist *Rechtsformkritik*. Sie knüpft an eine marxistische Tradition an, die mit Marx und Paschukanis' (Rechts-)Formkritik beginnt und auf Kants transzendentaler Wendung der Erkenntniskritik und Hegels Dialektik beruht. Kennedys und Ungers rechtssoziologischer Positivismus ihrer *handlungstheoretischen Ideologiekritik* des kapitalistischen Rechts liefert nur Übergänge zu einer solchen Rechtsformkritik und öffnet sich vielmehr einer *ahistorischen Wesensphilosophie*, die das Konkrete, Materiale oder Inhaltliche des Rechts als vermeintlich Unvermitteltes metaphysisch auflädt. Derart zeigen sie sich nicht nur als Teil einer marxistischen Utopie, die an konkreter Arbeit anknüpft, sondern im Mindesten verwandt mit gegenemanzipatorischen Ideologien von Romantizismus bis Antisemitismus.

Eine erste Problematik hinsichtlich dieses auf historisch wesentlicher Bestimmtheit in der Rechtsform basierenden Begriffs des kapitalistischen Rechts sind empirische *Abweichungen vom abstrakt Liberalen* dieses Rechts. Zwar gehört nach dem bisher Entwickelten das Konkrete und Materiale auch zum Begriff des kapitalistischen Rechts. Dieser wird zudem nicht im Sinn des Liberalismus freiheitsemphatisch verstanden: Die abstrakt liberalen Elemente der kapitalistischen Rechtsform, Formalität und entsprechende abstrakte Freiheit und Gleichheit bedeuten letztlich nicht weniger, aber auch nicht mehr, als dass Unvermitteltheit durch Vermittlung der Inhalte durch Abstraktion begrenzt wird. Nichtsdestotrotz scheint das abstrakt Liberale in überempirischer, aber auch empirischer Hinsicht zu diesem Begriff zu gehören. Vor allem problematisch wird es somit im Hinblick auf jene Abweichungen von diesem abstrakt Liberalen, die ganze von Formalität, entsprechender Freiheit und Gleichheit abweichende Rechtsgebiete oder historische Rechtsentwicklungen und entsprechende staatliche Praktiken meinen. Noch deutlicher sind schließlich nicht-kodifizierte, von diesen abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform abweichende staatliche Praktiken. All diesen Abweichungen stellen sich Unger und Kennedy mit ihrer Kritik des liberalen Rechts nicht oder, wie im Fall Kennedys, in völlig anderer Perspektive, nämlich hinsichtlich der „Utopie“ des altruistischen Kollektivismus und der entsprechenden „Grundsatzorientierung“. Es deutet sich somit bereits an, dass Kennedy und Unger den *Begriff des Liberalismus* in doppelter Weise problematisch gebrauchen: einerseits verengen sie ihn auf eine bloße handlungstheoretisch verstandene Ideologie, statt die abstrakt liberalen Elemente der kapitalistischen Rechtsform zu erörtern. Andererseits verstehen sie diese liberale Ideologie als „Status Quo“ (Kennedy), sprich: sie fassen den Begriff in dieser Hinsicht zu weit und gehen deshalb nicht auf empirische Abweichungen vom abstrakt liberal Erscheinenden ein.

Das Problem der Abweichungen steht in unmittelbarem Zusammenhang mit der Erörterung der *Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit* und meiner *Ausgangsfragen zur Negation des Rechts*: Sind umfassende Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform, die nichtsdestotrotz in Gesetzesbüchern stehen, Recht oder kodifizierte Rechtlosigkeit? War dementsprechend der Nationalsozialismus mit seiner tendenziellen Reduzierung der Vermitteltheit der sozialen Beziehungen auf gemeinschaftliche und staatliche Unvermitteltheit dank Kodifizierung ein Rechtsstaat oder ein Staat der Rechtlosigkeit? Und was ist mit weniger umfassenden empirischen Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts, mit partieller Rechtlosigkeit im Kapitalismus: Sind sie bereits Ausweis eines Übergangs zur Gegenemanzipation oder genauso wesentlich bestimmt durch die kapitalistische Rechtsform und damit letztlich ihre Erscheinungen? Das zentrale Anliegen bei der Beantwortung dieser begrifflichen Fragen besteht dabei nicht in einer Neudefinition von Recht und Rechtlosigkeit, sondern darin, den kapitalistischen Zusammenhang von Recht und verschiedenen Arten des (Un-)Rechts bis hin zu Rechtlosigkeit zu ergründen, um auf dieser Basis das kapitalistische Recht so zu begreifen, dass die Ausgangsfrage nach der Gefahr von Gegenemanzipation beantwortet werden kann. Problematisch, aber bisher unvermeidlich ist Gleichsetzung von kapitalistischem Recht, das durch die kapitalistische Rechtsform wesentlich bestimmt ist, mit Recht überhaupt. Damit muss trotz bereits herausgearbeiteter entgegenstehender Argumente offen bleiben, ob nicht andere Arten von Recht für Emanzipation wie Gegenemanzipation zur Verfügung stehen. Zugleich zeigt das Problem, das die Empirie der Abweichungen aufwirft, die Notwendigkeit, staatliche und Klassenherrschaft als möglichen Grund von Abweichungen zu thematisieren. Beide Probleme werden im nächsten Kapitel erörtert.

Mit der Frage nach der Bedeutung der empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen des kapitalistischen Rechts ist man sogleich bei dem *Problem des Form-Inhalt-Verhältnisses* und damit des ontologischen Status der rechtlichen Inhalte im kapitalistischen Recht. Über diese Inhalte, das Besondere oder Konkrete des Rechts, ist, zunächst ausgehend vom dualistischen Form-Inhalt-Verständnis Ungers und vor allem Kennedys, Folgendes festzuhalten: Es handelt sich um die empirische Verschiedenheit von Gesellschaftsmitgliedern und ihren Beziehungen sowie um die sich daraus ergebenden Gegensätze und um das, was davon in Rechtsnormen und Rechtsanwendung eingeht. Diese Inhalte werden in erster Linie durch Interessen und die auf diesen basierenden Ideologien bestimmt. Dieses dualistische Verständnis bezieht sich aber auf einen positivistischen Formbegriff erscheinender Formalität und nicht wesentlicher Bestimmtheit. Der letztgenannte Formbegriff bezieht die Inhalte durch die Erkenntnis des übergreifenden Vermittlungsprozesses in die Form ein. Konsequenz zu Ende gedacht, wird mit diesem Formbegriff nicht nur der Dualismus von Form und Inhalt aufgelöst. Die Inhalte werden dergestalt als bloße Erscheinungen der Form, ihres kapitalistischen Wesens, konstituiert. Auf der Basis eines solchen Form-Inhalt-Monismus müsste eine wesentliche Bedeutung der Abweichungen verneint werden; basierend auf einem bloßen Dualismus würde sich die Frage der historischen Wesentlichkeit von vornherein nicht stellen. Mit dem Form-Inhalt-Problem und dem Problem der Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts ist also die Thematisierung zweier Pole meiner Begriffsbestimmungen im Hinblick auf meine Ausgangsfragen erreicht: Rechtlosigkeit bezüglich umfassender Abweichungen von abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform einerseits und übergreifende Allgegenwart und Verselbständigung dieses Rechts andererseits.

Der empirische Befund einer Autonomie des kapitalistischen Rechts ist wiederum, dem Befund der Abweichungen entgegenstehend, zentrales Indiz für den bisher entwickelten Begriff des kapitalistischen Rechts als wesentlich bestimmt in der Rechtsform. Die Begriffe der *Verselbständigung* und der *Formfunktionalität* drücken dabei den Versuch aus, wesentliche Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts und seine Funktionalität für kapitalistische Anforderungen widerspruchsfrei zusammenzubringen. Ob dabei zu sehr auf den wesentlichen Formbegriff abgestellt wird und deshalb Grenzen der Verselbständigung übersehen werden, ist auch hier eine Frage, die letztlich an der Lösung des Form-Inhalt-Problems hängt. Im Hinblick auf die Frage nach der Funktionalität des kapitalistischen Rechts, die über bloße Ideologien hinausgeht,

drängt sich wieder die Frage nach der Rolle des Staats und der Klassen auf, die in den folgenden Kapiteln erörtert werden soll.

Im Hinblick auf meine Ausgangsfragen scheint eine vorschnelle Auflösung des Form-Inhalt-Problems zugunsten des historischen Wesens des kapitalistischen Rechts von der Entlarvung dualistischer Scheinwidersprüchlichkeit und der metaphysischen Seite in Kennedys und Ungers Theorien zu neuen, in dem Wesen aufgehobenen Scheinwidersprüchen zu führen. Die Verselbständigung und der herrschaftlich übergreifende Charakter des kapitalistischen Rechts scheinen so der *Möglichkeit einer Negation des Rechts* als nicht rein objektive Veranstaltung entgegenzustehen, aber zugleich diese Negation als notwendig für Emanzipation anzuzeigen. Beharrt man mit Unger und Kennedy auf der Differenz der Inhalte und so von Inhalt und Form, die bei ihnen ein Dualismus von Form und Inhalt ist, und damit auch auf indeterminierter Subjektivität, eröffnet sich die Möglichkeit der Negation des Rechts. Allerdings wird auf diese Weise das Recht als ahistorisch (un)bestimmtes Instrument durch die Hintertür hereingeholt und damit die *Notwendigkeit der Negation des Rechts* bestritten.

Mein Vorwurf an die Adresse von Unger und Kennedy besteht zunächst nicht darin, dass sie keine oder eine falsche Antwort auf die Frage nach dem Verhältnis von Form und Inhalt im kapitalistischen Recht und damit auf die Fragen nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation des Rechts für Emanzipation und nach der Gefahr von Gegenemanzipation durch diese Negation bieten. Vielmehr gilt der Vorwurf der mangelnden Reflexion der Allgegenwart des kapitalistischen Rechts und damit seiner herrschaftlichen Verselbständigung einerseits und der Abweichungen vom abstrakt Liberalen des Rechts andererseits als Voraussetzung und Folge ihrer handlungstheoretischen Ideologiekritik. Eben solche Voraussetzung und Folge ist letztlich das Ausbleiben der Erörterung meiner Ausgangsfragen. Auf diese Weise setzen sie sich ungewollt der Gefahr aus, vermeintliche Emanzipation vom Recht entweder affirmativ oder sogar gegenemanzipatorisch zu entwerfen. Um notwendiges Material dieser Erörterung zu liefern, soll im Folgenden der fehlende explizite Bezug zur politischen Ökonomie,¹⁰² insbesondere zur staatlichen und zur Klassenherrschaft hergestellt werden.

VI. Staat und liberale Ideologie im Recht bei Mensch

Der Essay „Contract as Ideology“ (1989 [1981]) von Elizabeth Mensch ist für meine Arbeit nicht nur wichtig, weil Mensch die Bedeutung der politischen Ökonomie des Kapitalismus für das Recht erörtert. Vor allem geht sie dabei auf die Rolle des Staates ein und eröffnet so diese im Zwischenfazit eingeforderte Dimension des Rechts. In der Auseinandersetzung mit ihren Thesen können so das von mir herausgearbeitete Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik, die Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit und damit meine Ausgangsfragen erweitert und damit vertieft erörtert werden. In einem ersten Schritt werden im Folgenden, eng an ihrem Text orientiert, die zentralen Aussagen zusammengefasst, um in einem zweiten Schritt, über den Text hinausgehend, die genannte Erörterung zu vertiefen.

¹⁰² Diesen fehlenden Bezug zur politischen Ökonomie hält Brian Leiter den ‚Critical Legal Studies‘ insgesamt vor und spricht ihnen deshalb das Attribut „Marxist“ ab. Doch zum einen übersieht Leiter, dass es keinen eindeutigen Begriff von Marxismus gibt, dass Unger und Kennedy, wenngleich unzureichend, einen Bezug zum Gesellschaftlichen und damit auch zur politischen Ökonomie herstellen, erst Recht aber die folgenden Autoren (Leiter 1997: 367ff.).

1. Die Entfaltung des Paradigmas und der Bezug zum Staat bei Mensch

Mensch's Ausgangspunkt ist bereits von der Auseinandersetzung mit Ungers und Kennedys Beiträgen vertraut. Sie schreibt, dass die liberale, also formale und individualistische Idee vom Vertragsrecht von der Behauptung ausgehe, „that a formal system of rights could intelligibly define a boundary separating each individual's private sphere of legally protected autonomy from arbitrary, public or oppressive private power.“ (1989 [1981]: 148). Mit der formalen Seite des Rechts ist Mensch unweigerlich sofort bei der positivistischen Gegenüberstellung von Form – als Formalität – und Inhalt – hier dem Individuellen – angelangt. Dass Mensch einen „widersprüchlichen“ – in Wirklichkeit bloß gegensätzlichen (s. Anm. 33; A.III.3.) – Charakter dieser Gegenüberstellung auszumachen meint, entspricht ihren Form- und Inhaltsbegriffen und ist von Kennedy und Unger vertraut. Der weitergehende Widerspruch, den Mensch in dieser Konstruktion verortet, klingt aber neu: Hinter dem „System der Rechte“ stehe Staatsgewalt, die im Namen der liberalen Idee von der Freiheit ständig Freiheit einschränken müsse. Sie nennt einige Beispiele, wie das Kartellrecht, auf dessen Grundlage gegen den freien Vertrag eingeschritten werde, wenn sich Kartelle bilden. Letztlich würden sich immer wieder Freiheit und Sicherung der Freiheit, für die der Staat einschreite, entgegenstehen: „Every doctrinal dispute within the classical model is reducible to the claims of security and freedom.“ (a. a. O.: 149f.). Der ideologische Schleier über diesem Widerspruch entstehe dadurch, dass das formale Vertragsrechtsmodell immer vom Individuum statt von Staatsgewalt ausgehe: „[T]he formal contract model hid this internal contradiction by positing a magic moment of formation, when individual will created a right whose enforcement was necessary for the protection of free will itself: state coercion dissolved when viewed as merely protecting individual rights.“ (a. a. O.: 150). Wie Kennedy vage bezüglich des „Status Quo“ und Unger hinsichtlich seiner „Antinomie“ des „Liberalismus“ führt sie im Fortgang „Subjektives“ und „Objektives“ ein – eine Akzentuierung des Form-Inhalt-Verhältnisses, die bei ihr wie bei Unger einen Widerspruch bzw. einen bloßen Gegensatz konstituiert. Sie sucht auf diese Weise zu einem weiterreichenden Verständnis der Ideologie zu gelangen. Dieser Widerspruch führe nämlich dazu, dass (subjektive) Handlungen, speziell beim Verhandeln und im Vertragsschluss, nicht vollständig (objektiv) geregelt werden könnten.

Mit der Annahme dieses Widerspruchs setzt sich also deutlich Mensch's Bezug zum Formbegriff als erscheinender Formalität fort, der mit dem Form-Inhalt-Dualismus verknüpft ist. Ausgehend von diesem positivistischen Formbegriff stellt sie fest, dass ein Teil der Handlungen durch das Raster der Gesetze bzw. ihrer Form falle; dieser Teil sei dadurch trotz rechtlicher Freiheitsverbürgung ungeschützt. Daher gelte umgekehrt für freiheitseinschränkende Handlungen, dass sie sich ebenfalls der Form entzögen: „In theory exchanges are a function of autonomous will, not legal force: while state control is required to secure future performance, a present exchange of goods or promises is a pure expression of voluntarism. In turn, this expression of voluntarism required intelligible legal rules to separate free bargains from those formed under fraud, duress or undue influence... However... a natural separation simply does not exist. Instead, the legal boundary identifying freedom is a function of legal decisionmaking, and has varied over the course of history. In particular, it has arbitrarily excluded economic pressure from the legal definition of duress.“ (a. a. O.: 152). Diese „willkürliche“, sich der Rechtsform entziehende legale Definierung subjektiver Handlungen, etwa von Nötigung unter Ausschluss ökonomischer Zwänge, ist nach Mensch zugleich die formkonstituierende ideologische Verschleierung von Willkür und Zwang: „That exclusion concealed the fact that coercion, including legal coercion, lies at the heart of every bargain... Since the inner sphere of free bargaining and the outer framework of fixed rules collapse into each other, the problem of state coercion in the ideal of free contract is not simply a messy inconvenience caused by temporal change; it is a problem deep in the core of the ideology itself... The legal myth was too obviously only an ideological myth. If the free contract ideal seemed to accurately reflect life under capitalism, that is surely in large part attributable to the power of the ideology“ (a. a. O.: 152f.). Hier findet sich endgültig die Kritik des empirischen Formalen, Abstrakten oder Allgemeinen, also von Erscheinungen der wesentlichen kapitalistischen Bestimmtheit des Rechts, in entsprechender Kombination mit einem handlungstheoretischen

Ideologiebegriff wieder. Zugleich ist das die von Kennedy und Unger vertraute Idee einer Pseudo-Autonomie, die in Wirklichkeit eine ahistorische (Un-)Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts ist.

2. Staatliche Souveränität und das Form-Inhalt-Problem

Anders als Kennedy und Unger hat Mensch die politische Ökonomie des Kapitalismus deutlich im Blick. Für viele Marxisten resultiert der Bezug auf die politische Ökonomie in eine bestimmende Bedeutung der Basis – der Ökonomie – für den Überbau – wie etwa dem Recht.¹⁰³ Hier soll keine Marx-Philologie betrieben werden, um der Frage nachzugehen, ob Marx an anderer Stelle anders argumentiert hat. Aber die mit Marx' Hilfe entwickelte, auch auf Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform zielende Rechtsformkritik, die einem Funktionalismus entgeht, hat gezeigt, dass sich dieses Verhältnis komplexer darstellt. Auch Menschs Theorie fügt sich nicht in ein schlichtes Basis-Überbau-Schema. Zum Ersten betont sie die Wirkung des Rechts auf die Ökonomie: „Since ownership is a function of legal entitlement, every bargain... is a function of the legal order... It is therefore wrong to dissociate private bargaining from legal decisionmaking: The results of the former are the function of the latter“ (a. a. O.: 153). Auf diese Weise rückt sie nicht die Ökonomie, sondern den Staat ins Zentrum ihrer Betrachtung der politischen Ökonomie und ihrer Bedeutung für das Recht.

Mit dem Staat offenbart sich ein weiterer Baustein der Erkenntnis der Herrschaftsdimension des Rechts, die dafür sorgt, dass sich der auf verschiedene Weise von Kennedy, Unger und Mensch konstatierte, dem Kapitalismus inhärente Gegensatz zwischen Subjektivem und Objektivem, Besonderem und Allgemeinem, Konkretem und Abstraktem oder Inhalt und Form des Rechts auflöst oder zumindest niedergezwungen wird. Dieser Baustein ist der Staat als ein der kapitalistischen Rechtsform unterworfenen Hüter dieser Form. Die herrschaftsförmige Vermittlung des Besonderen durch die realen Abstraktionen des Rechts, die bisher als seine wesentliche Bestimmtheit herausgearbeitet wurde, wäre damit aber zugleich eine Vermittlung der besonderen, willkürlichen Herrschaft des Staats. Doch der Staat tritt bei Mensch nicht einfach nur als Zwangsgewalt im Auftrag der Rechtsform und vermittelt durch diese auf. Er scheint bei ihr zur autonomen Macht zu werden, die über Ökonomie und Recht, über der kapitalistischen Gesellschaft insgesamt steht, indem er genau das umfasst, was dem bisher entwickelten Begriff des kapitalistischen Rechts widerspricht, nämlich *souveräne Willkür*. Der Staat ist in dieser Interpretation auch letzter Garant der spezifischen, abstrakt gesellschaftlichen Einheit, die, wie gezeigt, in der Rechtsform vermittelt wird. An diesem Punkt betrachtet, ist Menschs Theorie also keine handlungstheoretische Bestimmung des Rechts, sondern eine souveränitätstheoretische und trifft sich mit dem, was Neumann in seinem „politischen“ Rechtsbegriff akzentuiert hat.¹⁰⁴ Leider

¹⁰³ Dabei können sich die Basis-Überbau-Theoretiker im Mindesten hinsichtlich des Rechts auf Aussagen von Marx wie die folgende berufen: „In der gesellschaftlichen Produktion gehen die Menschen bestimmte, notwendige, von ihrem Willen unabhängige Verhältnisse ein, Produktionsverhältnisse, die einer bestimmten Entwicklungsstufe ihrer materiellen Produktivkräfte entsprechen, Die Gesamtheit dieser Produktionsverhältnisse bildet die ökonomische Basis, worauf sich ein juristischer und politischer Überbau erhebt, und welcher bestimmte gesellschaftliche Bewußtseinsformen entsprechen.“ (1981 [1859]: 8). Dass daraus leicht ein funktionalistischer Ökonomismus wird, ist bereits angesprochen worden (s. Anm. 43). Genauer wird darauf in Teil B eingegangen.

¹⁰⁴ Der *Souveränitätsbegriff* verweist aber, sich in dieser Weise mit der Handlungstheorie treffend, auf eine Indeterminiertheit, und zwar von Kollektivsubjekten. Bezüglich des Staats wird der Begriff folglich auch als „Hoheitsgewalt“ gefasst (Meister 1990: 313; vgl. Zippelius 1999 [1969]: 58ff.). Der nationalsozialistische Rechtswissenschaftler Carl Schmitt hat in seinem berühmten Souveränitätsbegriff ebenfalls die über das Recht hinausreichende, indeterminierte Staatsgewalt zu erfassen gesucht: „Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand entscheidet... Die Entscheidung über die Ausnahme ist nämlich im eminenten Sinne Entscheidung.“ (1996 [1922]: 13). Das reflektiert auch Neumann, allerdings in kritischer Perspektive. Er betrachtet aber, wie bereits angesprochen (s. A.VI.2. und 3.; Anm. 95), staatliche Souveränität zugleich als Teil des Rechts: „Dieser Staat, in dem Gesetze, aber nicht Menschen herrschen sollen (die anglo-amerikanische Formel), dieser Rechtsstaat (die deutsche Formulierung) beruht auf zwei Elementen: auf

stellt auch Mensch keinen Zusammenhang zu unvermittelter Rechtlosigkeit her. Abweichungen staatlicher Akte von liberaler Rechtsförmigkeit bzw. genauer: von abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform sind generell kein Thema für sie. Dadurch demonstriert sie, dass sie genauso wie Unger und Kennedy in der Kritik des liberalen Rechts gefangen bleibt. Aber der Begriff der staatlichen souveränen Willkür könnte nichtsdestotrotz ein weiterer Schlüssel sein, solche Abweichungen bis hin zur unvermittelten Rechtlosigkeit zu erfassen.

Es stellt sich dann allerdings vehement die Frage: Löst sich auf diese Weise die gerade noch aufgeschienene Bedeutung der Rechtsform für den Staat als deren Garantieherrschaft schon wieder auf, nämlich in staatlicher Souveränität und entsprechender Willkür?¹⁰⁵ Ist damit die Autonomie des Rechts kassiert und so zugleich die Frage nach den Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts schlicht beantwortet: Ihr Grund ist der Staat? Und was ist mit der Funktionalität der Rechtsform für wesentliche kapitalistische Anforderungen – ist sie für den Staat disponibel? Letztlich ist man damit bereits wieder beim Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik angelangt: Wie weit reicht der Formbegriff, der die Form als herrschaftlich übergreifende und verselbständigte Vermittlung durch Abstraktion erfasst? Mensch gibt keine wirklichen Antworten auf diese Fragen, da sie den hier entwickelten Begriff der kapitalistischen Rechtsform als kapitalistisches Wesen des Rechts nicht reflektiert, sondern sich nur auf die Rechtsform als Formalität des Objektiven im dualistischen Verhältnis zum Subjektiven oder Individuellen bezieht. Außerdem stellt sie die inhaltliche Seite der „willkürlichen legalen Definierung“ der Vertragsfreiheit und die entsprechende Behandlung von Verträgen ins Zentrum ihrer Kritik, so dass die Rechtsform weitgehend unkritisiert bleibt. Die kapitalistische Rechtsform taucht so nur indirekt und unkritisiert auf, in ihrer zentralen abstrakt liberalen Erscheinung, der „Legalität“. Diese „Legalität“ wird bei Mensch durch staatliche Herrschaft nicht angetastet, sie unterwirft sich umgekehrt diese Herrschaft. Damit eröffnet Mensch ohne Reflexion der Rechtsform

Gewalt und Gesetz, auf Souveränität und Freiheit. Der Souveränität bedarf das Bürgertum, um lokale und partikulare Gewalten zu vernichten, die Kirche aus den weltlichen Angelegenheiten zurückzudrängen, eine einheitliche Verwaltung und Rechtsprechung herzustellen, die Grenzen zu sichern und Kriege zu führen, und um alle diese Aufgaben zu finanzieren... Selbst da, wo behauptet wird, daß sich Souveränität ausschließlich aus der Konkurrenz entwickeln müsse, selbst da ist in Wahrheit die gesetzlose Gewalt unabhängig von der Konkurrenz gefordert. In der juristischen Terminologie drückt sich dieser echte Widerspruch bereits in der Doppelbedeutung des Wortes ‚Recht‘ aus. Denn Recht meint einmal das objektive Recht, d. h. das vom Souverän gesetzte oder jedenfalls der souveränen Gewalt zurechenbare Recht, zum anderen den Anspruch des Rechtssubjektes. Also einmal die Verneinung der Autonomie des Individuums und zugleich seine Bejahung.“ (Neumann 1967 [1937]: 31; s. zur juristischen Terminologie „objektives“ und „subjektives Recht“: Creifelds et al. 2000: 1058). Das verweist auf die generelle und nicht nur auf deutsche Spezifik bezogene Aussagekraft des Begriffs Rechtsstaat, in dem der Staat auftaucht – im Gegensatz zur angelsächsischen Entsprechung „rule of law“. Dass die Begriffe zugleich für die Tradition deutscher Staatsfixiertheit auf der einen und die Tradition angelsächsischer Begrenzung staatlicher Souveränität stehen, bleibt damit unbestritten (zu den beiden Begriffen ausführlich: Kirchheimer 1967: 122ff.). Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Souveränität, die letztlich zur Frage nach den Abweichungen vom abstrakt Liberalen des Rechts gehört, ist damit aber keinesfalls beantwortet.

¹⁰⁵ Diese Frage stellt sich schon in der frühen Zuspitzung einer Theorie der Verselbständigung des Rechts, nämlich bei Hegel (s. Anm. 98), wo es gegen Ende wider die Verselbständigung plötzlich heißt: „Die Souveränität, zunächst nur der allgemeine Gedanke dieser Idealität, existiert nur als die ihrer selbst gewisse Subjektivität und als die abstrakte, insofern grundlose Selbstbestimmung des Willens, in welcher das Letzte der Entscheidung liegt. Es ist dies das Individuelle des Staats als solches, der selbst darin nur Einer ist.“ (Hegel 1970 [1821]: 444). Hans Kelsen setzte konsequent seine theoretische Abbildung der Verselbständigung, die Theorie der „Rechtssouveränität“ Schmitts Theorie der staatlichen Souveränität entgegen: „Gerade die Staatsperson ist aber die Totalrechtsordnung selbst.“ (Kelsen 1960 [1928]: 21). Damit wollte er nicht ein soziologisches Phänomen von staatlicher Souveränität bestreiten, aber doch seine Rechtslehre „rein“ halten. Wie viele andere gegenwärtige Staatsrechtler behauptet Reinhold Zippelius, ein Kompromiss zwischen staatlicher und rechtlicher Souveränität würde im Begriff der „Organsouveränität“ aufgehen. Dieser Begriff „bezeichnet also die legale, d. h. in der Staatsverfassung begründete Verfügungsmacht des obersten Staatsorgans über den Normen- und Kompetenzbestand, nicht jedoch über die Grundentscheidungen der (geschriebenen oder ungeschriebenen) Verfassung.“ (Zippelius 1999: 61).

als historisch wesentliche Bestimmtheit auf den ersten Blick eine Perspektive, Rechtsform und staatliche Souveränität im Kapitalismus zusammen zu denken: Die Rechtsform wäre zugleich – zumindest Teil der – Form des Staats, ohne aber von vornherein seine Souveränität über die Rechtsinhalte zu untergraben.

Eine Souveränität, die sich auch über die Rechtsform hinwegsetzt und die Neumann mit seinem „politischen“ Rechtsbegriff erfasst (s. Anm. 95 und 104), reflektiert Mensch gerade mangels Reflexion der kapitalistischen Rechtsform nicht. Die Herrschaft des Staats als Garant der Rechtsform verweist somit zwar auf die empirische Nichtidentität der Rechtsform dank ihres Dualismus zwischen Form als erscheinendem Abstraktem und Inhalt als erscheinendem Konkretem, die der Staat ausmerzen muss. Das Wesen des kapitalistischen Rechts könnte aber die Unwesentlichkeit dieses Dualismus und damit auch der staatlichen Souveränität bedeuten. Mensch setzt sich nicht nur mangels Reflexion der kapitalistischen Rechtsform, sondern auch mangels Berücksichtigung von nicht-liberalem Recht dieser Spannung zwischen den beiden von mir herausgearbeiteten Form- und Inhaltsbegriffen, der These von dem übergreifenden Herrschaftsanspruch kapitalistischer Rechtsform einerseits und der These eines verbleibenden wesentlichen Status der Inhalte andererseits nicht aus. Indem sie schreibt, dass die „Legalität“ bloßer ideologischer Schleier über der staatlichen Herrschaft sei, bleibt sie der handlungstheoretischen Ideologiekritik treu. Die somit unaufgelöste Spannung wird durch Mensch jedoch um die Dimension souveräner Willkür des Staats erweitert – sei es eine im Wesen der kapitalistischen Rechtsform aufgehende Dimension oder sei es souveräne Willkür in einem strengen Sinn.

3. Doppelter Herrschaftscharakter sowie gegenemanzipatorische und emanzipatorische Potenziale des Rechts, Unterscheidung von Recht und Rechtlosigkeit

Lässt man das Form-Inhalt-Problem und damit die Frage, ob der Staat im Recht verschwindet, zunächst beiseite, lässt sich aufbauend auf Mensch's Ausführungen eine weitere zentrale Eigenschaft des kapitalistischen Rechts herausarbeiten. Es zeigt sich, dass die kapitalistische Rechtsform einen doppelten Herrschaftscharakter hat, der sie doppelt an staatliche Herrschaft und Gewalt bindet. Sie ist zum Ersten nicht nur *herrschaftliche Vermittlung* durch Abstraktion, sondern als diese auch staatlich garantierte Vermittlung; zum Zweiten ist sie dergestalt auch rechtliche *Vermittlung konkreter, im Sinn von unvermittelter, staatlicher Herrschaft und Gewalt*. Einerseits ist so die kapitalistische Vermittlung durch Abstraktion ein antiherrschaftlicher Prozess, nämlich das übergreifende und universalisierte Setzen eines Dritten zwischen und Formung vom Herrscher und Beherrschten. Andererseits scheint aber unvermittelte staatliche Herrschaft weiter mitgeschleppt und durch den Herrschaftscharakter der rechtlichen Vermittlung noch ergänzt zu werden. Das könnte Mensch's Rede von der „willkürlichen legalen Definierung“ und somit der Begriff der souveränen Willkür treffend einfangen. Spiegelverkehrt zur historischen Abfolge wird also das, was ich mit Unger als eine kapitalistische Spezifik der Rechtsform entwickelt habe, ihr überempirischer und doch die gesamte Empirie erfassender, also übergreifender und damit auch herrschaftlicher Charakter, bei Mensch erweitert durch staatliche Herrschaft und Gewalt. Die Reflexion der doppelten Bindung der kapitalistischen Rechtsform an Herrschaft ist zugleich eine Reflexion der – kapitalistisch vermittelten – Fortexistenz vorkapitalistischen Rechts und vorkapitalistischer unvermittelter Herrschaft im kapitalistischen Recht.¹⁰⁶ Gleiches gilt für Identität, die der Staat mittels Gewalt und Herrschaft oder die (gegebenenfalls volksstaatliche)¹⁰⁷

¹⁰⁶ Paschukanis spricht, meines Erachtens das Aufgehen von vorkapitalistischen Arten von Recht im kapitalistischen Recht übertrieben akzentuierend, von „Recht“ erst in Bezug auf die „bürgerliche Gesellschaft“. Er fügt aber hinzu: „Aber eine entwickelte und vollendete Form schließt ja unentwickelte und rudimentäre Formen nicht aus, sondern setzt sie im Gegenteil voraus.“ (Paschukanis 2003 [1924]: 42; s. zur Historizität des Rechtsbegriffs s. auch: A.VIII.4. und B.IV.)

¹⁰⁷ Der Begriff des „Volksstaats“ stammt hier von Ulrich Enderwitz, denn er sieht diese staatlich-volksgemeinschaftliche Unvermitteltheit ebenfalls im Kapitalismus angelegt. Ferner bezieht er ihn ebenso

Gemeinschaft herstellt.¹⁰⁸ Durch die Vermittlung in der Rechtsform wird diese Identität aber zur vermittelten, abstrakten Identität. Insofern kann man auch von einer doppelten Bindung des Rechts an gesellschaftliche Identität sprechen, durch die vorkapitalistische, gemeinschaftliche Identität mitgeschleppt wird.¹⁰⁹

Dadurch wird aber auch deutlich, dass *Vermittlung durch Abstraktion* bzw. *Unvermitteltheit* die Kriterien zur Unterscheidung von Recht und einer auf *Gegenemanzipation* verweisenden *Rechtlosigkeit* sind. Der Vermitteltheit der Rechtssubjekte, rechtsstaatlicher bzw. rule of law-Herrschaft und -Identität stehen unvermittelte Konkurrenzsubjekte, unvermittelte Herrschaft und / oder unvermittelte Identität gegenüber. Rechtlich unvermittelte Konkurrenz wäre der ‚Krieg aller gegen alle‘, der Individualität unter der Herrschaft des Kampfes begraben würde und den der common sense wie auch eine lange rechtsphilosophische Tradition als einzige Alternative zum Recht an die Wand malt.

Unvermittelte staatliche Herrschaft ist die Herrschaft, die Individualität durch souveräne Willkür unterdrückt oder gar liquidiert. Unvermittelte staatliche Identität, also eine volksstaatliche Unterdrückung oder Liquidierung von Individualität, ist das, was sich im Nationalsozialismus zumindest angedeutet hat, aber im Gewand der Kodifizierung rechtsstaatlich erschien.¹¹⁰ Volksstaatliche Identität bedeutet allerdings in letzter Konsequenz, dass Individualität zugunsten der Volksvergemeinschaftung völlig liquidiert und so zumindest nach innen Herrschaft obsolet wird (s. Anm. 107). Die Individualität unterdrückende oder liquidierende Unvermitteltheit, die die genannten Zustände als gegenemanzipatorische auszeichnet, ist also zugleich zentral verursacht durch eine Negation von Recht, die nicht in eine andere Art von Vermittlung durch Abstraktion mündet.

Wenn man, wie Neumann, den Rechtsbegriff auch auf den „politischen“ Rechtsbegriff, also vor allem auf unvermittelte staatliche Herrschaft bezieht, so wird der aufgezeigte gleichzeitige Zusammenhang von rechtlicher Vermittlung und Unvermitteltheit so sehr betont, dass der Rechtsbegriff einen bestimmten Gehalt – über Kodifizierung oder Normierung hinaus – verliert.¹¹¹

auf das Deutsche Reich zu Beginn des 20. Jahrhunderts und sieht die Vollendung dieses Staats im „Führerstaat“ des Nationalsozialismus (Enderwitz 1998 [1991]: 123ff.). Ohne den Begriff zu verwenden, stellen als einzige in dieser Arbeit behandelte Autoren Alex Gruber et al. so verstandene unvermittelte staatlich-volksgemeinschaftliche Herrschaft ins Zentrum einer Rechtskritik (Gruber et al. 2003: s. auch C.III.3.). Neumanns Begriff vom „politischen Recht“ klammert die volksgemeinschaftliche Seite aus (vgl. Anm. 95).

¹⁰⁸ Allerdings hat sich diese unvermittelte staatliche Identität auch erst mit dem Kapitalismus, also auch erst in der Vermittlung zu einer „Einheit“ sowie zu einer „rechtlichen Einheit der Staatsgewalt“ entwickelt (Zippelius 1999: 56ff.).

¹⁰⁹ So könnte auch Holger Schatz’ ausführlich begründeter Hinweis Sinn machen, dass in den hochkapitalistischen Metropolen gleichzeitig persönlich und unpersönlich geherrscht werde (Schatz 2004: 230ff.). Er führt aber im Hinblick auf seine Beispiele ebenfalls aus: „Abstrakte Herrschaft übersetzt sich... in persönliche Herrschaft bzw. materialisiert sich in Gestalt dieser.“ (2004: 232). Damit gibt er die Erörterung auf, inwieweit die Erscheinungen persönlicher Herrschaft (also Abweichungen von abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform) nichtsdestotrotz in empirisch-überempirischer Art und Weise den kapitalistischen Formen unterworfen und so letztlich doch vermittelt sind bzw., falls dies nicht der Fall sein sollte, wie man Ahistorizität und Wesensphilosophie entgegen will.

¹¹⁰ Auf eine solche *volksstaatliche Identität* wollte letztlich auch Schmitt mit seinem Souveränitätsbegriff hinaus. Seine Staatslehre grenzt er nicht nur gegen „Normativismus“, also die Herrschaft des Gesetzes, ab, sondern auch gegen „Dezisionismus“. Mit seinem „Nomos“-Begriff will er auf Erd- und Volksverbundenheit des Staats und seines Rechts hinaus. Adorno und Horkheimer schreiben dazu im Hinblick auf den Nationalsozialismus: „Die Einheit des manipulierten Kollektivs besteht in der Negation des je Einzelnen, es ist Hohn auf die Art Gesellschaft, die es vermöchte, ihn zu einem zu machen.“ (Adorno et al. 1998 [1944]: 29). Manipulation würde allerdings bedeuten, dass die Identität noch nicht vollkommen ist.

¹¹¹ Dass staatliche Souveränität letztlich kapitalistisches Recht, letztlich Recht überhaupt, hinter sich lassen müsste, deutet Schmitt mit seinem Souveränitätsbegriff an (s. Anm. 104): „Ausnahmestand“ und „im

Die herausgearbeitete Spezifik des kapitalistischen Rechts als wesentlich bestimmt in einer herrschaftlich übergreifenden und verselbständigten Vermittlung durch Abstraktion entlarvt so die Alternativen eines Rechts des Konkreten, soweit sie nicht ungewollt schlicht auf Affirmation zielen, als verwandt, aber doch entscheidend anders, nämlich auf Unvermitteltheit abzielend. Zugleich ist mit diesem Rechtsbegriff Gegenemanzipation als völlige Streichung oder Unterdrückung individueller Entfaltung notwendig nicht nur an die Negation der kapitalistischen Rechtsform, sondern, ausgehend von den Kriterien Vermitteltheit und Unvermitteltheit, an Negation des Rechts generell gebunden. Damit ist offensichtlich die *Gefahr der Gegenemanzipation durch die Negation des Rechts* benannt. Im Hinblick auf das Ergebnis einer solchen Negation des Rechts kann man also von gegenemanzipatorischer oder umfassender unvermittelter Rechtlosigkeit sprechen. Durch die Kriterien Vermitteltheit und Unvermitteltheit schleicht sich dabei nicht eine ahistorische (Un-)Bestimmtheit des Rechts ein, denn Recht bleibt an historisch bestimmte Gesellschaften, nämlich herrschaftliche, doppelt gebunden. Die verschiedenen Arten von Vermitteltheit und Unvermitteltheit verleihen zudem dem jeweiligen Recht oder der jeweiligen Rechtlosigkeit einen je historisch spezifischen Charakter.

Mit den Kriterien für die begriffliche Bestimmung von Recht und Rechtlosigkeit deuten sich zugleich *emanzipatorische und gegenemanzipatorische Potenziale* im kapitalistischen Recht an: Herrschaftslose Vermittlung durch Abstraktion auf der einen Seite, Unvermitteltheit auf der anderen.¹¹² Ersteres Potenzial zielt auf Arten individueller Entfaltung in freier Assoziation,¹¹³ letzteres auf die Streichung oder Unterdrückung von Individualität¹¹⁴, woran sich die schon angesprochenen gegenemanzipatorischen Ideologien heften. Bestätigen sich diese Potenziale, würde das auch bedeuten, dass der in der Einleitung skizzierte Emanzipationsbegriff nicht den Hirngespinnsten einiger Gesellschaftskritiker, bloßer geistiger Subjektivität, entspränge. Genauso wie Möglichkeiten der Gegenemanzipation wären die der Emanzipation im kapitalistischen Recht konstituiert. Damit wäre Emanzipation bereits gegenwärtig insofern „wirkliche Bewegung“ (Marx, s. auch Einleitung), als sie in der (Rechts-)Form des Handelns und Denkens der Subjekte angelegt

eminenten Sinne Entscheidung“ entziehen sich jeglicher Formbestimmtheit und somit auch einem Rechtsbegriff, der nicht wie bei Neumann überdehnt wird.

¹¹² Bloße Differenz als bloßer Individualismus würde jegliche Vermittlung, Vermitteltheit wie Unvermitteltheit, und damit auch Emanzipation wie Gegenemanzipation ausschließen. Allerdings lassen Konkurrenz, Staat, Klassen, staatliche und gesellschaftliche Identität im Kapitalismus eine solche Vereinzelung zu einer völlig unwahrscheinlichen Perspektive werden.

¹¹³ In Bezug auf rechtstaatliche Bürokratie schreibt Adorno entsprechend: „Die Entpersönlichung und Verdinglichung, die dem Einzelnen im Bürokraten greifbar werden, mit dem er zu verkehren hat, sind sowohl Ausdruck der Entfremdung des Ganzen von seinem menschlichen Zweck und insofern negativ, wie umgekehrt auch Zeugnis jener Vernunft, die allen zugute kommen könnte und die allein das Schlimmste verhindert.“ (Adorno 1998 [1954]: 447). Krahl führt aus: „Vermittlung etwa von Wesen und Erscheinung, Allgemeinem und Besonderem stellt sich einmal als die Subsumtion der besonderen Gebrauchswerte unter den allgemeinen gesellschaftlichen Wert dar, welches die reale Scheinbarkeit der Abstraktion als daseiender impliziert, zum anderen als die Befreiung der Individuen durch das konkret Allgemeine, solidarische Kollektive usw. Einmal gilt es, die reale Ontologie des Kapitals zu entlarven, zum anderen, Modelle konkreter Vermittlung zum mindesten postulativ zu antizipieren.“ (Krahl 1971: 88). Postone schreibt, dass „nicht alle Formen der Universalität als notwendigerweise an den Wert gebunden“ betrachtet werden müssen, „eine andere Art von Allgemeinheit“, die zwar „in entfremdeter Form konstituiert wurde“, aber „in einer Form existieren könnte, die von der Strukturierung durch den Wert befreit ist“ (Postone 2003 [1994]: 552).

¹¹⁴ „Während die Gesellschaft ohne Recht, wie im Dritten Reich, Beute purer Willkür wurde, konserviert das Recht in der Gesellschaft den Schrecken, jederzeit bereit, auf ihn zu rekurrieren mit Hilfe der angeführten Satzung... Dies [juristische] Gehege, ideologisch an sich selbst, übt durch die Sanktionen des Rechts als gesellschaftlicher Kontrollinstanz, vollends in der verwalteten Welt, reale Gewalt aus. In den Diktaturen geht es über in diese unmittelbar, mittelbar stand sie von je dahinter.“ (Adorno 1998 [1966]: 303f.). Schmitts „Ausnahmestand“ (s. Anm. 104) verweist mit dem Blick auf die Historie so auf ein gegenemanzipatorisches Potenzial, das sogar die Gefahr beinhaltet, dass der „Ausnahmestand“ unvermittelter staatlicher Herrschaft zum Regelzustand wird. Die „Organsouveränität“, wie sie moderne Staatsrechtler vertreten (s. Anm. 105) verdeckt dieses Potenzial, kann es aber nicht beseitigen.

wäre.¹¹⁵ Wenn man aber mit dem Begriff der Wirklichkeit die Empirie akzentuieren will (s. Einleitung; Anm. 5), ist dennoch Vorsicht in der Rede von „wirklicher Bewegung“ angesichts der Allgegenwart des Rechts oder gar gegenemanzipatorischer Bestrebungen gegen das Recht angezeigt. Statt der „wirklichen Bewegung“ ist in der Geschichte des Kapitalismus in dieser Hinsicht das Recht, sogar gegenemanzipatorische Rechtlosigkeit und höchstens ein emanzipatorischer Anspruch wirklich gewesen.

Die Potenziale sind auch nicht zu verwechseln mit der Parteinahme für bloße Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform, sondern zielen auf etwas, das nur keimhaft vorhanden ist. Sie können so auch nicht als alleiniger Maßstab von Kritik dienen (s. dazu D.III.). Auch der Verweis auf vergangene unvermittelte Herrschaft und Identität als Empirie gegenemanzipatorischer Potenziale hilft wiederum nur begrenzt im Hinblick auf eine Konkretisierung der gegenemanzipatorischen Potenziale weiter, denn der Begriff Potenzial soll nicht allein in die Zukunft weisen, sondern die Verbindung mit dem Bestehenden zum Ausdruck bringen. Entsprechend verändern sich auch die gegenemanzipatorischen Potenziale historisch und sind nicht schlicht ein Potenzial zur Wiederholung vergangener unvermittelter Herrschaft und Identität. Allerdings können, wenn nicht aus der vorkapitalistischen Vergangenheit, so doch aus den Erfahrungen mit unvermittelter Herrschaft und Identität in der Geschichte des Kapitalismus Rückschlüsse für gegenwärtige diesbezügliche Gefahren gezogen werden. Offensichtlich ist, dass das Übergreifende der Rechtsform und der durch sie vermittelten Klassen- und staatlichen Herrschaft¹¹⁶ nicht nur das Potenzial einer übergreifenden individuellen Entfaltung, sondern auch übergreifender Herrschaft, Identität und Vernichtung frei setzt, wie mit der entsprechenden volksstaatlichen Identität und der Vernichtung der europäischen Juden im Nationalsozialismus deutlich geworden ist.¹¹⁷ Da es sich auf der anderen Seite um Potenziale handelt für etwas, das auch in die Zukunft weist und sich so der kapitalistischen Rechtsform entzieht, diese aber übergreifend Denken und Handeln vermittelt, und beide Potenziale zu ihrer Verwirklichung indeterminierter Subjektivität bedürfen, erscheint auch deshalb eine genaue Vorstellung von dem, worauf die Potenziale zielen, nicht möglich. Das ist der Grund in der ‚Natur der Sache‘, von dem in der Einleitung als Begründung dafür die Rede war, dass sich die Erörterung meiner Ausgangsfragen auf gegenwärtige Gesellschaft und ihr Recht, statt auf etwaige zukünftige konzentrieren muss. Allerdings schließt das nicht aus, zu erkennen, dass sich hier andeutet, dass dieser Begriff von Emanzipation die Negation von Recht voraussetzt. Vermittlung durch Abstraktion ist zwar ein Element von Recht, aber als herrschaftslose Vermittlung wäre sie dann emanzipatorische Rechtlosigkeit, wenn Recht, nicht nur, aber insbesondere kapitalistisches, tatsächlich doppelt an Herrschaft gebunden ist. Mit den beiden verschiedenen – emanzipatorischen und gegenemanzipatorischen – Arten von Rechtlosigkeit gäbe es so auch zwei Arten von Negation des Rechts.¹¹⁸

¹¹⁵ Das Insistieren auf den aufscheinenden emanzipatorischen Potenzialen würde auch eine Kritik des kapitalistischen Individualismus ermöglichen, die gerade auf individuelle Entfaltung wie im in der Einleitung skizzierten Emanzipationsbegriff zielt. Zu kritisieren ist das der herrschaftlichen Vermittlung geschuldete Zwanghafte des kapitalistischen Individualismus und die entsprechende Perspektive, dass die atomisierten Subjekte sich bloße Grenze statt auch Möglichkeit wechselseitiger Verwirklichung sind: „Befreit wäre das Subjekt erst als mit dem Nichtich Versöhntes...“ (Adorno 1998 [1969]: 279).

¹¹⁶ Eine wichtige Dimension dieses Übergreifens staatlicher Herrschaft äußert sich im Rechtsstaat als auf der „Organsouveränität“ beruhendes zentrales Moment gesellschaftlicher Identität, nämlich als die „Einheit der Staatsgewalt“, die, aus der Feder eines deutschen Staatsrechtsgelehrten, „bedeutet, daß es im Staatsgebiet keine hoheitlichen Regelungsbefugnisse gibt, die der Staatsgewalt gegenüber eigenständig wären.“ (Zippelius 1999: 63).

¹¹⁷ Adorno und Horkheimer schreiben entsprechend: „Die Horde, deren Name zweifelsohne in der Organisation der Hitlerjugend vorkommt, ist kein Rückfall in die alte Barbarei, sondern der Triumph der repressiven Egalität, die Entfaltung der Gleichheit des Rechts zum Unrecht durch die Gleichen.“ (Adorno et al. 1998 [1944]: 29). Von der „Ausrottung der Juden“, die „total“ sein „musste“, spricht Postone (1988 [1982]: 243, s. auch Anm. 108).

¹¹⁸ William Leon McBride schreibt über die beiden Arten von Rechtlosigkeit: „[It] would be a society of individuals so enlightened that, while they would constantly be making conscious choices as to whether to

Um notwendigerweise auf das Form-Inhalt-Problem zurückzukommen: Die gegenemanzipatorischen Potenziale in der kapitalistischen Rechtsform und damit auch souveräne staatliche Willkür würden jedenfalls genauso wie die emanzipatorischen an Bedeutung verlieren, wenn die Spannung zwischen der These von wesentlicher, formbestimmter Identität und der These wesentlicher Nichtidentität der Inhalte und damit von Form und Inhalt des Rechts wegen des herrschaftlich übergreifenden und verselbständigten Charakters der Rechtsform einseitig zum Pol der formbestimmten Identität aufgelöst werden müsste. Souveräne staatliche Willkür, Unvermitteltheit generell wären bloßes empirisches Material des Formprozesses, emanzipatorische Potenziale als Potenziale individueller Entfaltung wären nicht denkbar. So müssen die Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit genauso wie meine Ausgangsfragen weiter erörtert werden. Mensch liefert dafür, wie Unger, Material im Hinblick auf das Problem der Funktionalität des kapitalistischen Rechts.

4. Die Funktionalität des kapitalistischen Rechts bei Mensch und Formfunktionalität für liberale Mindeststandards sowie aufgeworfene Fragen

Mit dem Bezug zur politischen Ökonomie und dem damit zusammenhängenden Zivilrecht thematisiert Mensch zentral die Rolle des Staats für das Recht, aber auch seine Funktionalität für kapitalistische Gesellschaft, insbesondere Ökonomie. Diese Funktionalität ist von Kennedy und Unger gemäß ihrem Paradigma in Bezug auf Ideologien und Interessen hergestellt worden, aber von Unger auch in Bezug auf wesentliche kapitalistische Anforderungen thematisiert worden, so dass ich den Begriff der Formfunktionalität herausarbeiten konnte. Mensch thematisiert im Hinblick auf die Funktionalität des Rechts vor allem das Beispiel der Garantie von Privateigentum und Vertragsfreiheit.¹¹⁹ Bei ihr deutet sich eine Funktionalität für das Kapital, verstanden als objektiver Prozess, an (s. B.II.2. und B.V.). In dieser Hinsicht geht es z. B. darum, dass die Realisierung des Werts nicht gedacht werden kann ohne Warentausch, insbesondere der Ware Arbeitskraft, dieser wiederum nicht ohne den „doppelt freien Lohnarbeiter“ (Marx), also auch nicht ohne Rudimente des liberalen Rechts auf Privateigentum und Vertragsfreiheit in Bezug auf die Ware Arbeitskraft, und diese nicht ohne die Berechenbarkeit und Konsequenz einer Vermittlung der verschiedenen Arbeiten und der darauf gerichteten Interessen qua Abstraktion in rechtlicher Allgemeinheit statt unvermittelter Konkurrenz, Herrschaft und Identität. Es geht hier also um

accept or to reject any of those rules, and no coercion would be exerted over any member's choice... But in such a state of affairs, the law as we know it today would disappear, just as it would... in... the totally coercive state.“ (McBride 1974: 34f.). McBride lässt dabei allerdings offen, ob die „Regeln“ im Kommunismus als Recht zu bezeichnen sind oder nicht. Gemäß meinem an Herrschaft gebundenen Rechtsbegriff spricht er aber von Rechtlosigkeit. Man könnte hier einen Streit an Worte beginnen und mit Recht auch bezeichnen, was sich mangels herrschaftlicher Vermittlung durch Abstraktion fundamental von diesem Rechtsbegriff unterscheidet, aber trotzdem oft Recht, traditionelles etwa, genannt wird. Doch das hilft meiner Meinung nach nicht weiter, weil man auf diese Weise etwas begrifflich zu antizipieren sucht, was sich den herrschenden Begriffen entzieht. Oder aber man subsumiert vorkapitalistische Methoden unvermittelter Konfliktlösung als Element unvermittelter Identität unter den Rechtsbegriff, um zu suggerieren, diese Methoden seien eine emanzipatorische Alternative zum existierenden Recht. So versteht auch Janet Campbell, u. a. im Anschluss an Paschukanis die „Regulierung“, die im Kommunismus nötig sei, nicht als Recht (Campbell 2003: 321f; s. auch C.III.1.). Die hier entwickelte Vorstellung von emanzipatorischer Rechtlosigkeit widerspricht aber jedenfalls, wie gezeigt, der Emanzipationsidee eines handlungstheoretisch ideologiekrischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘, und auch Kennedy und Unger legen Emanzipation mittels Recht nahe.

¹¹⁹ Dabei handelt es sich jedenfalls um fundamentale kapitalistische Anforderungen, wenn man, wie in der materialistischen Tradition unstrittig, Ausbeutung zum Zweck der privaten Profitmaximierung, basierend auf Mehrwertproduktion, als ein Element des Kapitalismus versteht.

liberale Mindeststandards des Kapitalismus, nicht der liberalen Ideologie.¹²⁰ Die Garantie von Privateigentum und Vertragsfreiheit bedeutet auch, die genannten verschiedenen Arten der Unvermitteltheit zu verhindern, und Einheit in ihrer kapitalistischen Art, also als abstrakte, über den Einzelfällen, der empirischen Verschiedenheit stehende, zu sichern (vgl. hinsichtlich „Rechtsstaat“ Hirsch 1995: 14).

Obwohl Mensch die Rechtsform nicht explizit reflektiert, stellt sie mit ihrer impliziten Erkenntnis der Notwendigkeit liberaler Mindeststandards den Zusammenhang her, der die Rechtsform als Voraussetzung dieser Standards erkennen lässt. Die Vermittlung des Besonderen qua Abstraktion in universalen Rechtsbegriffen wie zuvorderst dem Rechtssubjekt schafft als Schranke unvermittelter Herrschaft und Identität sowohl die (rechtlichen) Voraussetzungen für Privateigentum als auch für Vertragsfreiheit. Das bedeutet, dass unvermittelte Rechtlosigkeit, die also an die gegenemanzipatorischen Potenziale im Recht anknüpft, das Wesen des Rechts, die Formfunktionalität für die liberalen Mindeststandards und damit Kapitalismus überhaupt praktisch hin zu Gegenemanzipation negiert. Damit ist zugleich der Blick auf die Gefahr durch die Negation des Rechts geweitet. Rechtlosigkeit *im* Kapitalismus könnte demgemäß also immer nur, wenn auch weit gehende, *partielle* Rechtlosigkeit sein. Umfassende Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts könnten folglich nicht die liberalen Mindeststandards antasten. In umgekehrter Perspektive ist damit zunächst also auch die Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform im Sinn des Übergreifens der Vermittlung auf der Grundlage der Trennung des Rechts von der Gesellschaft kapitalistisch funktionell.

Somit offenbaren sich die liberalen Mindeststandards einerseits als ein notwendiges Minimum an abstrakt Liberalem des kapitalistischen Rechts. Andererseits könnte unter der Hand plötzlich die wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt im Recht angenommen sein, da Freiheit, Gleichheit und Formalität als abstrakt liberale Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform bzw. liberale Mindeststandards betrachtet werden, die zu einem Zeitpunkt untergehen können, wenn Rechtsförmigkeit noch erscheint. Doch hier schließt sich ein Kreis: Was würde als Rechtsförmigkeit erscheinen? Es könnte nach dem bisher Entwickelten nur Formalität und entsprechende Freiheit von unvermittelter Herrschaft und identitärer Gleichheit in Normen, also Gesetzen oder Grundsätzen sein, das abstrakt Liberale. Die unemphatisch verstandenen liberalen Mindeststandards könnten so also letztlich bloße Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform sein.

Klar ist in dieser Hinsicht mittlerweile, dass Neumanns „politischer“ Rechtsbegriff sinnvollerweise als Begriff im Übergang zu kodifizierter unvermittelter Rechtlosigkeit und damit zu Gegenemanzipation verstanden werden müsste. Das Ausbleiben der empirischen Ausfüllung der Formfunktionalität mit Normen und Rechtsanwendung, die Formalität, formaler Freiheit und Gleichheit gehorchen, muss das Wesen des kapitalistischen Rechts und damit Kapitalismus überhaupt in gegenemanzipatorischer Weise angreifende Konsequenzen haben. Dementsprechend hat auch Neumann das zentrale Beispiel liberaler Mindeststandards des Kapitalismus, den doppelt freien Lohnarbeiter, im Blick und somit ebenfalls einen Begriff von partieller bis völliger unvermittelter, also gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit gehabt.¹²¹ Doch das weist keine

¹²⁰ Dieses Minimum an Liberalismus hätte auch Auswirkungen auf die angesprochenen, etwa strafrechtlichen Freiheitseinschränkungen durch Regeln oder Grundsätze, die so die angedeuteten bürgerlichen Freiheiten nicht auslöschen und nicht herrschaftlicher Willkür entstammen dürften. Diese Auswirkungen deuten an, dass diese liberalen Mindeststandards eine Reihe von Konsequenzen im kapitalistischen Recht nach sich ziehen müssten, die über das Zivilrecht weit hinausgehen (s. B.II.2.).

¹²¹ „Wenn Recht und der Wille des Führers identisch sind, wenn der Führer selbst ohne jedes Justizverfahren politische Gegner töten lassen kann und diese Tat als höchste Verwirklichung des Rechts gefeiert wird, dann kann man von einem spezifischen Charakter des Rechts nicht mehr sprechen. Das Recht ist jetzt ein technisches Mittel zur Durchsetzung bestimmter politischer Ziele, ist nur noch Befehl des Souveräns. Insoweit ist die juristische Theorie des autoritären Staates der Dezisionismus, das Recht ist nur ein arcanum dominationis, ist Mittler der Machtstabilisierung.“ (Neumann 1984 [1942 / 44]: 518). Hier zeigt sich auch die Grenze von Neumanns „politischem“ Rechtsbegriff, da er selbst zugesteht, dass man im vorliegenden Fall

Nichtidentität von Form und Inhalt nach, sondern kann genauso gut ihre Identität bedeuten. Neumanns Hinweis durch den „politischen“ Rechtsbegriff, dass auch massive empirische Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts zum Kapitalismus gehören, müsste der wesentlichen Identität von Form und Inhalt im Recht auch nicht widersprechen, da im Wesentlichen nur ein Minimum von abstrakter Liberalität, nämlich die liberalen Mindeststandards nötig zu sein scheinen. Die Nichtidentität und damit auch unterschiedliche Ausmaße von Formalität, Freiheit und Gleichheit wären nur eine Frage der konkreten Gestalt des kapitalistischen Rechts und des Kapitalismus, nicht aber eine wesentliche.¹²² Außerdem muss es nicht die Nichtidentität sein, die – als Bedingung der Möglichkeit eines indeterminiert subjektiven Faktors – zu wesentlichen Veränderungen des Rechts bis hin zur gegenemanzipatorischen Rechtlosigkeit führen kann; es geht dabei gerade nicht um eine emanzipatorische Unternehmung: Auch rein objektive Faktoren sind denkbar, die zu einer solchen Überwindung der Rechtsform in ihrer Wesentlichkeit, sprich: zur Gegenemanzipation führen könnten (s. Einleitung). Doch diese Probleme erörtert Mensch nicht, sondern bleibt trotz der impliziten Thematisierung der liberalen Mindeststandards weiter in der Nähe handlungstheoretischer Ideologiekritik. Letztlich ist es nämlich liberale Ideologie, die für das Recht auf Privateigentum und Vertragsfreiheit verantwortlich sei und zugleich seinen Charakter als Schleier über staatlicher Herrschaft bewirke.

Obwohl Mensch mit der „Legalität“ und der Funktionalität für liberale Mindeststandards die wesentliche kapitalistische Formbestimmtheit des Rechts berührt, hängt sie doch am positivistischen Formbegriff und landet so bei der formunkritischen Unbestimmtheitsthese und handlungstheoretischer Ideologiekritik, wie sie paradigmatisch von Unger und Kennedy begründet worden ist: Die Legalität und mit ihr das Recht auf Privateigentum und Vertragsfreiheit sind liberale Ideologie bzw. durch Ideologie bestimmt. Einerseits bindet Mensch ihren Ideologiebegriff zwar stärker als Kennedy und Unger an die Herrschaftsdimension politischer Ökonomie und weniger an Interessen und daran geknüpfte Handlungen. Andererseits weist die Verbindung von liberaler Ideologie und staatlicher Willkür in ihrer Theorie doch wieder in die Gegenrichtung: Ideologie wird dann in von Unger und Kennedy vertrauter Weise handlungstheoretisch zur interessengeleiteten Fehlvorstellung.

Für einen großen Erkenntnisgewinn gegenüber Kennedy und Unger sorgt allerdings in der Tat, dass Mensch die ideologische Bestimmung durch den Staat hindurch rekonstruiert. Reflektiert man den bei Mensch fehlenden Bezug zur Rechtsform, so kann man sich, aufbauend auf ihren Erkenntnissen, nichtsdestotrotz dem Zusammenhang zwischen Rechtsform und Staat annähern: Der Staat ist Garantie der Herrschaft der Rechtsform, indem er ihre empirisch-überempirische, in Rechtsanwendung und Gesetzen verdinglichte Allgemeinheit, Gleichheit und Freiheit von unvermittelter Herrschaft und Identität garantiert. Zugleich ist er als dieser Hüter der Rechtsform aber der Rechtsform unterworfen. Das verweist darauf, dass hier das Form-Inhalt-Problem hineinspielt. Das gleiche gilt für meine These vom doppelten Herrschaftscharakter des kapitalistischen Rechts und von seiner doppelten Bindung an staatliche Herrschaft wie auch staatliche Identität. Vor dem Hintergrund dieses Charakters verweist die Historisierung des Rechts auf Herrschaftskritik. Die doppelt herrschaftliche Seite des Rechts offenbart umso deutlicher die Problematik von Emanzipationsvorstellungen mit Recht, die in mehrfacher Hinsicht Herrschaft mitschleppen und die Gefahr unvermittelter Konkurrenz, Herrschaft und Identität, nämlich gegenemanzipatorische Rechtlosigkeit heraufbeschwören. Vermittlung durch Abstraktion und Unvermitteltheit von Konkurrenz, Herrschaft und Identität sind so die Kriterien für das Erkennen

nicht mehr von einem „spezifischen Charakter des Rechts“ sprechen könne. Daher erscheint mir hier der Begriff der gegenemanzipatorischen oder unvermittelten Rechtlosigkeit sinnvoller. Allerdings differenziert er im Übrigen genauer, wie weit die angesprochene abstrakte Liberalität eingeschränkt werden kann, ohne den Kapitalismus in Frage zu stellen (a. a. O.: 518ff.).

¹²² Ein anderer, nicht materialistischer Reflex dieses Problems ist die Debatte zwischen ‚Naturrechtslehre‘ und ‚analytischem Positivismus‘ bzw. der Versuch ihrer Schlichtung durch Hegels ‚Philosophie des Rechts‘ oder heute vor allem durch ‚prozedural-moralische‘ und ‚Prinzipien-Rechtsphilosophien‘ (s. Anm. 10f., 18 und 31).

des Zusammenhangs von Recht und gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit, die aber letztlich einen entscheidenden Unterschied markieren. Ausgehend vom Erkennen dieses Unterschieds im Zusammenhang habe ich die emanzipatorischen Potenziale in der Rechtsform hervorgehoben: die Vermittlung des Besonderen durch Abstraktion als Bedingung von individueller Entfaltung in freier Assoziation. Schließlich ist in der Auseinandersetzung mit Mensch auch die besondere Bedeutung des Gegenstands Recht für materialistische Kritik insgesamt noch deutlicher geworden: Nicht nur geht es um eine Vermittlung, die übergreifend und verselbständigt die gesamte Gesellschaft erfasst und so zwangsläufig Rechtskritik in Gesellschaftskritik münden lässt. Es geht auch um die Gestalt der kapitalistischen Vermittlung von Herrschaft schlechthin.

Die Lösung des Form-Inhalt-Problems, die Arbeit an den Begriffen von Recht und Rechtlosigkeit und die Beantwortung meiner Ausgangsfragen wird durch die Einführung staatlicher Herrschaft notwendigerweise verkompliziert: Sowohl die Verselbständigung der Rechtsform als auch die Gefahr der Gegenemanzipation scheint an den Staat gebunden – das eine Mal fungiert er als der Form unterworfenen Garantieherrschaft, das andere Mal als souveräne Willkürherrschaft. Wie für Kennedy und Unger gilt, dass Mensch das Form-Inhalt-Problem genauso wenig erörtert wie Fragen zur Negation des Rechts, meine Ausgangsfragen. Deshalb kann sie unreflektiert von der Unbestimmtheitsthese und handlungstheoretischer Ideologiekritik ausgehen. In der Konzentration auf Kritik des abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts bzw. ihrer verdinglichten Erscheinungen werden empirische Abweichungen von diesen Erscheinungen, wie gerade souveräne staatliche Willkür, zudem auch nicht erörtert. Die Konsequenzen dieses Ausbleibens der Erörterung sind bereits ausführlich dargelegt worden (s. A.III.4. und 5.). Das bedeutet aber auch, dass das Form-Inhalt-Problem, die Problematik gleichzeitiger empirischer Befunde von Autonomie und Funktionalität, letztlich die Problematik der Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit und meine Ausgangsfragen erweitert, aber längst nicht beantwortet sind.

VII. Klassenrecht und Autonomie des Rechts bei Freeman

Zwar ist Mensch in ihrer Kritik intensiver als Kennedy und Unger von der politischen Ökonomie des Kapitalismus ausgegangen, allen bisherigen Arbeiten gemeinsam ist aber, implizit der Klassenherrschaft keine Bedeutung beizumessen. Anders Alan Freemans Analyse der Rechtsprechung des ‚Supreme Court‘ der USA „Legitimizing Racial Discrimination through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine“ (1982 [1978]): Sie stellt nicht nur den Bezug des Rechts zu Klassenherrschaft her, sondern kann auch als Versuch verstanden werden, trotzdem eine Sicht auf das Recht zu vermeiden, die das Recht in erster Linie ideologienfunktional betrachtet, indem Freeman sich zugleich auf den Befund der Autonomie des Rechts konzentriert. Diesen Versuch unternimmt auch Klar Klare in seinem Aufsatz „Juridicial Deradicalization of the Wagner Act and the Origins of Modern Legal Consciousness, 1937-1941“ (1982 [1978]), der im Hinblick auf das „Wagner Gesetz“, der ersten gesetzlichen Anerkennung von Gewerkschaften, Klassenherrschaft und „Autonomie“ des Rechts untersucht. Da er aber keine wesentlichen zusätzlichen Erkenntnisse im Hinblick auf die in dieser Arbeit aufgeworfenen Fragen liefert, wird dieser Beitrag nur am Rand behandelt. Das gilt umso mehr für Richard Abels „A Critique of American Tort Law“ (1989 [1981]) und Morton Horwitz’ „The Transformation of American Law, 1780-1860“ (Horwitz 1977). Abels Aufsatz ist zwar von Bedeutung für eine genaue Untersuchung von Deliktsrecht und Horwitz’ Monografie für die US-amerikanische Rechtsgeschichtsschreibung. Was die hier behandelten Fragen angeht, stellen aber beide die bestimmende Bedeutung von Klasseninteressen und liberaler Ideologie heraus, ohne auf die Frage nach der Autonomie oder Abweichungen von abstrakter Liberalität des Rechts einzugehen. Daher repräsentieren diese Beiträge geradezu idealtypischen handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘, der eine in dieser Idealtypik bereits kritisierte ‚Lösung‘ des Form-Inhalt-Problems und Beantwortung meiner Ausgangsfragen wiedergibt (A.II.4.).

Wie sich gezeigt hat, ist der Befund der Autonomie wichtiger Gegenstand dieser Arbeit, weil er das zentrale empirische Indiz für die Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform ist. Zugleich besteht dabei das Problem, inwieweit diese Autonomie mit Funktionalität des kapitalistischen Rechts für kapitalistische Anforderungen einhergehen kann, schließlich, inwieweit Abweichungen vom abstrakt Liberalen des Rechts diese Autonomie in Frage stellen. Dabei stellt sich außerdem die Frage, ob solche Abweichungen auch aus Klassenherrschaft hervorgehen können, letztlich, ob umgekehrt Klassenherrschaft in der Rechtsform wesentlich bestimmt ist. All diese Fragen berührt Freeman mit seiner Rechtskritik.

1. Freemans Entfaltung des Paradigmas und der Bezug zu Klasseninteressen und Autonomie des Rechts

Freemans Untersuchungsgegenstand ist die Rechtsprechung des Supreme Court zum Antidiskriminierungsrecht im Zeitraum 1954 bis 1974. Sein Untersuchungsergebnis lautet, dass von dieser Rechtsprechung, obwohl sie auf Antidiskriminierungsgesetzen beruhte, die rassistische Diskriminierung nicht nur nicht angegriffen, sondern affirmiert und legitimiert worden sei. Theoretische Ausgangsbasis ist auch für ihn die These von der Unbestimmtheit des Rechts bzw. seiner ahistorischen (Un-)Bestimmtheit, die dazu führe, dass ein Antidiskriminierungsgesetz extrem viel Auslegungsspielraum lasse. Die meisten rassistischen Diskriminierungen seien zudem solcherart versteckt bzw. so sehr als allgemeine gesellschaftliche Praxis verankert, dass sie mit Hilfe rechtlicher Verbote überhaupt nicht oder nur im Weg einer extensiven Auslegung aus der Opferperspektive erfasst werden könnten. „This perspective includes both the objective conditions of life – lack of jobs, lack of money, lack of housing – and the consciousness associated with those objective conditions – lack of choice and lack of human individuality in being forever perceived as a member of a group rather than as an individual.” (Freeman 1982 [1978]: 211). Stattdessen habe der Supreme Court die Täterperspektive gewählt, und zwar auf der Grundlage der Schlüsselbegriffe „Schuld“ und „Kausalität“. Die Idee der Schuld beinhalte das Vorsatzerfordernis und exkulpiere daher die Masse der diskriminierenden Täter, die im Bewusstsein gehandelt haben, nichts Böses getan, sich nur wie allgemein üblich verhalten zu haben. Die Idee der Kausalität isoliere aus den objektiven Umständen des Opfers solche, die einem bestimmten strafbewehrten Verhalten von bestimmten Tätern zugeordnet werden können, was in der Regel unmöglich sei (a. a. O.: 212). Der so genannte alltägliche Rassismus bleibt also, wie Freeman demonstriert, unangetastet. Das Gericht treffe nur die Spitze des Eisbergs. Damit sei zugleich eine Sicht auf die US-amerikanische Gesellschaft bestärkt, wonach das Antidiskriminierungsrecht für einen nicht-rassistischen Normalzustand gesorgt hätte, sich also die Gerichte um absolute Ausnahmen kümmern würden: „As surely as the law has outlawed racial discrimination, it has affirmed that Black Americans can be without jobs, have their children in all-black, poorly funded schools, have no opportunities for decent housing, and have very little political power, without any violation of antidiscrimination law.” (a. a. O.: 210).

Von dieser Analyse ausgehend formuliert er einen von Kennedy, Unger und Mensch bereits vertrauten Angriff auf rechtsphilosophischen Positivismus und Objektivismus: Die Unbestimmtheit des Rechts mache es zur Stütze der „gesellschaftlichen Struktur“, statt formalen Regeln oder objektiven Werten zu dienen (a. a. O.: 210f.). Freeman kritisiert dabei wie Kennedy vornehmlich die Rechtsauslegung. Die „gesellschaftliche Struktur“ ist für ihn insbesondere die Klassenherrschaft, die mit dem Rassismus verschränkt sei: Die Rechtsauslegung lasse die Klassenherrschaft unangetastet, indem es die alltäglichen Ungleichheiten vor allem im Arbeitsleben nicht zur Disposition stelle, was wiederum in besonderer Weise rassistisch benachteiligte Bevölkerungsgruppen treffe (a. a. O.). Sowohl „formale Kriterien“ als auch „geteilte Werte“ anzuwenden, sei ein Versuch der „Rationalisierung“, ergo der „Legitimierung“. Dergestalt kritisiert Freeman das Recht, wie in der Skizzierung von handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismen dargestellt, als Klassenrecht, das die den Interessen der herrschenden Klasse dienende ahistorische (Un-)bestimmtheit des Rechts verschleierte. Indem er die Bedeutung der

„gesellschaftlichen Struktur“ betont, vertritt er also einerseits und anders als die bisherigen Autoren deutlich einen Übergang von handlungstheoretischer Ideologiekritik zu einer kapitalistischen Bestimmtheit des Rechts. Andererseits ist auch bei ihm, wie bei Kennedy, die „Struktur“ letztlich Produkt von Klasseninteressen und entsprechender liberaler Ideologie, die wiederum die Interessen verschleiert und positivistische und objektivistische Rechtsphilosophie desavouiert. Daher bleiben bei ihm wie im handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ die Klasseninteressen doch bestimmend, so dass er das handlungstheoretisch ideologiekritische Terrain nicht verlässt. Und wie in diesem ‚Klassenrecht-Marxismus‘ richtet sich seine Kritik unausgesprochen gegen liberale Ideologie, was sich daran erkennen lässt, dass er sich auf die Kritik von abstrakter Freiheit und Gleichheit konzentriert.

Aber trotz dieser handlungstheoretischen Ideologiekritik des Rechts sei das Recht in bestimmtem Maß autonom: „Given a view that law serves largely to legitimize the existing social structure, and especially, class relations, the ultimate constraints are outside the legal system. But if law is to serve its legitimation function, those ultimate constraints, must yield up just enough autonomy to the legal system to make its operations credible for those whose allegiance it seeks as well as those whose interests it rationalizes.“ (a. a. O.: 210). Es handelt sich also um jene Art von „Autonomie“ des Rechts, die bereits von den behandelten Autoren vertraut ist: Sie ist in erster Linie bloßer Schein, handlungstheoretisch verstandene liberale Ideologie, die die Interessen, hier die Klassen-(Interessen), verdeckt. Dieser „Autonomie“-Begriff korrespondiert mit Freemans Kritik an den Autonomie-Vorstellungen von rechtsphilosophischem Positivismus und Objektivismus und bestätigt sein Festhalten an handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts. Dass Freeman betont, dass das Recht somit nicht durch die Ökonomie bestimmt sei und er sich deshalb von einem Basis-Überbau-Schema verabschiede, steht damit im Einklang.

2. Die Grenzen von Freemans Rechtskritik als Grenzen eines handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ und aufgeworfene Fragen

In der Beurteilung von Freemans Untersuchung muss zunächst festgehalten werden, dass er zumindest suggeriert, das Problem der Täterperspektive im Antidiskriminierungsrecht sei eines der Auslegung. Das erstaunt – ähnlich wie auch Kennedys Konzentration auf die Rechtsanwendung erstaunte –, denn dem lässt sich entgegenhalten, nach jedem rechtsstaatlichen Recht wäre es ein Gesetzesverstoß, das Schuld- und Kausalitätserfordernis in der Auslegung zu umgehen. In Wirklichkeit geht es dabei nicht nur um Gesetzesverstöße; Kausalität und Schuld in Gesetzen und Rechtsanwendung sind die Verdinglichungen von Prinzipien, die der kapitalistischen Rechtsform inhärent sind: Die Vermittlung der Individuen zu Rechtssubjekten ist ihre Konstituierung zu mit sich identischen und voneinander abgegrenzten, also selbständigen, mit Rechtswillen ausgestatteten Entitäten. Die strikt kausale Zuordnung von Handlungen und entsprechender Verursachungsschuld ist Resultat und Voraussetzung dieser Konstituierung (s. D.I.). Das bedeutet, dass rechtliche Kausalität und Schuld den „Zurechnungspunkten der Norm“ (Kelsen; s. auch Anm. 54), den Rechtssubjekten, nicht nur zugerechnet werden können, sondern dank der Formbestimmtheit geradezu zugerechnet werden müssen. Mit der Forderung, den Alltagsrassismus mittels Missachtung des Kausalitäts- und Schuldprinzips einzubeziehen, verlangt Freeman also vom Supreme Court nicht nur Verfassungsbruch, was ein lächerliches Verlangen gegenüber einer Verfassungsinstitution ist. Er verweist vielmehr mit dieser Forderung auf die Grenzen der These von der Unbestimmtheit des Rechts am Beispiel des Rassismus. Doch diese Grenzen erkennt er gerade nicht; so bettet er seine Kritik genauso wenig wie die übrigen Autoren in eine Kritik des Rechts als in der kapitalistischen Rechtsform bestimmte ein, sondern fügt sich in handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘. Deshalb fragt er sich auch nicht, ob das Recht in seiner wesentlichen gesellschaftlichen Bestimmtheit Teil der rassistischen Gesellschaft ist bzw. ob Rassismus in die kapitalistische Form des Rechts eingeschrieben ist. Eine solche Kritik hätte an der von mir kritisierten Parteinahme für das Konkrete im Sinn von Unvermitteltheit anzusetzen, um sie auf den Formprozess selbst zurückzuführen.

Die These von der rechtlichen „Autonomie“, die als empirisches Indiz der Verselbständigung des Rechts über Unbestimmtheitstheorie und handlungstheoretische Ideologiekritik hinausführen könnte, führt bei ihm gerade nicht zum Erkennen dieser Verselbständigung. Kurz gefasst lautet seine These: Das Recht ist genau so autonom wie zur Legitimierung nötig ist. Damit versucht er die „Autonomie“ an die Interessen zu binden und löst sie derart doch wieder auf. Die „Autonomie“ auf die kapitalistische Rechtsform als ihre Grenze und ihren Grund zurückzuführen, deutet sich hier höchstens an. Damit fehlt auch der Gedanke der Formfunktionalität, die in der überempirischen Verselbständigung zugleich wesentliche kapitalistische Interessen bedient. Stattdessen ist er letztlich auch in dieser Hinsicht Teil des handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘, der die „Autonomie“ des Rechts letztlich zugunsten der Funktionalität für liberale Ideologie als Pseudo-Autonomie verstehen muss.

Seine zentrale Kritik dieser Ideologie ist, dass Ungleiches gleich behandelt werde und somit Gleichheit gerade nicht erreicht werde, eine Kritik, die aus marxistischer Rechtskritik altbekannt ist.¹²³ Das Problem ist dabei nicht nur, dass er diese Gleichbehandlung in erster Linie auf die handlungstheoretisch verstandene, verschleiende liberale Ideologie, die Ideologie der herrschenden Klasse zurückführt und somit weder die Formbestimmtheit des Rassismus noch der Autonomie des Rechts erfassen kann. Das Problem einer *Kritik der Ungleichheit*, die letztlich *im Namen der Gleichheit* stattfindet, geht noch weiter: Wenn Freeman gesetzliche Gleichheit als Teil der kapitalistischen, wesentlichen Rechtsform begreifen würde, könnte er erstens zeigen, dass die kapitalistische Rechtsform, zu der die empirische gleiche Subsumtion der Inhalte unter die Rechtsbegriffe konstitutiv gehört, existenziell davon abhängig ist, dass ihre Gleichheit nicht mit inhaltlicher Gleichheit identisch ist, also die Vielheit und Gegensätzlichkeit auf der inhaltlichen Ebene voraussetzt. Das bedeutet also, dass – anders als Unger es fasst – die Einheit nicht *trotz* der Widersprüchlichkeiten hergestellt wird, sondern in erster Linie *wegen* (Hirsch 1994: 161). Zweitens bedeutet der Begriff der Form als kapitalistisches Wesen, dass die Rechtsinhalte von vornherein empirisch-überempirisch in den Vermittlungsprozess der Rechtsform einbezogen sind und daher die entsprechenden Gegensätze unwesentlich, also Scheinwidersprüche, sein könnten. Das hieße, dass ein gesellschaftlicher Zusammenhang unter der Herrschaft der abstrakte Gleichheit umfassenden Form existiert, der der Kritik an realer Ungleichheit einen Maßstab der realen Gleichheit als emanzipatorischen entziehen könnte.¹²⁴

Wenn man dabei trotz des herrschaftlichen Übergreifens und der Verselbständigung der Form von einer wesentlichen Differenz zwischen Form und Inhalt, entsprechenden emanzipatorischen Potenzialen und somit auch Maßstäben der Kritik ausgeht, so kann es sich trotzdem nicht um eine schlichte Kritik der schlechten Realität mit dem Maßstab ihrer Ideale handeln. Der bereits herausgearbeitete Realitätsgehalt der Ideologien bzw. der Ideale und der entsprechende spezifische, kapitalistische Begriffsrealismus (s. A.III.2.) bei Annahme des wesentlichen Formbegriffs

¹²³ Man denke an Marx’ „Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei“, in denen es heißt: „Dies gleiche Recht ist ungleiches Recht für ungleiche Arbeit. Es erkennt keine Klassenunterschiede an, weil jeder nur Arbeiter ist wie der andre; aber es erkennt stillschweigend die ungleiche individuelle Begabung und daher Leistungsfähigkeit der Arbeiter als natürliche Privilegien an. Es ist daher ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht.“ (Marx 1962 [1891]: 21).

¹²⁴ Marx schreibt auf dieser Linie der Argumentation in seinen „Grundrissen der Kritik der politischen Ökonomie“: „Als Subjekte des Austauschs ist ihre Beziehung daher die der Gleichheit.“. Und weiter heißt es sogar: „Gleichheit und Freiheit sind also nicht nur respektiert im Austausch, der auf Tauschwerten beruht, sondern der Austausch von Tauschwerten ist die produktive, reale Basis aller Gleichheit und Freiheit.“ (Marx 1983 [1939-41]: 167, 170). Michael Heinrich führt dazu im Hinblick auf Normativität aus: „Vielmehr geht es ihm [Marx] darum, dass normative Vorstellungen ihre Evidenz nur vor dem Hintergrund bestimmter Produktionsverhältnisse erhalten... Die Marxschen Argumente zielen darauf ab, dass die scheinbare Offensichtlichkeit von moralischen Maßstäben und Gerechtigkeitsvorstellungen gerade nichts ‚natürliches‘ ist, sondern selbst noch ein historisches und gesellschaftliches Produkt darstellt.“ (Heinrich 2001 [1991]: 378). Eine Rechtskritik jedoch, die auf völliger Maßstablosigkeit beharrt, damit auch emanzipatorische Potenziale im Bestehenden bestreitet, wäre allerdings keine Kritik mehr im in der Einleitung angesprochenen Sinn ‚negativer Bewertung‘. Unter B.IV.2. wird dieses Problem erörtert.

desavouieren eine solche Kritik. Die emanzipatorischen Potenziale für die praktische und theoretische Negation des Rechts sind, wie gezeigt, bei Annahme einer wesentlichen Differenz von Form und Inhalt im kapitalistischen (Rechts-)Formprozess gegeben, der herrschaftlich übergreifend und verselbständigt Denken und Handeln, Begriff und Sache, Ideal und Realität miteinander verschränkt. Die Potenziale sind somit im Denken und im Handeln, im Begriff und in der Sache, im Ideal und in der Realität, genauer: jeweils in ihrer prozessierenden wesentlichen Einheit zu verorten. Der entsprechende Maßstab der Negation des Rechts, das Leiden an der Nicht-Verwirklichung der Potenziale, kann sich somit ebenso wenig allein auf Ideale beziehen (s. D.III.).

Freeman führt nichtsdestotrotz mit der Klassenherrschaft neben dem Staat eine weitere wichtige, zunächst inhaltliche Dimension des Rechts ein. Der *doppelte Herrschafts- und Identitätscharakter des Rechts* scheint nicht nur doppelt an staatliche Herrschaft und staatliche Identität, sondern auch *doppelt an Klassenherrschaft gebunden* zu sein. Diese besondere Herrschaft garantiert die Herrschaft der rechtlichen Vermittlung, wird zugleich von der Rechtsform formfunktionell bedient, wird aber auch durch das Recht vermittelt und ist somit ebenfalls kapitalistisch formbestimmt. Außerdem ist sie Teil der erscheinenden Nichtidentität des kapitalistischen Rechts und daher für die je spezifische Gestalt des Rechts mitverantwortlich. Doch will man darüber hinaus annehmen, Klassenherrschaft sei wesentliches Element des kapitalistischen Rechts, so setzt das voraus, dass diese Herrschaft und der entsprechende Gegensatz nicht bloßes Vermittlungsmaterial der kapitalistischen Formen, insbesondere der Rechtsform ist, dass also eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt des Rechts gegeben ist. Zum einen bedarf es, wie hinsichtlich des Herrschaftsbegriffs generell festgestellt (s. VI.3.), einer solchen Nichtidentität insofern, als am Proletariat etwas dergestalt Inhaltliches sein müsste, dass es von den „Charaktermasken“ (Marx) der kapitalistischen Formen, der Bourgeoisie, beherrscht würde, indem es den Formen subsumiert wird. Zum anderen setzt eine Wesentlichkeit von Klassenherrschaft zumindest Momente von indeterminierter Subjektivität voraus. Andernfalls wäre wieder der Vollzug der Form das allein Wesentliche und nicht (auch) Kollektivsubjekte.¹²⁵ Nur dann wäre also die Formfunktionalität mehr als bloße Funktionalität im Hinblick auf die Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform, nämlich auch bezüglich der Klasseninteressen. Doch ohne die Reflexion auf die kapitalistische Formbestimmtheit des Rechts bzw. allein mit einem positivistischen Formbegriff ahistorischer (Un-)Bestimmtheit des Rechts kann Freeman sich nicht der Frage nach dieser Wesentlichkeit stellen. Noch mehr: Er betrachtet die Klassenherrschaft, wie gezeigt, kaum als rechtlich vermittelt, sondern ihre „Ungleichheit“ bloß durch Recht bzw. durch seine liberal bestimmte Form der „Gleichheit“ legitimierend verschleiert.

¹²⁵ Hinsichtlich der soziologischen Oberflächen-Elemente des *Klassenbegriffs* und der Begriffe von Proletariat und Bourgeoisie dürften die Zweifel an der Existenz von Klassen unbegründeter sein, als die „fünffache Abschaffung der Klassen durch die deutsche Soziologie der Nachkriegszeit“ (Ritsert 1998a: 88ff.) glauben macht: Schon Marx hat gesehen, dass sich die Realität komplexer darstellt, als dass sich bloß eine Masse „doppelt freier Lohnarbeiter“ und eine kleine Gruppe von „Kapitalisten“ als Eigentümer der Produktionsmittel gegenüberstehen. Nichtsdestotrotz lässt sich die Gesellschaft auf der Erscheinungsebene immer noch anhand der Kriterien Eigentum und Kontrolle der Produktionsmittel einerseits und Aneignung des gesellschaftlichen Mehrprodukts andererseits, nach ihrer Stellung im materiellen Reproduktionsprozess, der Tendenz nach in zwei Gruppen aufteilen (Ritsert 1998a: 58ff.). Folglich hält Hirsch daran fest: „Kapitalismusanalyse muss daher notwendig Klassenanalyse sein.“, um aber hinzuzufügen: „Gleichzeitig werden ‚objektive‘ Klassenlagen, die sozialen Positionen im Prozeß der Produktion und bei der Aneignung des gesellschaftlichen Mehrprodukts durch eine Vielzahl von kulturellen, rassistischen, nationalen, geschlechtlichen und sozialen Spaltungen und Differenzierungen überlagert“ (Hirsch 1995: 132). Allerdings hätten diese Spaltungen und Differenzierungen wie der Klassenantagonismus ohne wesentliche Differenz von Form und Inhalt keine wesentliche Bedeutung. So hält auch Postone an der Existenz von zwei Klassen fest, betont aber ihre Formbestimmtheit, die die Klassenlage selbst zu Formbestimmendem mache. „Deshalb umfassen Klassenbestimmungen für Marx gesellschaftlich und historisch bestimmte Subjektivitätsformen..., die in den Formen gesellschaftlicher Vermittlung, wie sie eine bestimmte Klasse jeweils unterschiedlich konstituieren, angelegt sind. In diesem Sinne ist die Kategorie der Klasse Moment eines Vorgehens, das versucht, die historische und gesellschaftliche Bestimmtheit verschiedener gesellschaftlicher Vorstellungen und Forderungen sowie von Handlungsformen zu erfassen.“ (Postone 2003 [1994]: 486).

Wegen der Konzentration auf Kritik des liberalen Rechts, ausgehend von der Unbestimmtheitsthese, sind auch für ihn gegenemanzipatorische Rechtlosigkeit genauso wenig wie Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts Thema. Die Antworten auf die Frage nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation von Recht für Emanzipation wie nach der Gefahr der Gegenemanzipation sind damit wie in den bisherigen Beiträgen *vorgezeichnet*: Die Negation des herrschenden, liberal bestimmten Rechts ist möglich, ein anderes, durch andere Ideologie bestimmt verwendetes Recht, das nicht mehr als Schleier über die herrschenden Interessen verwendet werden und so konkrete Gleichheit verwirklichen soll, ist für Emanzipation nutzbar, und die Gefahr von Gegenemanzipation spielt keine Rolle. Diese vorschnellen Antworten auf die Fragen zur Negation des Rechts haben in der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts durch seine herrschaftlich übergreifende und verselbständigte Form ihre Grenzen oder zielen gar auf gegenemanzipatorische Metaphysik des Konkreten. In diesem Vorgezeichnetsein liegt das Problem, da dergestalt unbeabsichtigt auf die Affirmation des Bestehenden zugesteuert wird und sogar die Gefahr gegenemanzipatorischer Negation des Rechts droht.

VIII. An den Rändern der ‚Critical Legal Studies‘: Politische Ökonomie, Autonomie und Formverselbständigung des Rechts bei Tushnet und Balbus

Zwei Beiträge der ‚Critical Legal Studies‘ aus den 1970er Jahren gehen über die Unbestimmtheitsthese, den entsprechenden positivistischen Form-Inhalt-Dualismus und entsprechende handlungstheoretische Ideologiekritik teilweise hinaus: Mark Tushnets „Marxist Analysis of American Law“ (1978) und Isaac Balbus’ „Commodity Form and Legal Form“ (1977). Sie beziehen nicht nur konsequent die politische Ökonomie des Kapitalismus in ihre Rechtskritik mit ein, sondern entwickeln – Balbus weitaus mehr als Tushnet – dabei auch eine Rechtsformkritik, die zu entfalten in der Auseinandersetzung mit Ungers Theorie begonnen worden ist. Beide suchen dabei die gleichzeitigen empirischen Befunde von Funktionalität und Autonomie des kapitalistischen Rechts zu erfassen. Balbus verweist zudem auf eine Rechtsformkritik des Rechts, die die Verselbständigung des Rechts in den Zusammenhang kapitalistischer Totalität stellt. Damit kann vor allem das ‚Kapitalistische‘ der Rechtsform (s. Anm. 64) genauer bestimmt werden. Das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik, die Allgegenwart des Rechts, die Begriffe von Recht und Rechtlosigkeit und letztlich meine Ausgangsfragen werden daher mit Tushnets und vor allem Balbus’ Beitrag aus neuen Perspektiven erörtert.

1. Tushnets Übergänge zur Rechtsformkritik

Mark Tushnet sieht in seinem Aufsatz als die zentralen Aufgaben der „marxistischen Analyse des amerikanischen Rechts“ Folgendes an: „First, a Marxist Analysis must show the material basis for both the existence of legal form in capitalist society and for the specific ideological content of that form, while avoiding the reductionist trap of viewing the form and content of the law as direct expression of the interests, narrowly defined, of the bourgeoisie. Second, Marxist analysis must show how the structure of the legal system supports its autonomy from the political and economic structures of capitalism. The solution of this problem, too, has its danger, for Marxists should not regard the autonomy of the legal system as absolute. Third, Marxists must proceed to give content to the idea of the relative autonomy of the law.” (Tushnet 1978: 96).¹²⁶ In diesem Zitat liefert

¹²⁶ Der Bezug der Formulierung „relative Autonomie“ auf Recht wird vor allem von Nicos Poulantzas betont (1972 [1967]: 195f.). Poulantzas wird aber von Tushnet nicht rezipiert. Genauer wird auf Poulantzas unter B.IV.2. eingegangen. In diesem Punkt kreiden Klausua et al. Klare und den ‚Critical Legal Studies‘ insgesamt

Tushnet einen Begriff von Recht, der zwischen „Form und Inhalt“ unterscheidet. Außerdem fordert er die Kritik an einem marxistischen Interessen-Funktionalismus, damit implizit auch an Unbestimmtheitsthese und handlungstheoretischer Ideologiekritik, um zu einem seiner zentralen Begriffe, der „relativen Autonomie des Rechts“, zu kommen. Das Tor zur Rechtsformkritik ist also geöffnet, und zwar anders als bei Unger, indem von vornherein die politische Ökonomie und Klassenherrschaft des Kapitalismus in die Kritik einbezogen ist. Ein Defizit, das sich durch diesen Aufsatz zieht, ist leider die ungenügende Erläuterung seines Begriffs der kapitalistischen Rechtsform, die auf eine nicht ausreichende Reflexion hindeutet und, wie sich zeigen wird, dafür sorgt, dass Tushnet das Tor zur Rechtsformkritik doch nicht durchschreitet.¹²⁷

Dieses Defizit zeigt sich gleich zu Beginn in der Art und Weise, wie Tushnet anhand von jeweils einer typischen Frage zu erläutern sucht, was Rechtsform und Rechtsinhalt bedeuten. Die „typische Frage nach der Form“ ist für Tushnet: „Why does the provision of state assistance to the dominated classes in capitalist society proceed according to general rules applied by lower-level officials not thought to have substantial discretion? (We could imagine assistance being provided on a personalistic basis...)“ (Tushnet 1978: 97). Das ist in der Tat eine zentrale Frage, ähnlich schon von Eugen Paschukanis, den Tushnet aber nicht rezipiert, angelehnt an die bereits zitierte Frage von Marx im Hinblick auf die ökonomischen Kategorien formuliert.¹²⁸ Es ist zugleich ein Teil der Antwort auf das Problem, das Klassenherrschaft in ihre Rechtstheorie integrierende Autoren aufwerfen, wenn sie allein auf der inhaltlichen Ebene des Rechts verbleiben bzw. die rechtliche Vermittlung der Klassenherrschaft nicht reflektieren: Es geht um allgemeine Gesetze und die dahinter stehende empirisch-überempirische Rechtsform, der die Klassenherrschaft und die darauf basierende staatliche Herrschaft unterworfen sind. Die Charakterisierung der kapitalistischen Rechtsform, wie ich sie bisher entwickelt habe, die herrschaftlich übergreifende und verselbständigte Vermittlung des Besonderen und damit auch von Klassen- und staatlicher Herrschaft durch Abstraktion in der Allgemeinheit universaler Rechtsbegriffe deutet sich damit an. Die „typische Frage nach dem Inhalt“ lautet: „Why did the regulation of collective workers’ activity become collective bargaining in an essentially contractual framework?“ (a. a. O.: 97). Betrachtet man diese mit der ersten Frage im Zusammenhang, könnte man Tushnets Begriff von Form und Inhalt so interpretieren, als wäre die Form Sache der Kapitalisten und der Inhalt die der Arbeiter, was an die Ausführungen über den handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ anschließen würde. In einer wohlwillenderen Interpretation wird nicht klar, wie Tushnet Form und Inhalt begreift.

Inhalts- und Formfrage werden von Tushnet zum Ausgangspunkt genommen, sich – wie in unterschiedlicher Weise alle bisher behandelten Autoren – über den ideologischen und autonomen Charakter des Rechts Gedanken zu machen. Damit zielt er auf eine Erklärung der Gleichzeitigkeit empirischer Befunde von Autonomie und (Ideologien-)Funktionalität des kapitalistischen Rechts. Wie gezeigt, verweist die empirische Autonomie des kapitalistischen Rechts auf die formbestimmte, empirisch-überempirische Verselbständigung des kapitalistischen Rechts, seine Funktionalität auf eine Formfunktionalität. Indem er „ideologisch“ und „autonom“ gegenüberstellt, deutet Tushnet aber an, dass er Ideologie nicht als reale versteht, was wiederum von einem wesentlichen Rechtsformbegriff fort- und zu einem positivistischen hinführt (vgl. Anm. 40). Um die Gleichzeitigkeit von Autonomie und Funktionalität des Rechts zu erörtern, formuliert er folgende Frage: „[A]n advanced, stable capitalist society can maintain itself only by eliciting the

das Defizit an, die bundesdeutsche Staats- und Rechtsableitung nicht rezipiert zu haben (Klausen et al. 1980: 101). Ob es sich wirklich um ein Defizit handelt, wird in Teil B untersucht.

¹²⁷ Klausen et al. gehen noch weiter und behaupten, der Aufsatz habe nur „programmatischen Charakter“ (Klausen et al. 1980: 116).

¹²⁸ „Warum bleibt Klassenherrschaft nicht das, was sie ist, d. h. die faktische Unterwerfung eines Teils der Bevölkerung unter den anderen? Warum nimmt sie die Form einer offiziellen staatlichen Herrschaft an oder – was dasselbe ist – wird der Apparat des staatlichen Zwangs nicht als privater Apparat der herrschenden Klasse geschaffen, sondern spaltet sich von der letzteren ab und nimmt die Form eines unpersönlichen, von der Gesellschaft losgelösten Apparats der öffentlichen Macht an?“ (Paschukanis 2003 [1924]: 139).

consent, active or passive, of its members, for the pervasive deployment of repression appears primarily during periods of enormous strain. How is this consent secured?” (a. a. O.: 98). Er stellt mehrere mögliche Antworten auf diese Frage vor. Die „evidentiary response” (a. a. O.) lautet, dass Rechtsprechungsansichten nicht diesen Konsens befördern würden, sondern umgekehrt gesellschaftliches Bewusstsein widerspiegeln. Wenn man Interessen und Ideologien zum gesellschaftlichen Bewusstsein zählt, ist diese Antwort schlicht zentraler Teil des Paradigmas der ‚Critical Legal Studies‘. Erfasst man allerdings das gesellschaftliche Bewusstsein seiner wesentlichen (Rechts-)Formbestimmtheit nach, würde man sich auf eine Formkritik zubewegen. Tushnet bleibt hier aber zu oberflächlich, um deutlich zu machen, ob er in diese Richtung zielt. Die zweite von ihm vorgestellte Antwort ist die „legitimation response” (a. a. O.: 99). Sie verstehe juristische Dogmatik und deren Manifestation in der Rechtsprechung als interne Legitimierung der juristischen Praxis angesichts des Widerspruches zwischen antiherrschaftlichen ethischen Traditionen westlicher Gesellschaft und der herrschaftlichen Realität von Staat und Recht. Diese Antwort zielt auf eine Autonomie des Rechts, die handlungstheoretisch ideologiekritisch wie bei den bisher behandelten ‚Crits‘ zu einer Pseudo-Autonomie eines in Wirklichkeit ideologisch bestimmten Rechts aufgelöst wird. Die „penetration response” (a. a. O.: 100) bestehe in der Behauptung, grundlegende Strukturen des juristischen Denkens dringen in das gesellschaftliche Bewusstsein ein, um auf diese Weise die kapitalistische Einrichtung der Gesellschaft, also kapitalistische Herrschaft im Allgemeinen zu verfestigen und zu legitimieren. Mit dieser Antwort ist eine Autonomie des Rechts, die mehr als eine Pseudo-Autonomie ist, nicht ausgeschlossen und entsprechend eine Rechtsformkritik, die auf formbestimmte Verselbständigung zielt, ebenso wenig.

2. Am Ende handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts bei Tushnet

Alle drei Antworten, so kann man Tushnets Aufsatz interpretieren, seien Teil einer angemessenen Kritik des gesellschaftlichen Konsens über das Recht und seinen ideologischen und autonomen Charakter. Das heißt einerseits, dass Tushnet eine Formkritik des Rechts nicht ausschließt, andererseits würde er damit widersprüchliche Antworten vertreten. In Auseinandersetzung mit verschiedenen kritischen Rechtstheorien fügt er aber Ausführungen der drei Antworten an, die den Eindruck verfestigen, dass er letztlich an der Kritik der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der Rechtsform vorbeizieht. Er betont, dass eine Analyse der juristischen Profession entscheidend sei, um die genannten Antworten auf die Frage nach dem ideologischen und autonomen Charakter des Rechts genauer zu begründen: „Rather than reify structures of legal thought... by saying that they have a life of their own that resisted transformation, a more satisfactory analysis turns, finally, to the structure of the legal profession.” (a. a. O.: 107). Das meint er auch explizit gegen Unger gerichtet, genauer: gegen das, was bei Unger aufscheint, aber von ihm nicht konsequent weitergedacht wird: die herrschaftliche Verselbständigung des Rechts qua Fetisch. Diese Erkenntnisse würden, wie gezeigt, auf einen anderen Ideologiebegriff und auf die Überwindung von handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts zielen.

Tushnet verfolgt diesen Pfad der Kritik aber nicht. Stattdessen liefert er seine Interpretation von Antonio Gramsci: „[H]is insights help illuminate the history of the American legal profession. ‚Organic‘ intellectuals create ideological forms congenial to the interests of the ruling class. In the legal profession ‚organic‘ lawyers assist transactions that promote the interests of the bourgeoisie and develop the structures of legal thought that accommodate such transactions” (a. a. O.: 108). Die „organischen Anwälte” würden somit vor allem die Aufgabe haben, die aufgrund von Anforderungen der herrschenden Klasse notwendigen Anpassungen in der juristischen Doktrin dergestalt umzusetzen, dass Traditionalisten damit leben können (a. a. O.: 109). Die Autonomie des Rechts beruhe also auf den kapitalismusakzeptablen Strukturen der juristischen Profession, ihre Relativität auf der Bestimmung durch die herrschende Klasse (a. a. O.: 111). Zieht man Tushnets Ausführungen zur Autonomie des Rechts und zu seinem ideologischen Charakter im Hinblick auf die juristische Profession zusammen, so entsteht folgendes Bild: Er versucht Funktionalität für Ideologie und Autonomie des Rechts in Einklang zu bringen, indem er das klassenspezifisch ideologiengeleitete „Transagieren” der Juristen und seine „Autonomie” gewinnende professionelle „Struktur” in der Analyse verbindet. Das ähnelt Ungers und Freemans Theorie der Pseudo-

Autonomie des Rechts. Zugleich ist es damit aber ein Ansatz, der den Verdacht nochmals erhärtet, dass seine Analyse handlungstheoretisch ideologiekritisch bleibt. Auch auf den zweiten Blick scheint kein anderes Urteil möglich: Die „Struktur“, die Voraussetzung der Autonomie sei, geht laut Tushnet und wie bei Kennedy und Freeman letztlich aus Interessen und Ideologien hervor.¹²⁹ Tushnet spricht entsprechend im Hinblick auf das „Transagieren“ der Juristen nicht mehr von Rechtsform. Erst recht fehlen so Reflexionen des Form-Inhalt-Verhältnisses in der Form und meiner Fragen zur Negation des Rechts.

Tushnets Ungenauigkeiten mit den Termini und Begriffen müssen Konsequenzen für seine Vorstellung von Emanzipation haben: „In sum, nothing in the law prevents it from advancing such ideals as equality and community, however incompatible with the social bases of capitalism. The close linkages between capitalism and lawyers make persistent advancement of those ideals unlikely, but the structure of the legal system does not preclude it.“ (a. a. O.: 110). Richtig scheint zwar, dass der Staat im Kapitalismus rechtsförmig einen Mindestbestand an Gleichheit und Gesellschaftlichkeit garantieren muss – dabei handelt es sich um die thematisierten liberalen Mindeststandards. Doch diese kapitalistische Realisierung der bürgerlichen Ideale erkennt Tushnet gerade nicht, sondern will sie mittels Recht gegen die kapitalistische „Basis“, also hier gegen die herrschenden Klasseninteressen durchsetzen.¹³⁰ Damit deutet Tushnet sogar deutlicher als die bisherigen Beiträge und ganz wie der handlungstheoretisch ideologiekritische ‚Klassenrecht-Marxismus‘ an, dass er Recht als Instrument der Emanzipation im Namen des Proletariats ansieht und wird so ahistorisch herrschaftskritisch. Seine Perspektive scheint dadurch ungewollt entweder Affirmation des Bestehenden oder die Hinwendung zum gegenemanzipatorischen Potenzial unvermittelter Gleichheit zu sein. Dazu passt nur zu gut, dass er Kennedys Widerspruch zwischen der Idee des Individualismus einerseits und der Idee der Gemeinschaft als utopisches Gegenprogramm andererseits aufgreift (a. a. O.: 103).

In einem Fazit lässt sich feststellen: Das Form-Inhalt-Problem reflektiert Tushnet nicht, weil er an der wesentlichen Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts letztlich mit einem positivistischen Formbegriff und handlungstheoretischer Ideologiekritik vorbeizieht. Letztere führt bei Tushnet wie bei Unger in der Erklärung der empirischen Autonomie des Rechts zu einer Institutionen- und Professionstheorie. Es bleibt so zwar die Frage nach der Bedeutung des positivistischen Formbegriffs, dem ontologischen Status der rechtlichen Inhalte und von Ideologien, die eine so verstandene Form bestimmen, offen. Aber zugleich setzt sich Tushnet in seiner Unterreflektiertheit den Problemen der bisher behandelten Autoren aus. Zum Teil betont er allerdings die Bedeutung einer Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts, die über einen Positivismus hinausgehen könnte: Er versteht sie als unvereinbar mit instrumentalistischem Marxismus, letztlich handlungstheoretisch-ideologiekritischem ‚Klassenrecht-Marxismus‘. Wie gezeigt, ist das allerdings genau jener Marxismus, auf den es auch in seinem Fall hinausläuft. Da er die politische

¹²⁹ Die an Gramsci angelehnte Rechtskritik wird auch von Bob Jessop, vor allem hinsichtlich der Beiträge von Stuart Hall kritisiert: „Implicit in these ‚Studies‘ is the assumption that legal discourse and practices are indeterminate and that their actual implementation is overdetermined by other political and ideological discourses and practices.“ (Jessop 2001 [1980]: 258). Entsprechend dieser und meiner Kritik fügt sich die Gramscianische Rechtskritik in das Paradigma von Kennedy und Unger, soweit dabei, wie im Fall Tushnets, die Rolle von Klassen betont wird, in die ‚Klassenrecht‘-Theorie. Genauso wenig wie jegliche Bezüge auf Klassentheorie in der Rechtskritik, sollen damit Bezüge auf Gramsci von vornherein desavouiert werden. In der Staatskritik hat Hirsch Elemente von Gramscis Theorie aufgegriffen, um sie mit einer Formkritik zu verbinden (Hirsch 1995: 25).

¹³⁰ Das ist auch wieder im Einklang mit handlungstheoretisch ideologiekritischem ‚Klassenrecht‘-Marxisten. Besonders intensiv und in vielen Stellungnahmen hat sich entsprechend Edward Palmer Thompson für die marxistische Nutzbarmachung des Rechts eingesetzt: „if the actuality of the law’s operation in class-divided societies has, again and again, fallen short of its own rhetoric of equity, yet the notion of the rule of law is itself an unqualified good.“ (Thompson 1982: 136). Prominent ist auch der formunkritische ‚Klassenrecht-Marxismus‘ von Hugh Collins. Er will ebenfalls auf „Emanzipation“ mittels Recht hinaus: „the whole thesis of the withering away of law rests upon the dubious definitional fiat that rules which serve any other purpose than class oppression cannot be law.“ (1982: 106).

Ökonomie des Kapitalismus in seine Rechtskritik konsequent einbezieht und zugleich Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts in irgendeiner Weise reflektiert, liefert er aber Andeutungen, wie kapitalistische Gesellschaft, insbesondere Ökonomie, und Recht formbestimmt im Verhältnis stehen könnten. Dadurch könnte zugleich die kapitalistische Spezifik der Rechtsform genauer bestimmt werden. Anknüpfend an Unger, wurde die Rechtsform, verstanden als historisches Wesen des Kapitalismus, bisher in erster Linie als in sich, also in ihren Eigenschaften, kapitalistisch bestimmt begriffen. Bei Tushnet deutet sich an, dass Recht und außerrechtlich Gesellschaftliches in einem Vermittlungsverhältnis stehen, das von ein- und demselben Formprozess beherrscht wird. Genau auf diese Erkenntnis verweist Balbus umso mehr.

3. Der Zusammenhang von Warenform und Rechtsform sowie Formverselbständigung bei Balbus als Verweis auf kapitalistische Formtotalität

Als Ausgangspunkt wählt Balbus das bereits von einigen Autoren erörterte Problem einer „Autonomie des Rechts“. Die These von der Formbestimmtheit des Rechts wendet sich dabei in Balbus’ Aufsatz wie bei Tushnet explizit gegen einen Marxismus, der Recht als funktional für die herrschende Klasse und als funktionalisierbar durch die unterdrückte Klasse versteht, also gegen handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘. Bei der Autonomie des Rechts handelt es sich gemäß Balbus’ Begriffserklärung und korrespondierend mit meinem Begriff von der Verselbständigung des Rechts um eine Autonomie vom Willen der Subjekte. Sei das erkannt, könne der nächste Erkenntnisschritt gegangen werden, dass nämlich diese Autonomie nicht mit einer Autonomie von kapitalistischen „Systemerfordernissen“ verbunden sei. Weil Recht autonom im erstgenannten Sinn sei, werde es nicht autonom im zweitgenannten. Hier will Balbus also auf eine Systemfunktionalität statt auf eine Ideologienfunktionalität hinaus. Dieses Zusammengehen von Autonomie und kapitalistischer Funktionalität bezeichnet er mit dem Begriff der „relativen Autonomie des Rechts“, der somit bei ihm zumindest deutlicher als bei Tushnet etwas anderes als Ideologienfunktionalität akzentuiert (Balbus 1977: 573).

Die Grundlage dafür, dass diese „relative Autonomie“ möglich bzw. dass das Recht entsprechend formbestimmt sei, ist nach Balbus Ansicht ein Zusammenhang zwischen kapitalistischem Warentausch und kapitalistischem Rechtsverkehr.¹³¹ Ausführlich Marx’ Wertformanalyse rezipierend, erkennt er die Waren- und Geldform als die Abstraktion der qualitativ verschiedenen Inhalte und konkreten menschlichen Bedürfnisse auf der Grundlage der Abstraktion von konkreter Arbeit: „The logic of the commodity form is thus that of a double movement from the concrete to the abstract, a double abstraction of form from content, a twofold transmutation of quality into quantity.“ (a. a. O.: 573). Als kapitalistische Spezifik im Vergleich zu vereinzelt Warentausch benennt er, dass auf der Grundlage kapitalistischer Produktionsweise die Warenform auch die Arbeit erfasse und dementsprechend universalisiert sei. Erst im Zeitalter dieser Universalisierung würden menschliche Beziehungen verdinglicht, Dinge personifiziert. Damit sei zugleich der Warenfetisch als die kapitalistische Herrschaft von Waren- und Geldform über die Menschen erkannt. Der Zusammenhang zur Rechtsform ist für Balbus folgender: „I shall argue that the logic of the legal form and the logic of the commodity form are one and the same... The exchange of commodities is paralleled by the exchange of citizens.“ (a. a. O.: 575).

Anknüpfend an Marx rückt er so also eine neue Dimension des kapitalistischen Charakters der Rechtsform ins Zentrum der Analyse, nämlich den *Zusammenhang der Rechtsform mit einer*

¹³¹ Dieser Zusammenhang ist zunächst keine Neuentdeckung: „Um die Dinge als Waren aufeinander zu beziehen“, heißt es bei Marx in der Wertformanalyse zu Beginn seines „Kapitals“, „müssen die Warenhüter sich zueinander als Personen verhalten, deren Willen in jenen Dingen haust, so dass der eine nur mit dem Willen des andren, also jeder nur vermitteltst eines, beiden gemeinsamen Willensakts sich die fremde Ware aneignet. Indem er die eigene veräußert. Sie müssen sich daher wechselseitig als Privateigentümer anerkennen. Dies Rechtsverhältnis, dessen Form der Vertrag ist, ob nun legal entwickelt oder nicht, ist ein Willensverhältnis, worin sich das ökonomische Verhältnis widerspiegelt.“ (Marx 1982 [1890]: 99f.).

anderen zentralen kapitalistischen Form. Diese Dimension war bisher, in der Auseinandersetzung mit Unger und mit dem Verweis auf die Ungeklärtheit des Verhältnisses von kapitalistischer und rechtlicher Form, nur angedeutet worden. Während aber Marx in dem oben zitierten ‚Warenhüter-Theorem‘ eine funktionale Ableitung der Rechtsform aus der Warenform nahe legt (bzw. eine „Widerspiegelung“ der Warenform in der Rechtsform), die in der noch zu behandelnden ‚Rechtsableitungsdebatte‘ eine große Rolle gespielt hat, legt Balbus den Schwerpunkt auf die formlogische Beziehung, die er sogar als „Homologie“ oder „Identität“ ansieht.¹³² Worauf mit diesen Begriffen von Balbus, ohne dass er es ausspricht, verwiesen wird, ist die Genese der Rechtsform aus einer *Formtotalität*.¹³³ Bei Balbus leitet sich die Rechtsform nicht in erster Linie aus dem materiellen Reproduktionsprozess ab. Es geht ihm auch nicht um bloße Funktionalität der kapitalistischen Rechtsform für den kapitalistischen Warenaustausch. Es geht ihm vielmehr um eine *innere, formlogische* Verbindung des kapitalistischen Ganzen, nämlich um die überempirisch die Empirie erfassende Ausbreitung der Charakteristika der gleichen Form. Das deutet letztlich auf eine Totalität hin, die in sich selbst gründet und die kapitalistische Rechtsform als ihre Emanation hervorbringt.¹³⁴ Somit macht die Aufspaltung in kapitalistische Form und kapitalistische Rechtsform Sinn, die ich in der Einführung des Formbegriffs in den Raum gestellt habe: Die kapitalistische Form ist der Begriff, der jene kapitalistischen Charakteristika erfasst, die sich nur im Bezug realisieren können, die aber doch nicht allein durch einen Bezug – auf die Ökonomie oder das Recht – bedingt sind. Am Ende seines Aufsatzes will Balbus entsprechend auf einen Begriff hinaus, der beidem – Waren- und Rechtsform – zugrunde liegt. Er spricht, sich explizit auf Max Weber beziehend, von „formaler Rationalität“ (a. a. O.: 584f.).

Im Einzelnen hat Balbus’ Rechtsformkritik folgende Konsequenzen: Identisch oder homolog mit der Warenform abstrahiere die Rechtsform von der Vielheit konkreter Bedürfnisse und Interessen sowie dementsprechend von den gesellschaftlich verschiedenen Individuen, und zwar – eng angelehnt an Marx – durch die Abstraktionen „Wille“ und „Recht“ sowie „Rechtsperson“. Das Gesetz sei das „Geld des Rechts“ als universales politisches Äquivalent. „[W]e are in the presence of the same double movement from the concrete to the abstract, the same twofold abstraction of form from content, that characterizes the commodity form.“ (a. a. O.: 577). Was Unger nur andeutet, wird von Balbus ausgeführt: die Erkenntnis eines Rechtsfetischismus. Die kapitalistische Rechtsform werde zumindest nicht praktisch in Frage gestellt, weil die Form selbst die Möglichkeit ausschließe, denn die Subjekte haben wegen der Abstraktion durch die Form nicht die Kontrolle über die Objekte. Das Recht beherrsche so die Menschen, stellt Balbus im Gegensatz zu Unger den Herrschaftscharakter dieses Fetisch heraus: „Commodity fetishism and legal fetishism are thus two inseparably related aspects of an inverted ‚topsy-turvy‘ existence under a capitalist mode of production in which humans are first reduced to abstractions, and then dominated by their own creations.“ (a. a. O.: 584). Die wesentliche Bestimmtheit des Rechts in der kapitalistischen Rechtsform und der entsprechende Rechtsfetischismus schließen handlungstheoretische Ideologiekritik aus.

Balbus legt zwar den Akzent auf eine formlogische Ableitung der Rechtsform aus der Warenform und umgekehrt. Er bestreitet aber nicht, dass die Rechtsform trotzdem in mehrfacher Hinsicht kapitalistisch funktionell ist, und zwar nicht zuletzt hinsichtlich kapitalistischer Ökonomie: Balbus

¹³² Damit knüpft er an Sätze in Paschukanis’ – von Balbus auch lobend erwähnter – „Allgemeiner Rechtslehre und Marxismus“ wie dem folgenden an: „Der gesellschaftliche, in der Produktion wurzelnde Zusammenhang stellt sich gleichzeitig in zwei absurden Formen dar: als Warenwert und als die Fähigkeit des Menschen, Subjekt des Rechts zu sein.“ (Paschukanis 2003 [1924]: 113).

¹³³ In den Kontext einer solchen auf die „Form“ bezogenen „Totalitätsauffassung“ stellt auch Sonja Buckel Balbus’ Beitrag (Buckel 2004: 36).

¹³⁴ Dieser Charakter der Rechtsform als Emanation einer Formtotalität wird abgebildet, wenn Hegel ausführt, dass „die Gesetzgebung überhaupt und ihre besonderen Bestimmungen nicht isoliert und abstrakt zu betrachten, sondern vielmehr als abhängiges Moment *Einer* Totalität, im Zusammenhang mit allen übrigen Bestimmungen, welche den Charakter einer Nation und einer Zeit ausmachen“ (Hegel 1970 [1821]: 35; Hervorhebung von Hegel).

spricht von „Systemerfordernissen“ und benennt beispielsweise die Garantie der Warenauschersubjektivität und die Vermittlung von Klassenherrschaft. Anders betrachtet, hängen somit aber verschiedene Formen (in der einen kapitalistischen Form) nicht nur logisch, sondern auch funktionell zusammen. Vor dem Hintergrund der Erkenntnis dieses Formzusammenhangs wird die in Auseinandersetzung mit Unger entwickelte These vom übergreifenden Charakter der Rechtsform nochmals untermauert: Der Grund für den Begriff des Übergreifens der Rechtsform, nämlich dass durch ihren überempirischen Charakter jeder Mensch und jedes Ding im Hochkapitalismus immer und überall Rechtssubjekt bzw. Rechtsobjekt ist, gilt weiterhin. Überempirisch-empirisch wird alles Empirische in der kapitalistischen Rechtsform vermittelt. Allerdings wird diese übergreifende Rechtsgeltung durch von den ‚Crits‘ nicht thematisierte empirische Abweichungen von der liberalen Rechtsförmigkeit, verstanden als erscheinende Formalität oder Allgemeinheit und abstrakte Freiheit und Gleichheit, wie sie Neumann in seinen Rechtsbegriff einbezieht, in Frage gestellt. Der Zusammenhang der kapitalistischen Formen, den Balbus rekonstruiert, konstituiert jedoch einen empirisch-überempirischen Zusammenhang, der auch noch solche Abweichungen überempirisch zu erfassen scheint. Das verweist wieder und endgültig über Balbus hinaus gedacht auf ein lückenloses Ganzes, also Totalität, und zwar als Ursprung und funktionelle Bindung der Rechtsform. Sie wäre dann zugleich Grund der Verselbständigung der Rechtsform, die eine *Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch* wäre. Unabhängig davon, ob es zu empirischen Abweichungen staatlicher Akte vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts kommt, unabhängig davon also, ob sich die Verselbständigung der Rechtsform als empirische Autonomie zeigt, wäre das Recht im Wesentlichen verselbständigt. Das Problem des Verhältnisses von Form und Inhalt im kapitalistischen Recht, das Nichtidentität-Problem spitzt sich mit der Erkenntnis der Formtotalität zu, denn die durch die kapitalistische Rechtsform konstituierte Identität wird in dieser Formtotalität augenscheinlich verdichtet.

Da Balbus also die Rechtsform sowohl als Teil eines Formzusammenhangs als auch als kapitalistisch formfunktionell ansieht, ist er deutlich, was die Notwendigkeit einer Negation von Recht für Emanzipation angeht: Die Rechtsform sei untrennbar mit dem kapitalistischen System verbunden und könne nicht die Basis für eine sozialistische oder kommunistische Gesellschaft sein. Dadurch übertreibt er möglicherweise die Historisierung sogar, weil das Recht, wie schon festgestellt, als Vermittlung durch Abstraktion verstanden, an Herrschaft, nicht aber unbedingt an Kapitalismus gebunden ist. Er wendet sich so aber jedenfalls gegen die Vorstellung der handlungstheoretischen Ideologiekritik des Rechts vom vermeintlich emanzipatorischen Recht des Konkreten oder konkreter Gleichheit. Diese Erscheinungen bzw. Ideale der „*Einen Totalität*“ (Hegel) können in seiner Rechtskritik nicht Maßstab der Rechtskritik sein. Gleichheit sei ein Wert, der der Rechtsform inhärent ist, eine Kritik des Auseinanderklaffens von Anspruch und Realität könne so nicht Quelle einer Änderung hin zu menschlicher Gesellschaft sein, sondern eine „radikal andere Logik“ sei notwendig, die den Formfetischismus durchbreche. Damit vermeidet er zugleich jegliche Parteinahme für Erscheinungen des kapitalistischen Wesens des Rechts und damit auch die Gefahr seiner gegenemanzipatorischen Negation.

Mit dem Blick auf die Formtotalität erhellt sich, über Balbus hinaus gedacht, sogar weitergehend der Charakter gegenemanzipatorischer Ideologien und Potenziale. Die Formtotalität konstituiert auch das Potenzial totaler unvermittelter Konkurrenz, Herrschaft und Identität. Die in der übergreifenden Rechtsform garantierte rechtlich vermittelte umfassende Konkurrenz, Herrschaft und Einheit der Staatsgewalt sind augenscheinlicher Ausdruck dieser Potenziale (s. A.VI.3.). Der rassistische Antisemitismus samt seiner verwandten Ideologien wie Antiamerikanismus erweist sich dabei als die gegenemanzipatorische Ideologie des Hochkapitalismus schlechthin. Er ist nicht nur, wie ausgeführt, die positive Identifizierung mit dem ‚Konkreten‘ und die Projektion des Übels auf das ‚Abstrakte‘ etwa im Recht (s. A.III.3.). Obendrein kulminiert in der antisemitischen (Welt-) Verschwörungsprojektion auf ein übergreifend verortetes, biologistisch personifiziertes Abstraktes, dem der Rasse nach nicht zuletzt ‚entwurzelte‘ Individualität und Universalität zugeschrieben wird, eine Ideologisierung des Kapitalismus, die ihm auf perverse Weise adäquat ist: Sie ist derart *die* gegenemanzipatorische Ideologie einer sich unbewusst durch die Subjekte, ihren Staat und ihr

Recht hindurch internationalisierenden, alle gesellschaftlichen Bereiche erfassenden, eben totalisierten Formherrschaft (vgl. Claussen 1994 [1987]: 60ff.; Postone 1988 [1982]: 243ff.).¹³⁵ Die emanzipatorischen Potenziale in der Form, Individualität und Universalität, könnten als Aufforderung zur Emanzipation angenommen werden. Aber sie können auch, mangels kritischer Reflexion, als bloße Erinnerung an das eigene krisengeschüttelte (Rechts-)subjekt-dasein die pathische Projektion bis hin zur Vernichtungstat nahe legen.¹³⁶ Auf diese Potenziale und Ideologien geht Balbus aber genauso wenig wie die übrigen ‚Crits‘ ein.

4. Inkonsequenzen in Balbus' Rechtsformkritik

Wie schon angesprochen, ist Balbus in der Erkenntnis der Rechtsform und des Formzusammenhangs als wesentlich, empirisch-überempirisch nicht konsequent. Die Webersche „formale Rationalität“ zeigt, dass er begrifflich eine Identifizierung der Form allein mit ihren formalen Erscheinungen nicht völlig ausschließt.¹³⁷ Das würde allerdings das bisher aus seinen Ausführungen Herausdestillierte wieder zum Formbegriff als bloß erscheinende Formalität, zum Form-Inhalt-Dualismus, zu handlungstheoretischer Ideologiekritik und zu herrschaftsunkritischer Ahistorizität auflösen. Entscheidend ist hier aber vor allem, ob er die Problematik der zwei Formbegriffe und die entsprechende Frage nach dem Form-Inhalt-Verhältnis im Recht erörtert. Im Hinblick auf rechtliche Gleichheit behauptet Balbus, die Formalität dieser Gleichheit sei repressiv, sie verfestige reale Ungleichheit systematisch und „verschleiert“ Klassenverschiedenheiten. Der reale Inhalt der Rechtsform sei Individualismus und Egoismus der Warentauscher, also jener „liberale“ Inhalt, den auch die meisten übrigen ‚Crits‘ kritisieren. Dabei handele es sich um eine „doppelt illusorische“ Individualität, nämlich eine von sozial verschiedener Individualität losgelöste und auf Warentauschindividualität ausgerichtete. Zugleich biete die Rechtsform eine „illusorische bürgerschaftliche Einheit“, die in Wirklichkeit auf der Warentauscherindividualität der Bürger und dem Klassegegensatz beruhe. Balbus' Termini „formale Gleichheit“, „Verschleierung“ und „Illusion“ auf der einen und „Realität“ auf der anderen scheinen also doch wieder auf formunberührte Inhalte und damit auf einen Rechtsformbegriff als erscheinende Formalität hinzudeuten, ohne dass Balbus ihn angesichts seiner eigenen These von dem herrschaftlichen Formzusammenhang problematisieren würde. Hier scheint es dann auch so, als würde Balbus wie vor allem Tushnet einen Standpunkt der Rechtsform einnehmen, um die „reale Ungleichheit“ anzuprangern und mit einer vollendeten Gleichheit zu vermeintlicher Emanzipation zu gelangen. Gerade weil Balbus aber gleichzeitig das Gleichheitsideal kritisiert, von einem

¹³⁵ Wie oben erwähnt, muss die Kritik des Antisemitismus mehr als die skizzierte Ideologiekritik sein. Die Bedeutung von Klassen- und von staatlicher Herrschaft sowie von nationaler Spezifik (s. Anm. 84) kann hier aber nicht erörtert werden. Zu erörtern bleibt aber die Frage nach der projektiven ‚Eigenleistung‘ der Subjekte, und zwar als Frage nach ihrer Indeterminiertheit auch in barbarischer Perspektive (s. C.III.3. und D.III.).

¹³⁶ Claussen führt dazu entsprechend aus: „Der Antisemitismus verspricht rhetorisch die Wiederkehr des Pogroms, in dessen Zeichen auch die Unterdrückten für kurze Zeit einmal Macht besaßen: punktuelle Gewalt gegen die Juden. In der Ohnmacht hält der Antisemitismus die Ahnung an die Scheinfreiheit wach, an den Festtag der Barbarei... Der Triumph über die Herrschaftsform des Liberalismus, der sich als beschränkte Freiheit herausstellt, kulminiert in der Schrankenlosigkeit von Herrschaft. Die unumschränkte Gewalt verwirklicht sich in der Massenvernichtung der europäischen Juden. Sie löst das Versprechen des modernen Antisemitismus ein: einmal Herren zu sein, und sei es im Angesicht des Untergangs.“ (1994: 60f.). Hirsch schreibt allgemeiner zur Begründung einer Empfänglichkeit der Subjekte für gegenemanzipatorische Ideologien, Horkheimer rezipierend, der Kapitalismus gebe „die Menschen einer gesellschaftlichen Maschinerie preis, die um so undurchschaubarer und unbeeinflussbarer erscheint, je mehr sich das Kapitalverhältnis weltweit durchsetzt. Unsicherheit und Angst, die Ungewißheit über sich selbst als gesellschaftliches Individuum... gehören deshalb zu den Grundmerkmalen kapitalistischer Vergesellschaftung.“ (Hirsch 1995: 38).

¹³⁷ Hier scheint mir Adorno unmissverständlicher, wenn er von „Wirklichkeit“ „instrumentaler Rationalität“ des Rechts spricht (1998: 304; s. auch D).

Formzusammenhang mit herrschaftlichem Charakter qua Fetisch ausgeht und Emanzipation mittels Recht ausschließt, scheint er sich hier in Widersprüchlichkeiten zu verwickeln, anders als Unger aber nicht in handlungstheoretische Ideologiekritik zurückzufallen.¹³⁸

Auch diese Widersprüchlichkeiten mögen ein Defizit sein, aber das eigentliche Problem ist hier, dass Balbus sie nicht erörtert und somit sein eigenes Form-Inhalt-Problem nicht erkennt. Erkennt man eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt und damit auch einen wesentlichen Unterschied zwischen Formalem und Materialem an, können Ungleichheiten, Ausbeutung und Klassenunterschiede mehr als oberflächliche und somit nicht nur für die konkrete Gestalt des kapitalistischen Rechts bedeutende Missstände sein. Dass sich dann wieder Handlungstheorie und Ahistorizität in ihrer Herrschaftsblindheit einschleichen, entsprechend auch die These vom Recht als von Herrschaft ablösbar, verschieden verwendbarem Instrument, verweist wiederum auf das in dieser Arbeit noch nicht geklärte Problem des Form-Inhalt-Verhältnisses im kapitalistischen Recht. Der mehrmals schon angesprochene Prüfstein der impliziten Antworten auf dieses Problem in den Beiträgen der ‚Crits‘, die empirischen Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts bis hin zur unvermittelten Rechtlosigkeit, die in Balbus’ Formtotalität aufgehen könnten – oder nicht –, sind für Balbus kein Thema. Er ist in dieser Hinsicht doch dem Paradigma Kennedys und Ungers insofern verhaftet, als er sich auf das abstrakt Liberale des kapitalistischen Rechts konzentriert. Balbus hat so den Weg zur letzten Konsequenz der Formkritik gewiesen: die Kritik einer in sich selbst gründenden und sich durch die Rechtsform verselbständigenden Formtotalität. Für die Beantwortung meiner Ausgangsfragen zur Negation des Rechts bleibt eine Lösung dieses Problems nötig und damit auch die Beantwortung der Frage, ob die Abweichungen vom abstrakt Liberalen des Rechts bis hin zu unvermittelter Rechtlosigkeit auf eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt des Rechts verweisen.¹³⁹

IX. Fazit

Kennedys und Ungers Paradigma vom ahistorisch (un)bestimmten Recht, bestimmender, vor allem liberaler Ideologie und entsprechender handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts ist die gemeinsame Prämisse des marxistischen Teils der ‚Critical Legal Studies‘, von der keiner der Autoren konsequent abweicht. Die Grenzen dieses Paradigmas, eine sich auch empirisch, vor allem in der Autonomie des Rechts andeutende historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts empirische Abweichungen von abstrakter Liberalität des Rechts sowie die Offenheit des Paradigmas für eine gegenemanzipatorische Wesensphilosophie zeigen sich schnell. Nichtsdestotrotz behandeln die ‚Crits‘ mit den Begriffen Formalität und Materialität, Form und

¹³⁸ In der Behandlung der ‚Rechtsableitungdebatte‘ wird zudem auf das mehrfach in einschlägigen Literatur behauptete Problem einzugehen sein, der Bezug des Rechts zum Warentausch sei ahistorisch, weil Warentausch kein spezifisch kapitalistisches Spezifikum sei. Offensichtlich ist aber jedenfalls, dass Balbus mit der abstrakten Arbeit, der entsprechenden Universalisierung der Warenform wie letztlich auch mit Verdinglichung, Fetisch und Formtotalität kapitalistische Spezifika einführt. Allerdings fehlt möglicherweise ein Bezug zum Kapital. Das berührt die Frage, ob Balbus zu fixiert auf seine Homologie von Waren- und Rechtsform ist (s. B.II.2.). In dieser Hinsicht kritisiert Charles W. Grau Balbus am Rand, wenn er sich gegen eine Überbetonung von Rechtsförmigkeit und Zirkulationssphäre wendet (Grau 1982: 197ff.).

¹³⁹ Eine vernichtende Kritik an Balbus formulieren Klauska et al. Sie werfen ihm vor allem „Unbedarftheit“ vor, indem er begriffliche Abstraktionen mit der empirischen Welt verwechsle (Klauska et al. 1980: 111ff.). Diese sprachtheoretische Kritik zielt letztlich auf den in dieser Arbeit herausgearbeiteten Formbegriff und die entsprechende Formkritik generell. Aber es ist in dieser Arbeit gezeigt worden, warum es sich bei Rechtsform und Rechtsbegriff, die auch Balbus entfaltet, um real wesentliche und herrschaftliche Prozesse handelt. Diesen spezifischen, kapitalistischen Begriffsrealismus können sich Positivisten wie Klauska et al. anscheinend in ihrer ‚Unbedarftheit‘ nicht vorstellen, sondern lediglich den Formbegriff in seiner positivistischen Fassung. Jedenfalls differenzieren sie an keiner Stelle zwischen den verschiedenen Formbegriffen (und entsprechenden Begriffs-Begriffen). Dass Positivismus und Nominalismus noch eine Ehrenrettung erfahren dürfen, steht auf einem anderen Blatt (s. D.III.). Wie gezeigt, kann man umgekehrt Balbus allerdings in der Tat ankreiden, nicht konsequent genug den Formbegriff realer Abstraktion, also den wesentlichen, herausgearbeitet zu haben.

Inhalt, mit den gleichzeitigen empirischen Befunden von Autonomie und Funktionalität des Rechts, mit staatlicher Herrschaft und Klassenherrschaft sowie mit dem Zusammenhang von Warenform und Rechtsform notwendig zentrale Aspekte einer materialistischen Rechtskritik. Dabei werfen sie aber immer wieder Probleme auf, die sie mit ihrer Rechtskritik nicht ausreichend erörtern können. Daher laufen sie Gefahr, an der Allgegenwart des Rechts vorbei zu kritisieren, somit die Fragen nach Begriffen von Recht und Rechtlosigkeit und letztlich die Fragen zur Negation des Rechts, meine Ausgangsfragen, vorschnell zu beantworten.

Der Schlüssel zur Überwindung ihrer Reflexionsgrenzen ist ein *Begriff des kapitalistischen Rechts*, der seine *historisch wesentliche Bestimmtheit in der kapitalistischen Rechtsform* erfasst und auf *Rechtsformkritik* zielt. Die kapitalistische Rechtsform ist der Prozess der herrschaftsförmig übergreifenden und verselbständigten Vermittlung des außerrechtlich Gesellschaftlichen durch reale Abstraktion in universalen Rechtsbegriffen, Rechtssubjekt und Rechtsobjekt. Bei den *Inhalten* dieser Form handelt es sich zunächst um die empirischen Gesellschaftsmitglieder, ihre Beziehungen, vor allem um Interessen, Ideologien und die entsprechenden Gegensätze sowie das, was davon in Rechtsanwendung sowie Normen eingeht. Dieses Verständnis der Inhalte bezieht sich aber auf einen *positivistischen Formbegriff* erscheinender Formalität und nicht auf den zuvor skizzierten formbestimmten, *wesentlichen Formbegriff*. Der letztgenannte Formbegriff bezieht die Inhalte durch die Erkenntnis des übergreifenden Vermittlungsprozesses in die Form ein. Konsequenterweise gedacht, wird mit diesem Formbegriff nicht nur ein Dualismus von Form und Inhalt aufgelöst. Die Inhalte werden dergestalt als bloße Erscheinungen der Form, ihres kapitalistischen Wesens, konstituiert. Empirisches Indiz dieser Form ist die Autonomie des Rechts, die Verrechtlichung unabhängig vom Willen der Subjekte. Mit der Erkenntnis dieser historisch wesentlichen Bestimmtheit des Rechts sind die Bedeutung des positivistischen Form- und Inhaltsbegriffs, der ontologische Status der Inhalte und das Verhältnis von Form und Inhalt – *formbestimmte Identität oder wesentliche Nichtidentität* – unterschiedliche Aspekte eines Problems, des *Form-Inhalt-Problems* oder des „*Problembegriffs Nichtidentität*“ (Adorno; Ritsert) materialistischer Rechtskritik.

Lässt man dieses Problem zunächst unberücksichtigt, so ist festzuhalten, dass in der Auseinandersetzung mit Mensch die Einsicht in den *Staat* als der Form unterworfenen Garantieherrschaft und als Souverän über die rechtlichen Inhalte hinzugefügt werden konnte. Es hat sich gezeigt, dass diese Souveränität einerseits durch die Form untergraben wird. Andererseits scheint eine *souveräne Willkür* des Staats, die über der Rechtsform steht, Teil des Grundes von empirischen *Abweichungen vom abstrakt Liberalen* des kapitalistischen Rechts, also erscheinender Formalität, Abstraktheit und Allgemeinheit, entsprechender Freiheit und Gleichheit. Diese werden aber von den ‚Crits‘ gerade nicht thematisiert. Die Abweichungen schränken aber den empirischen Befund der *Autonomie* des Rechts als Indiz einer empirisch-überempirischen Verselbständigung ein und zeigen, dass das kapitalistische Recht durch die Nichtidentität der Rechtsform bzw. ihrer erscheinenden Formalität im Hinblick auf seine konkrete Gestalt bestimmt wird. Das machen auch all die Gegensätze deutlich, die die ‚Crits‘ im Recht verorten.

In der Auseinandersetzung mit Freeman konnte ich die Verschränkung von Recht und Klassenherrschaft herausarbeiten. Das bedeutet, dass die kapitalistische Rechtsform doppelt an Herrschaft gebunden ist – als *herrschaftliche Vermittlung* und als *Vermittlung von Herrschaft* – und dabei wiederum doppelt an *Klassenherrschaft* und *staatliche Herrschaft* – jeweils als *Garantieherrschaft* und *vermittelte Herrschaft*. Die abstrakte herrschaftliche Identität, die die Rechtsform dabei herstellt, ist somit ebenfalls doppelt mit der Rechtsform verbunden: als Voraussetzung und als Resultat. In der doppelten Bindung an Herrschaft und Identität zeigen sich die wesentliche *Vermittlung durch Abstraktion* einerseits und die *Unvermitteltheit* andererseits endgültig als Kriterien zur Unterscheidung von Recht einerseits und gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit andererseits. Die kapitalistische Rechtsform mit ihrer Formfunktionalität für liberale Mindeststandards erweist sich so zugleich als Voraussetzung von Kapitalismus, ihre Negation hin zu umfassender unvermittelter Rechtlosigkeit als Voraussetzung von Gegenemanzipation. Damit zeigt sich also die Gefahr der Gegenemanzipation durch die Negation von Recht und man kann in

dieser Hinsicht von einer gegenemanzipatorischen Negation des Rechts und einer gegenemanzipatorischen Rechtlosigkeit sprechen. Vorkapitalistisches Recht offenbart sich aus heutiger Sicht entweder als gegenemanzipatorische Rechtlosigkeit oder als ein nicht völlig Anderes des kapitalistischen Rechts. Die Historisierung des Rechts ist damit in erster Linie Herrschaftskritik, die im Hinblick auf das historische Wesen des kapitalistischen Rechts dank dessen durch Übergreifen und Verselbständigung verfestigten Herrschaftscharakters auf die Spitze getrieben werden muss. Auf dieser Grundlage konnten die emanzipatorischen und gegenemanzipatorischen Potenziale in der kapitalistischen Rechtsform herausgearbeitet werden: Es handelt sich zum einen um ein Potenzial unvermittelter Konkurrenz, Herrschaft und / oder Identität in (volksstaatlicher) Gemeinschaft zur Streichung oder Unterdrückung von individueller Entfaltung wie zum anderen – in der Eigenschaft der Vermittlung durch Abstraktion – um ein Potenzial zwangloser Vermittlung als Voraussetzung von individueller Entfaltung in freier Assoziation. Die Wirklichkeit emanzipatorischer und gegenemanzipatorischer Potenziale wird aber wiederum mit dem Form-Inhalt-Problem in Frage gestellt.

Die Unreflektiertheit der ‚Crits‘ in diesem Punkt bzw. ihre vorschnelle Auflösung des Form-Inhalt-Problems hin zu positivistischer, das Konkrete nur äußerlich dem Abstrakten subsumierender handlungstheoretischer Ideologiekritik macht die vermeintlich emanzipatorische Parteinahme für metaphysisch aufgeladenes Konkretes im Sinn des vermeintlich rechtlich Unvermittelten möglich. Wenngleich diese *Wesensphilosophie* als Hypostasierung der konkreten Arbeit wie im handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus, als die romantische Verklärung des Ursprünglichen oder gar als das antisemitische Lob des Konkreten in den ‚Critical Legal Studies‘ nicht auftaucht, überschneiden sie sich doch mit diesen Pseudo-Kapitalismuskritiken in der genannten Parteinahme. Diese ist wiederum Ausdruck und Folge der *Liberalismuskritik* der ‚Crits‘. Hier reichen sich Positivismus und Antipositivismus in ihrer Blindheit für die kapitalistische Form die Hand. Die extremste Konsequenz der Formblindheit der ‚Crits‘ kommt dabei zur Geltung. Auch wird deutlich, dass der von den ‚Crits‘ vertretene Begriff des Liberalismus und des entsprechenden Rechts doppelt problematisch ist: Einerseits wird er auf handlungstheoretisch verstandene Ideologie verengt, statt dass die abstrakt liberalen Elemente, die notwendig zum kapitalistischen Recht gehören, erkannt werden. Andererseits wird er als „Status quo“ verstanden, sprich: empirische Abweichungen gehen in dieser zu weiten Fassung unter.

Tushnet hebt an, diesen Reflexionshorizont der Unbestimmtheitsthese mit Formkritik zu überschreiten, wohingegen erst Balbus diesen Schritt deutlich geht. Wesentlich historisch, kapitalistisch bestimmt ist das Recht bei Balbus in erster Linie deshalb, weil sich seine Form formlogisch aus einem Zusammenhang von Warenform und Rechtsform ableitet, und in zweiter Linie, weil diese Form funktionell für wesentliche kapitalistische Anforderungen und Interessen ist. Das heißt in Bezug auf die beiden zentralen kapitalistischen Formen und ihre universalen Begriffe, dass Rechtssubjekt und -objekt einerseits und Warensubjekt und -objekt andererseits zwei Seiten ein- und desselben Zusammenhangs sind. Dieser Zusammenhang untermauert den übergreifenden und verselbständigten Charakter der kapitalistischen Rechtsform. Der Zusammenhang verweist auf *kapitalistische Formtotalität*. Diese Totalität konsequent zu Ende gedacht, wäre die Verselbständigung des Rechts eine *Verselbständigung dieser Totalität durch die Rechtsform hindurch*. Die Inhalte sind in dieser Perspektive zwar notwendig für den Fortgang der rechtsförmigen Vermittlung, aber nicht in ihrer jeweiligen Spezifik, das heißt, dass sie zu bloßem Vermittlungsmaterial werden. In ihrer Trennung von den gesellschaftlichen Inhalten und der darauf basierenden Verselbständigung bietet die Form mit der spezifischen Vermittlung *formfunktionell* die Voraussetzungen für bürgerliche Freiheit und Gleichheit, Konkurrenz in abstrakter, also gesellschaftlicher Identität und damit für die liberalen Mindeststandards. Dieses sind allerdings zugleich die abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform. In einer solcherart konsequent zu Ende gedachten Formkritik würde die Formfunktionalität zur tautologischen Funktionalität für die Verselbständigung der Formtotalität durch die kapitalistische Rechtsform hindurch, und damit die Formverselbständigung zu einer Formselbstreferenz.

Voraussetzung dieser Formselbstreferenz wäre, dass das Form-Inhalt-Problem einseitig hin zur formbestimmten Identität von Form und Inhalt in der kapitalistischen Formtotalität aufgelöst werden muss. Die Autonomie des Rechts bzw. seine Fortexistenz durch alle seine Krisen in der kapitalistischen Geschichte bis hin zu unvermittelter Rechtlosigkeit scheinen diese Verselbständigung empirisch zu bestätigen. Die empirischen Abweichungen der abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform bis hin zur unvermittelten Rechtlosigkeit stellen diese Identität aber weiterhin in Frage. Meine Aufgabe in den folgenden Teilen ist es entsprechend, die Erkenntnis der *Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts* samt seiner Potenziale zu vertiefen, um der *Empirie der Autonomie und Funktionalität* wie auch den *Abweichungen von der abstrakten Liberalität* des Rechts, seiner erscheinenden Rechtsförmigkeit, bis hin zu *unvermittelter Rechtlosigkeit* gerecht zu werden. Es ist dies, in anderen Worten, schlicht die Aufgabe, die Wirklichkeit von Recht und Rechtlosigkeit im Angesicht kapitalistischer Formtotalität zu kritisieren.

TEIL B: DIE ‚RECHTSABLEITUNGSDEBATTE‘

Die ‚Critical Legal Studies‘ gelangten in der deutschsprachigen Rechtskritik, auch in der marxistischen, nie zu großem Bekanntheitsgrad.¹⁴⁰ Eine andere Richtung marxistischer Rechtskritik, die bei den ‚Critical Legal Studies‘ selbst nur eine Nebenrolle gespielt hat, war dagegen nicht nur in marxistischen Zusammenhängen in der BRD bis in die 1980er Jahre dominierender als in den USA. Es handelt sich bei dieser Richtung um in loser Diskussion stehende Autoren, die im Zusammenhang dieser Arbeit betrachtet, an die Beiträge von Tushnet und Balbus anknüpfen. Es handelt sich um die ‚Rechtsableitungsdiskussion‘ oder ‚-debatte‘.

I. Die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und ihre Bedeutung für meine Arbeit

Die Beteiligten der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ gehen von einer spezifischen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts aus und vertreten, wie ich es zusammenfassen möchte, eine ökonomistisch funktionalistische oder formabsolutistische Systemkritik¹⁴¹ des Rechts mit Übergängen zur Rechtsformkritik. Die entsprechende Rekonstruktion der kapitalistischen Bestimmtheit des Rechts wurde von einigen Autoren „*Rechtsableitung*“ genannt, so dass von einer „*Rechtsableitungsdebatte*“ gesprochen wird (Blanke 1975: 476; Buckel 2004: 34). Bekannter ist jedoch eine weitere, mit der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ verflochtene Debatte geworden, die sich, von den gleichen theoretischen Prämissen ausgehend, auf den Staat konzentrierte: die so genannte „*Staatsableitungsdebatte*“ (Überblicke: Gerstenberger 1977: 35ff.). Da sich einige Autoren in dieser Debatte auch mit Recht auseinandergesetzt haben, werden die Beiträge dieser Autoren im Folgenden am Rand miteinbezogen.

Rechtsableitung hat als Bezeichnung der Rechtskritik der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ den Vorzug, dass sie offener ist als *funktionalistisch ökonomistische* oder *formabsolutistische Systemkritik des Rechts*. Diese zielt auf die Kritik des hierarchischen Zweckzusammenhangs zwischen einem form- oder ökonomisch bestimmten kapitalistischen System und Recht (s. Einleitung), jene erfasst lediglich einen irgendwie gearteten hierarchischen Zusammenhang zwischen politischer Ökonomie des Kapitalismus und Recht (Jäger 1994: 33). Somit können mit letzterer insbesondere die angesprochenen Übergänge zur Rechtsformkritik einbezogen werden, die im Fall der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ häufiger auftreten als bei den ‚Critical Legal Studies‘; außerdem die Bestrebung der ‚Rechtsableitungsdebatte‘, sich von einem Basis-Überbau-Schema in Bezug auf das Verhältnis von Ökonomie und Recht zu lösen und so die Autonomie des Rechts zu erklären (Jessop 2001 [1980]: 234; Klauska et al. 1980: 101)¹⁴². Im Hinblick auf die in Teil A herausgearbeiteten Aufgaben und im Vergleich zu den ‚Studies‘ macht es aber Sinn, den funktionalistisch oder formbezogenen systemtheoretischen Zugang und die bestimmende Bedeutung der Ökonomie in diesen Rechtskritiken zu akzentuieren.¹⁴³ Beides zeichnet alle Beiträge zumindest auch, in den

¹⁴⁰ S. Anm. 9. Mit der ‚Kontrolltheorie abweichenden Verhaltens‘ und vor allem handlungstheoretisch ideologiekritischem ‚Klassenrecht-Marxismus‘ wurden an bundesdeutschen Universitäten ohne intensive Rezeption der ‚Critical Legal Studies‘ jedoch ähnliche Rechtskritiken wie die marxistischer ‚Crits‘ formuliert.

¹⁴¹ *Formabsolutismus* meint die Theorie der Form ohne Reflexion der Inhalte. Zum Begriff des Funktionalismus und der Systemtheorie: s. Einleitung.

¹⁴² Klauska et al. empfehlen den ‚Critical Legal Studies‘ neben vielem anderen die Kenntnisnahme der bundesdeutschen Staats- und Rechtsableitung gerade wegen deren Thematisierung der „Autonomie“ (Klauska et al. 1980: 102), im Übrigen ganz generell einen Blick auf die ‚Systemtheorie‘ (et al. 1980: 91). Nolens volens folge ich hier deutscher Rechtssoziologenherrlichkeit.

¹⁴³ Bob Jessop spricht hinsichtlich Staats- und ‚Rechtsableitungsdebatte‘ von der „Capital Logic school“ (2001 [1980]: 234, 237ff.), was sich mit meiner Charakterisierung überschneidet, aber den funktionalistischen Ökonomismus und die entsprechende Tendenz zu einem spezifischen Positivismus nicht eindeutig benennt.

meisten Fällen zentral aus. Die Bestrebungen, die von einem Basis-Überbau-Schema fortweisen, sind zudem meines Erachtens an keiner Stelle vollendet worden. Von dieser Akzentuierung aus betrachtet, handelt es sich bei der Rechtsableitung jedenfalls um eine Rechtskritik, die handlungstheoretischer Ideologiekritik und Wesensphilosophie entgegengesetzt ist. Sie ist dementsprechend auch als eine Rechtskritik verstanden worden, die sich gegen einen seinerzeit dominierenden voluntaristischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ gewandt habe (Jessop 2001 [1980]: 234). Von meinen Charakterisierungen der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ ausgehend, fügen sich die beiden Zusammenhänge somit teilweise in eine der zentralen Dichotomien der Soziologie: ‚Handlungstheorie‘ und ‚Systemtheorie‘.

Hervorzuheben ist in dieser Einführung außerdem, dass in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ Recht thematisiert wird, das von den abstrakt liberalen Erscheinungen der in Teil A herausgearbeiteten kapitalistischen Rechtsform abweicht. Die Rede ist von so genanntem postliberalen, postbürgerlichen, fordistischen, staatsmonopolkapitalistischen und (neo)korporativistischen Recht (s. Anm. 35). Durch das Füllen dieser empirischen Lücke der ‚Crits‘ kann ich also den Prüfstein für den bisher entwickelten, an der wesentlichen Bestimmtheit in der kapitalistischen Rechtsform hängenden Begriff des kapitalistischen Rechts anbringen. Von meiner Bezeichnung gedeckt ist der Befund, dass die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ diese Abweichungen in ihr ‚System‘ einordnet.

Konsequenter als die ‚Studies‘ beziehen sich die Autoren der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ auf Marx‘ Kritik der politischen Ökonomie und nehmen überwiegend Bezug auf die umfassende, aus Marx‘ Kapitalismuskritik entwickelte Rechtskritik von Paschukanis.¹⁴⁴ Wie im Zuge der Auseinandersetzung mit Unger und Balbus ausgeführt, stammt von Marx sowohl der Gedanke der kapitalistischen Formbestimmtheit der Ökonomie als auch der entsprechenden Formbestimmtheit des Rechts, und zwar rekurrierend auf die beiden von mir herausgearbeiteten Formbegriffe, sowohl auf die Form als kapitalistisches Wesen des Rechts als auch auf die Form als erscheinende Formalität. Diese in Teil A erläuterte Revolutionierung sozialer Theorie hin zu einer Formkritik hat Marx aber nur fragmentarisch am Gegenstand des Rechts durchgeführt. Wie ebenfalls in der Auseinandersetzung mit Unger und Balbus angesprochen, war es Paschukanis vorbehalten, Marx‘ Formkritik und seine rechtskritischen Fragmente zu einer umfassenden Formkritik des kapitalistischen Rechts auszubauen. Allerdings kann in dieser Arbeit nicht geklärt werden, wie das Form-Inhalt-Verhältnis, der Formbegriff und damit ihre Begriffe von Totalität, Recht und Rechtlosigkeit in ihren Rechtskritiken und der entsprechenden materialistischen Tradition detailliert aussehen. In der Auseinandersetzung mit der intensiven Marx- und Paschukanis-Rezeption in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ wird sich aber – wie schon in der Auseinandersetzung vor allem mit Unger und Balbus – auch die eine oder andere Einsicht in ihre Rechtskritik ergeben.

Mit ihrer Kritik der kapitalistischen Bestimmtheit des Rechts inklusive der Abweichungen von seiner abstrakten Liberalität sowie mit ihrer Reflexion des kapitalistischen ‚Systems‘ bietet die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ neue Lösungsvorschläge für die Probleme, die in Teil A aufgeworfen worden sind. Das gilt auch für das zentrale Problem des Form-Inhalt-Verhältnisses im kapitalistischen Recht und das damit zusammenhängende Problem einer Gleichzeitigkeit empirischer Befunde von Autonomie als auch von Funktionalität des kapitalistischen Rechts sowie von Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der Form dieses Rechts. Die folgenden Beiträge liefern somit zugleich neuen Stoff für die Erörterung meiner Ausgangsfragen nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation des Rechts für Emanzipation sowie nach der Gefahr von Gegenemanzipation. Dabei spitzt die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ in Opposition zu den ‚Critical Legal Studies‘ die Notwendigkeit und zugleich die Schwierigkeit zu, Auswege aus dem Recht in kapitalistischer Totalität zu finden. Meine These ist aber zugleich, dass sie sich der kapitalistischen Totalität zwar stellt, aber in problematischer Weise, so dass die Beteiligten teils in handlungstheoretische Ideologiekritik zurückfallen, überwiegend jedoch auf einen

¹⁴⁴ Paschukanis ist gerade auch in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ wieder entdeckt worden, nachdem er nach anfänglicher Berühmtheit in den 20er Jahren und nach seiner Ermordung unter Stalin, mutmaßlich 1937, nur sehr selten rezipiert worden war (Harms 2000: 19; 71ff.; Walloschke 2003: 197).

widerspruchsfreien Determinismus einer ökonomistisch funktionalistischen oder formabsolutistischen Systemkritik zusteuern.

II. Reichelt und Breuer: Zwei Wege von Rechtsformkritik zum systemkritischen Determinismus

Stefan Breuer und Helmut Reichelt vertreten in dieser Hinsicht extreme Positionen in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘. Auf unterschiedliche Weise enden beide Rechtstheorien gemeinsam in einem Determinismus des Rechts, der Widersprüche und indetermierte Subjektivität aus dem Blickfeld der Kritik drängt oder sie gar explizit ausschließt. Reichelts Schwerpunkt liegt dabei letztlich auf einem Formabsolutismus des Rechts. In dieser Hinsicht fällt er aus dem ökonomistisch funktionalistischen Rahmen, wie zu zeigen sein wird jedoch insgesamt nicht in fundamentaler Weise. Stefan Breuers Rechtskritik ist am Ende eine spezifische und besonders konsequente Variante dieser Systemkritik des Rechts. Die Einbeziehung der Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts, die von Reichelt nicht berücksichtigt werden, ist sogar von konstitutiver Bedeutung für Breuers Rechtskritik. Deshalb und weil beide Beiträge zugleich konsequente Auflösungen des Form-Inhalt-Problems materialistischer Rechtskritik sind, haben sie für die Beantwortung meiner Ausgangsfragen große Bedeutung.

1. Der Zusammenhang von Warenform und Rechtsform bei Reichelt und die Fragen nach kapitalistischer Spezifik sowie Reichelts Formbegriff

Helmut Reichelt gibt in seinen „Ansätzen zu einer materialistischen Interpretation der Rechtsphilosophie von Hegel“ (Reichelt 1972) explizit vor, dass es um eine „Ableitung“ des Rechts aus der Waren- und Kapitalform gehe (Reichelt 1972: X). Diese Ableitung habe die „Formbestimmtheit“ des kapitalistischen Rechts zu analysieren (a. a. O.: VII). Dieser frühe Beitrag zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘ ist somit richtungsweisend für die formkritischen Übergänge der Debatte.¹⁴⁵ Ein Großteil des Aufsatzes besteht in einer Analyse des historischen Hintergrunds von Hegels „Philosophie des Rechts“; diese Analyse ist hier nicht unmittelbar von Bedeutung. Im anderen Teil liefert Reichelt seine hier interessierende Interpretation von Marx’ Kapitalismuskritik für eine Kritik von Hegels „Philosophie des Rechts“.¹⁴⁶ Dabei wendet er sich den rechtskritischen Fragmenten von Marx, vor allem aus den „Grundrissen der Kritik der politischen Ökonomie“ und dem „Kapital“ zu. In ähnliche Kritik-Richtungen wie Reichelt geht Hans Georg Flickinger (1980), der allerdings die Ableitung des Rechts extensiver als Reichelt und im Gegenzug die Hegel-Exegese weitaus intensiver betreibt. Auf die Probleme, die Reichelt aufwirft, bietet er zudem keine Antworten. Daher wird seine Arbeit hier nur am Rand berücksichtigt.

Elemente einer Charakterisierung der kapitalistischen Rechtsform, wie sie in dieser Arbeit bisher entwickelt worden ist, sucht er bei Hegel:¹⁴⁷ In dem „abstrakten Recht“ erkenne dieser die Abstraktion vom Besonderen in allgemeinen Rechtsbegriffen, insbesondere der Rechtssubjektivität, sowie eine entsprechende abstrakte, bürgerliche Freiheit und Gleichheit (Reichelt 1972: XXXff). Indem Reichelt sich auf Hegel bezieht, betont er die Konstituierung von Willens- und Anerkennungsverhältnissen durch diese Rechtsform.¹⁴⁸ Damit akzentuiert er zugleich die in

¹⁴⁵ Allerdings ist diese Arbeit kaum rezipiert worden und Reichelt mehr für seine wertkritischen als für seine rechtskritischen Arbeiten bekannt.

¹⁴⁶ Eine sehr knappe und nicht problematisierende Zusammenfassung findet sich bei Harms (2000: 129).

¹⁴⁷ Auch Unger und Balbus haben Hegel in ihren Aufsätzen rezipiert, diese Rezeption jedoch nicht ins Zentrum gerückt.

¹⁴⁸ Der Hegelsche (*Rechts-*)Willen ist – entsprechend dem realen Rechtswillen – entscheidende Voraussetzung und entscheidendes Resultat des Rechts, der „Stufengang der Idee des an sich und für sich freien Willens“ (Hegel 1970 [1821]: 87) der rote Faden der „Philosophie des Rechts“ von Hegel: „der Wille, welcher frei ist“, ist für ihn der „Boden des Rechts“, dessen Verwirklichung er in seinem allgemeinem

Auseinandersetzung mit den ‚Critical Legal Studies‘ herausgearbeitete Eigenschaft der kapitalistischen Rechtsform, als übergreifende Vermittlung durch Abstraktion Voraussetzung abstrakter Freiheit und Gleichheit, liberaler Mindeststandards, zu sein. Zugleich bestätigt Reichelt einen Teil meiner vorläufigen Antwort auf die Frage, in welcher Weise das kapitalistische Recht bzw. seine Form funktionell für den kapitalistischen Warenaustausch und für die politische Ökonomie des Kapitalismus insgesamt ist: Mit der Abstraktion und entsprechenden Konstituierung der verdinglichten Rechtsbegriffe, nämlich Rechtssubjektivität und Rechtsobjektivität, durch die die gesellschaftlichen Akteure und ihre Beziehungen vermittelt werden, werde der bürgerliche, abstrakte (Rechts-)Willen gesetzt. Dieser sei wiederum Voraussetzung für die rechtliche Vermittlung wie für den Tauschakt (a. a. O.: LXIIIf).¹⁴⁹ Das weist in Richtung der Formfunktionalität der kapitalistischen Rechtsform für liberale Mindeststandards, verstanden als notwendiges Minimum des abstrakt Liberalen des Rechts. Unberücksichtigt muss an dieser Stelle die weiter zu erörternde Frage bleiben, inwieweit bürgerliche Freiheit und Gleichheit als Inhalte der Rechtsform, die für liberale Mindeststandards, aber auch für umfassende Gleichheits- und Freiheitsrechte reichen können, zugleich eine wesentliche Differenz der Inhalte und damit von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts zum Ausdruck bringen.

Die Ableitung aus dem Warenaustausch geschieht bei Reichelt im Anschluss an Marx also in zweierlei Hinsicht: Zum einen ist die Rechtsform notwendig, um den Warenaustausch zu realisieren, sie ist in dieser Hinsicht also funktionell wie bei Balbus. Zum anderen und auch wie bei Balbus zeichnet sich die Warenform, durch Eigenschaften aus, die bisher als diejenigen der Rechtsform entwickelt wurden. Dabei handelt es sich also um eine Art formlogische Verbindung, die Balbus mit „Homologie“ oder „Identität“ bezeichnet hat. Rechts- und Warenform bleiben mit dem Begriff der „Abstraktion“ aber bei Reichelt oberflächlich charakterisiert, und es werden nicht ihre Elemente angesprochen, die in der Auseinandersetzung mit den ‚Critical Legal Studies‘ Bedeutung

Aspekt, im „Rechtssystem“, erkennt (Hegel 1970 [1821]: 46; vgl. Bülow 1964: 261f; Mayinger 1983: 11). Auf dieser Ebene des abstrakten Rechts, also unvermittelter Allgemeinheit, am Anfang der „Philosophie des Rechts“ bleibt das Subjekt aber mit einem unverwirklichten – unvermittelten – Willen ausgestattet, dem die Allgemeinheit als eben jenes abstrakte Rechtssystem lediglich abstrakt vorausgesetzt ist. Sie ist nur in den zitierten Vorgriffen Hegels bereits konkreter – also vermittelter –, und zwar als „Idee der Vernunft“ und ihre Erscheinungen Staat und Recht. Nach dem Durchgang durch die „Moralität“ als Widerstreit von unvermitteltem Willen und abstraktem Recht, der im moralischen Willen unter der Fuchtel des Gewissens ausgefochten wird und nach Vermittlung schreit, wird sie durch den „sittlichen“ Staat als Instanz der „Idee der Vernunft“, des „Geistes“, vollbracht. „Was ist Sittlichkeit?“ beantwortet Hegel zu Beginn des Sittlichkeitskapitels in der „Philosophie des Rechts“ dementsprechend: „Daß mein Wille als dem Begriff gemäß gesetzt sei - seine Subjektivität aufgehoben sei - also α) Recht, das Recht Gegenstand des Willens β) Subjektivität, Anerkennung des Objektiven, Begriff.“ (1970 [1821]: 293). Der Bezug zu den Willens- und Anerkennungsverhältnissen steht auch im Zentrum von Flickingers Text (z. B. 1980: 28).

¹⁴⁹ Reichelt stützt sich auf das schon im Zusammenhang mit Balbus zitierte ‚Warenhüter-Theorem‘ in Marx’ „Kapital“ (Reichelt 1972: LXIIIf). Im Hinblick auf weitere Aspekte dieses Zusammenhangs lohnt sich aber auch ein Blick auf Eugen Paschukanis’ Rechtskritik, die Reichelt nicht zitiert, aber – wie Balbus – gekannt haben dürfte: „Genau so wie die natürliche Mannigfaltigkeit der nützlichen Eigenschaften eines Produkts in der Ware nur als einfache Hülle des Werts auftritt und die konkreten Arten menschlicher Arbeit sich in abstrakt menschliche Arbeit als Schöpferin von Werten auflösen, tritt die konkrete Mannigfaltigkeit des Verhältnisses zwischen Mensch und Ding als abstrakter Wille des Eigentümers auf und lösen sich alle konkreten Besonderheiten, die den einen Vertreter der Gattung homo sapiens von dem anderen unterscheiden, in der Abstraktion des Menschen überhaupt, des Menschen als juristisches Subjekt auf... Nachdem er in eine sklavische Abhängigkeit von den hinter seinem Rücken in der Gestalt des Wertgesetzes entstehenden ökonomischen Verhältnissen geraten ist, erhält das wirtschaftende Subjekt, sozusagen als Entschädigung, nunmehr als juristisches Subjekt eine seltene Gabe: den juristisch unterstellten Willen, der ihn unter den anderen Warenbesitzern – solche wie er selbst es ist – absolut frei und gleich macht.“ (Paschukanis 2003 [1924]: 91f.). Aus Hegels Willens- und Anerkennungsverhältnis, in dem einige Interpreten die handlungstheoretische und auch freiheitliche Seite Hegels zu erkennen meinen, wird bei Marx, Paschukanis und Reichelt das Recht zum durch die kapitalistische Warenzirkulation bestimmten zwangsweisen Anerkennungsverhältnis der kapitalistischen Rechtsform. Dadurch offenbart der Begriff bürgerlicher Freiheit seine Grenzen.

gewonnen haben.

An diesem Punkt ist aber auf ein schon in Auseinandersetzung mit Balbus angesprochenes Problem zurückzukommen: Fraglich ist, ob Reichelt in erster Linie die warenwirtschaftliche, nicht die kapitalistische Qualität der Rechtsform skizziert hat. Das hieße, dass der Begriff des kapitalistischen Rechts ahistorisch würde – nicht durch ein Ignorieren der Bindung an Herrschaft, aber im Hinblick auf kapitalistische Spezifika dieser Bindung. In Ansätzen haben Unger und Tushnet, vor allem aber Balbus solche Spezifika geliefert: abstrakte Arbeit, die entsprechende Universalisierung der Waren- und Rechtsform sowie kapitalistische Formtotalität. Aber wie sich diese Spezifika genau im Charakter der kapitalistischen Rechtsform niederschlagen, wäre damit noch nicht geklärt. Außerdem bleibt die Frage, ob mit den genannten Spezifika der Bezug zum zentralen Spezifikum des Kapitalismus, dem Kapital, hinreichend hergestellt worden ist.¹⁵⁰ Schließlich ist mit der Thematisierung der Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts bereits darauf verwiesen worden, dass nur ein Teil des kapitalistischen Rechts erfasst werden würde, wenn die Bindung zwischen Warentausch und Rechtsform positivistisch, auf den Formbegriff als erscheinende Formalität rekurrierend, gefasst würde. Aber auch die durch Balbus eröffnete Möglichkeit, diese Abweichungen als Teil einer überempirischen Formtotalität zu erfassen, ist nicht befriedigend, weil sie – wenn bloß überempirisch – offensichtlich an der Empirie vorbeizieht. Die somit aufgeworfenen Fragen bezüglich der Historizität des Rechtsbegriffs von Reichelt, des Bezugs zum Kapital, des Formbegriffs und empirischer Abweichungen von abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform werden im Folgenden erörtert. Letztlich geht es bei diesen Fragen wieder um das Abstecken eines Begriffs des kapitalistischen Rechts im Hinblick auf meine Ausgangsfragen, dies aber im Unterschied zu den ‚Critical Legal Studies‘ vor dem Hintergrund von Reichelts Versuch, kapitalistische „Totalität der Form“ zu ergründen.

Zunächst muss geantwortet werden, dass Reichelt durchaus einen über die Ableitung aus der Warenwirtschaft hinausweisenden Begriff der Rechtsform entwickelt, der ihrer kapitalistischen Spezifik gerecht werden soll. Er stellt dafür, wie Balbus, auf die kapitalistische Spezifik des Warentauschs ab, aus der sich wiederum die kapitalistische Spezifik des kapitalistischen Rechts ergeben soll. Diese Spezifik bestehe darin, dass sich die Sphäre der Zirkulation mit den kapitalistischen Klassenverhältnissen ausweitere und alle Mitglieder der Gesellschaft erfasse, so dass sich alle Individuen ständig in Form sozialer Charaktere gegenüberträten, und zwar Marx’ ‚Warenhüter-Theorem‘ entsprechend als Rechtssubjekte (a. a. O.: LVI, LXI). Reichelt betont also die schon in der Auseinandersetzung mit mehreren Beiträgen angesprochene Universalisierung der Rechtssubjektivität als Teil der kapitalistischen Rechtsform, die er konsequent aus der Universalisierung der Warensbjektivität ableitet.

Allerdings bleibt auch hier unklar, ob Reichelt von einer empirischen Universalisierung ausgeht, die als eine verdinglichte Erscheinung verstanden werden muss, oder ob er dabei auf die herrschaftlich übergreifende und verselbständigte Rechtsform, die historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts, rekurriert. Er führt im Anschluss an Hegel den Begriff der „Totalität der Form“ ein (a. a. O.: XI), der auf einen Wesensbegriff hindeutet. Allerdings geht es ihm dabei um die „entfremdete Form“ und die „Form der Verkehrung“ (a. a. O.: XI). Mit dem Begriff der „Entfremdung“ oder „Verkehrung“ will er darauf hinaus, dass die Formtotalität bedeute, gesellschaftliche Phänomene seien zwar letztlich von Menschen gemacht, würden sich aber hinter ihrem Rücken realisieren. Letzteres trifft einerseits gerade den Charakter der Rechtsform, kapitalistisches Wesen des Rechts zu sein. Andererseits geht es auch hier wieder um die weiter zu erörternde Frage, inwieweit die Rechtssubjekte tatsächlich eine wesentliche Nichtidentität zur Form ausmachen.

Hinsichtlich der Frage nach Reichelts Formbegriff ist aber auch wichtig, dass es Reichelt mit dem

¹⁵⁰ Zu diesem ähnlich gelagerten Vorwurf von verschiedenen Autoren gegenüber Paschukanis: vgl. Harms (2000: 110ff).

Begriff der Verkehrung um die scheinhafte Loslösung des „Überbaus“ von der „Basis“ und entsprechend um eine „systematische Ableitung von Überbauphänomenen“ geht (a. a. O.: IX). Reichelt rekurriert hier also im Gegensatz zu Balbus’ Begriff der Formtotalität auf ein Basis-Überbau-Verhältnis und könnte derart auf einen Begriff von kapitalistischer Form und Totalität verweisen, der einen empirisch erfassbaren Ursprung in der Ökonomie verortet. Damit droht sowohl die formlogische Verbindung der Formen als auch überhaupt eine überempirische Vermitteltheit der Totalität unterzugehen. Die Konsequenz wäre, dass die Formtotalität im Sinn einer wesentlichen Bestimmtheit in der Rechtsform ökonomistisch funktionalistisch, auch auf die Rechtsform als erscheinende Formalität abstellend, in Frage gestellt würde. Das würde nicht nur an der historisch wesentlichen Bestimmtheit des Rechts vorbeiziehen, sondern zugleich die empirisch wahrnehmbaren Abweichungen vom abstrakt Liberalen des Rechts unerklärlich lassen. Inwieweit Reichelt für Klärung sorgt und sich entweder in den genannten Hinsichten von dem bisher entwickelten Begriff der kapitalistischen Rechtsform entfernt oder ihn doch teilt, ist im Folgenden zu erörtern.

2. Reichelts zwiespältige Antwort auf die Fragen: Das Kapital und das Basis-Überbau-Schema

Beide bisher erörterten Fragen, sowohl jene nach der kapitalistischen Spezifik der Rechtsform als auch jene nach dem Formbegriff bei Reichelt, finden weitere Antworten, wenn man eine weitere Dimension seiner Ableitung angeht: den Bezug zum *Kapital*. Unter Kapital, genauer: Kapitalform, ist bei Reichelt vor allem der Prozess zu verstehen, den die Wertform durch Warenproduktion und Warentausch hindurch vollzieht, also der „sich selbst verwertende Wert“ (Marx 1982 [1890]: 165). Reichelt stellt den Bezug zur Rechtsform her, indem er ihren Ursprung in der „Subjekt-Objekt-Verkehrung des Kapitals“ verortet (Reichelt 1972: XLI). Diese Verkehrung werde über den Warentausch und damit über die Rechtsform realisiert; sie werde also zur „realen Verkehrung“ – dem, was ich als den Handlungstheorie überwindenden Ideologie- oder Fetischbegriff skizziert habe. Diese Verkehrung leiste somit „Fetischdienst“ im Sinn des Entstehens von beherrschenden, also Eigenleben entfaltenden Abstraktionen (a. a. O.: LXV). Sie erzeuge aber dadurch, dass Warenzirkulation und somit Tauschfreiheit und -gleichheit der Waren- und Rechtssubjekte gelte, „notwendig falsches Bewusstsein“ von Naturhaftigkeit und Herrschaftsfreiheit sozialer Beziehungen (a. a. O.: X, XX).

Dieser Begriff der Kapitalform, der „Form der Verkehrung“ und entsprechend der Ideologie als real verstandener Ideologie ist somit aber auf das engste verknüpft mit dem, was in dieser Arbeit – bisher nur ansatzweise in Bezug zum Kapital – als kapitalistische Rechtsform in ihrer Eigenschaft als historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts entwickelt worden ist.¹⁵¹ Hier zeigt sich also, dass Reichelt dem bisher von mir entwickelten Begriff der kapitalistischen Rechtsform insoweit wichtige, aber nicht unbedingt widersprechende Aspekte hinzufügt. Im Vergleich zu Balbus und erst recht den übrigen ‚Crits‘ wird mit der Ableitung aus der Kapitalform vor allem der prozesshafte Charakter der Rechtsform besser erklärt. Auf jeden Fall arbeitet er mit dem Bezug zur Kapitalform deutlicher als alle bisherigen Autoren die kapitalistische Spezifik der Rechtsform heraus. Außerdem spricht er explizit von einer „Totalität der Form“.

Reichelt vertieft die Reflexion dieses Bezugs, indem er ihn sowohl als einen formlogischen Zusammenhang zwischen Kapital- und Rechtsform als auch einen formfunktionellen darstellt. Hinsichtlich des formlogischen Zusammenhangs deutet er eine Analyse an, wonach sich das Recht in der gleichen Form wie das Kapital bewege: Der „vernünftige Wille“ aus Hegels

¹⁵¹ S. Anm. 69 und 74. Der Bezug von zu Fetisch werdender Ideologie fehlt in Marx’ berühmtem „Fetisch“-Kapitel des „Kapital“ sowohl zum Kapital als auch zum Recht (Marx 1982 [1890]: 86ff.). In Paschukanis’ Kritik des „Rechtsfetischismus“ taucht der Bezug zum Kapital zumindest nicht explizit auf, da jeweils die Ware bzw. die Ableitung aus der Ware im Zentrum steht – wenngleich das Kapital jeweils mitgedacht sein mag. Allerdings hat Marx an einer anderen Stelle das Kapital in dieser Richtung als „automatisches Subjekt“ und „reelle Mystifikation“ charakterisiert (s. Anm. 69).

Rechtsphilosophie, der das Recht, das über abstraktes Recht hinaus geht, sein-sollend konstituiert, „spiegelt das Kapital“. Wenn Hegel seinen „Idealismus“ entfalte, der im Vernunftstaat und seinem Recht zur Geltung komme, sei das eine „Wiederholung des Kapitals“ und seines ihm inhärenten „Idealismus“ (a. a. O.: XXX). Das „Ich des Warenbesitzers“ als Basis des Rechtssubjekts gewinne Permanenz als kapitalistisch-protestantisches, indem es „zum Knecht seiner selbst“ werde, denn als Schatzbildner trage es den Konflikt zwischen Lohnarbeit und Kapital „in seinem Inneren“ aus: Es werde „um so reicher, je mehr es arbeite und je weniger es konsumiere“ (a. a. O.: LXV). Diese Zusammenhänge deuten zugleich auch eine, durch die Subjekte gehende Formfunktionalität der Rechtsform für die Kapitalform an. Letztlich handelt es sich dabei um die gleiche Formfunktionalität, von der in Teil A die Rede war: Indem die kapitalistische Rechtsform formfunktionell für liberale Mindeststandards als Teil der abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform ist, ist sie es auch für das Kapital. Damit hat die Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch eine objektive Grenze: das Kapital. Diese Grenze ist aber keinesfalls per se Ausweis einer wesentlichen Differenz von Form und Inhalt und einer entsprechenden Grenze indeterminierter Subjektivität. Die Funktionalität der Rechtsform ist Funktionalität für das Kapital als Form, die genauso wie die Rechtsform ihre Inhalte unwesentlich erscheinen lässt. Da sich aufbauend auf Balbus und Reichelt schlussfolgern lässt, dass Kapitalform und Rechtsform Emanationen der gleichen Formtotalität sind, ist damit auch der tautologische Zug dieser Funktionalität nicht aus dem Weg geräumt: Indem die Rechtsform funktionell für die Kapitalform ist, vollzieht sie den Prozess einer Formtotalität, die sich so durch Rechtsform und Kapitalform hindurch verselbständigt und in letzter Konsequenz selbstreferenziell zu werden scheint.

Reichelts Andeutungen zum formlogischen und formfunktionellen Bezug des Rechts zur Kapitalform bleiben aber eben solche. Wegen der Verwendung der Termini „Basis“ und „Überbau“ und der Gleichsetzung des ersteren mit ökonomischem Kapital und Warentausch, des letzteren u. a. mit Recht, ist daher die Tendenz zum ökonomistischen Funktionalismus statt formlogischer und formfunktioneller Verbindung nicht ausgeräumt. Selbstverständlich muss die Ökonomie nicht notwendig derart ökonomistisch funktionalistisch betrachtet werden und Reichelt wählt diese Betrachtungsweise sicherlich nicht eindeutig, wie sich bereits gezeigt hat und wie sich noch weiter zeigen wird. Aber seine Tendenz in dieser Richtung ist nicht zu übersehen. „Verselbständigung“ stellt sich auf der Linie eines solchen ökonomistischen Funktionalismus bei Reichelt als verdinglichte „Verdoppelung“ der Gesellschaft in Basis und Überbau heraus (vgl. a. a. O.: X). Diese Verdoppelung könnte die Trennung von Recht und Ökonomie darstellen, die schon in Auseinandersetzung mit Unger als ein Ausgangspunkt der kapitalistischen Rechtsform und ihrer Verselbständigung erkannt worden ist, aber zugleich im Wesentlichen in der durch die Rechtsform verselbständigten Formtotalität aufgehen müsste. Wie weit die Verselbständigung auch führen mag, der verselbständigte Formprozess wird jedenfalls völlig verkannt, wenn man bei der Trennung oder „Verdoppelung“ stehen bleibt und so einem dualistischen, positivistischen funktionalistischen Modell des Rechts Tür und Tor öffnet. Die Frage, ob die kapitalistische Totalität und damit auch die Rechtsform alles Inhaltliche empirisch-überempirisch vermittelt und so möglicherweise eine wesentliche Differenz von Form und Inhalt auslöscht, müsste im ökonomistisch funktionalistischen Modell verneint werden. Es würde sich schlicht nicht um empirisch-überempirische Vermittlung durch reale Abstraktion handeln.¹⁵² Stattdessen müsste von einer unvermittelten, empirisch erfassbaren Bestimmung durch die Ökonomie ausgegangen werden. Reichelts „Totalität“ würde sich also nur auf Ökonomie und den Teil der Gesellschaft beziehen, der empirisch erfassbar von der Ökonomie bestimmt wird und der als formal, abstrakt

¹⁵² Damit hängt zusammen, dass für Reichelt wie in vielen Marxismen die Ökonomie zentraler Bestandteil der Basis und das Bewusstsein zentraler Bestandteil des Überbaus ist (vgl. Anm. 103). Wie schon zu Beginn meiner Arbeit, auf Marx und die entsprechende materialistische Tradition rekurrend, deutlich gemacht wurde, und wie Reichelt es selbst in einem fast 30 Jahre später veröffentlichten Aufsatz formuliert hat, sind aber die elementaren Kategorien der politischen Ökonomie des Kapitalismus nicht nur Kategorien eines realen Vollzugs, sondern zugleich auch Bewusstseinskategorien. Sie werden nur als gedachte Kategorien real vollzogen, wenngleich sie wohl auch nur wegen des realen Vollzugs gedacht werden können (Reichelt 2002: 160f.).

und allgemein erscheint. Offensichtlich würde auf diese Weise auch nicht das gesamte Recht erfasst, da es längst nicht in allen Bereichen empirische Bezüge zur Ökonomie aufweist bzw. formal erscheint. Oder aber man nimmt den Totalitätsanspruch Reichelts ernst und hat es mit einem deutlich ökonomisch funktional bestimmten System zu tun: Das gesamte Recht, wie überhaupt die gesamte Gesellschaft, wäre von der ökonomischen Basis bestimmt. Bestimmt wäre es zudem mit einer Tendenz zum Positivismus, da die historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts und mit ihm die kapitalistische Vermittlung zugunsten der bestimmenden Ökonomie überwunden würde. Dazu passt, dass in Reichelts Rechtskritik reale Widersprüche oder gar indeterminierte Subjektivität nicht auftauchen, schon gar nicht das entsprechende Form-Inhalt-Problem reflektiert wird.

In dieser Hinsicht bewegt sich Reichelt im Horizont einer *ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik*. Eine solche marxistische Rechtskritik ist in ihren verschiedenen Spielarten bereits vielfach kritisiert worden: die Vereinseitigung durch Konzentration auf die Ökonomie als Grund des Rechts,¹⁵³ die Leugnung der Autonomie des Rechts zugunsten seiner Funktionalität für die Ökonomie,¹⁵⁴ der positivistische, die historisch wesentliche Bestimmtheit verkennende Zug¹⁵⁵ sowie die aus den theoretischen Prämissen hervorgehende unreflektierte Streichung von Widersprüchen und indeterminierter Subjektivität oder ihre widersprüchliche Annahme. Hier ist aber wichtig, dass es sich in Reichelts Rechtskritik keinesfalls um eine offensichtliche und schlichte Variante dieses Marxismus handelt. Vielmehr sind seine Übergänge einer Rechtsformkritik deutlich geworden, die die historisch wesentliche Bestimmtheit des Rechts, somit herrschaftliche Vermittlung kritisiert sowie Widersprüche und indeterminierte Subjektivität nicht ausschließt. Es geht hier also um das Problem der Nähe von Rechtsformkritik, die den funktionalen Bezug einer Totalität und damit auch des Rechts zur Ökonomie ins Zentrum rückt, zum Positivismus und Determinismus einer ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik. Dabei schließt paradoxerweise der Formbegriff, der das kapitalistische Wesen, die herrschaftliche Vermittlung, erfasst, den Übergang zu dieser Art der Kritik nicht aus. Wird er nämlich in der in Teil A herausgearbeiteten Möglichkeit einer Auflösung des Form-Inhalt-Problems hin zur Form-Inhalt-Identität zu Ende gedacht, wird aus der Vermitteltheit eine Unvermitteltheit und so eine auf bestimmte Art positivistische und deterministische Systemkritik erreicht. Dieser vertrackte Zusammenhang wird aber deutlicher von Breuer hergestellt und deshalb in Auseinandersetzung mit

¹⁵³ Für die ‚Critical Legal Studies‘ gilt, wie gezeigt, überwiegend, dass sie eine Verengung des Rechts auf einen ökonomischen Grund vermeiden wollen (vgl. Whitehead 1999: 714). Poulantzas kritisiert diese Verengung als „ökonomistische Tendenz“ z. B. an Paschukanis (Poulantzas 1972 [1967] 181ff.), bei dem diese Tendenz aber, wenn überhaupt gegeben, meines Erachtens ähnlich subtil ist wie bei Reichelt. Norbert Reich, der noch unter B.IV. behandelt wird, stützt sich auf diese Kritik (vor allem Reich 1973: 22). Die Grenzen der Kritik von beiden Autoren wird dort behandelt.

¹⁵⁴ Dem entgegen, wie gezeigt, die ‚Critical Legal Studies‘ mit einem anderen Funktionalismus, ihrem Ideologien-Funktionalismus. Auch das kritisiert Poulantzas und nennt es die „instrumentalistische Konzeption von Basis und Überbau“ (Poulantzas 1972 [1967]: 182).

¹⁵⁵ Dabei scheint zunächst der *Systembegriff* von Positivismus fortzuweisen: Er richtet sich auf einen bestimmenden Zusammenhang, der über das empirisch Gegebene hinausreicht. Nichtsdestotrotz ist ein positivistischer Zugriff auf das ‚System‘ möglich, in der ‚Systemtheorie‘ besteht sogar eine Tendenz dazu, etwa wenn es definitiv heißt, „System“ sei „eine Menge von Elementen und eine Menge von Relationen, die zwischen diesen Elementen bestehen.“ (Büllesbach 1994: 372). Das gilt natürlich erst recht, wenn sich die Systemtheorie mit einem *ökonomistischen Funktionalismus* verbindet, soweit dieser auf eine abgrenzbare und damit verdinglichte positivistische Ökonomie rekurriert. Mit dem Term Ökonomie kommt man um einen solchen positivistischen Begriff wiederum nur durch die Darstellung der wesentlichen Bestimmtheit des Ökonomischen herum, was ökonomistisch funktionalistische Systemkritik nicht leistet. Diese Tendenz zum Positivismus akzentuiert Taiwo in seiner Kritik an einem solchen Marxismus, den er „Economism“ nennt (1995: 80ff.), wobei er selbst auf eine andere Art wesentlicher Bestimmtheit hinaus will, als von mir hier herausgearbeitet (s. C.I.1.). Harms geht in dieser Hinsicht auf das Problem ein, dass viele marxistische Rechtskritiken den überempirischen, also wesentlich bestimmten Charakter der Rechtsform übersähen und damit zu einem Ökonomismus tendieren würden, ohne jedoch genauer auf Reichelt einzugehen (Harms 1999: 160ff.; ähnlich auch Buckel 2004: 36f.).

dessen Rechtskritik behandelt (B.II.5.ff.). Reichelt deutet diesen Zusammenhang nur an. Er bleibt im Hinblick auf eine Entscheidung zwischen den Formbegriffen – wesentliche Vermittlung oder erscheinende Formalität – sowie dementsprechend zwischen Positivismus und Formkritik vor allem ungenau.

Angesichts der These von der Funktionalität des Rechts für das sich selbst reproduzierende Kapital stellt sich unabhängig von Reichelts spezifischem Form-Inhalt-Problem umso mehr die letzte, eingangs an Reichelts Beitrag gerichtet Frage nach der Bedeutung der empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform. Reichelts entscheidendes Defizit ist, dass er – ähnlich der Fixierung der ‚Critical Legal Studies‘ auf die liberale Ideologie – nicht annähernd die ganze empirische Bandbreite des kapitalistischen Rechts reflektiert. So droht er an der Rechtswirklichkeit – im Sinn des Erfassens der überempirischen, aber vor allem auch empirischen Dimension, des Bestehenden und der Potenziale (s. Einleitung) – vorbei zu theoretisieren. Schon allein der einzelne Gesetzesbruch und ein darauf zielendes staatliches Einschreiten ist aber eine Herausforderung für den Begriff des kapitalistischen Rechts, der es wesentlich in der kapitalistischen Rechtsform bestimmt versteht. Diese Abweichungen scheinen nämlich eine wesentliche Bedeutung seiner Inhalte, damit auch der Akteure wie Einzelsubjekte, Klassen und Staat, zu demonstrieren.¹⁵⁶ Noch problematischer wird es im Hinblick auf jene Abweichungen, die umfassend von rechtlicher Formalität und liberalen Mindeststandards abweichende Praktiken meinen (vgl. Anm. 35 und 95). Reichelt erörtert so die entscheidende empirische Infragestellung eines an Formbestimmtheit orientierten Begriffs des kapitalistischen Rechts nicht.

3. Reichelts Formabsolutismus zwischen Rechtsformkritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik

Als erster Teil eines Fazits muss aber festgehalten werden, dass sich bei allen Ungenauigkeiten Reichelts in seinen Beitrag zeigt: Nur der Bezug des kapitalistischen Rechts zur Kapitalform und damit zur materiellen Reproduktion kann die kapitalistische Form als herrschaftlich übergreifende Vermittlung, ergo auch in ihrer Verselbständigung als Emanation einer Formtotalität erfassen. Auf diese Weise ist endgültig das ‚Geheimnis‘ nicht nur vieler Rechtsphilosophien gelüftet, warum und in welcher Weise die Rechtsform funktionell sein kann: Weil das Kapital und die durch die Rechtsform hindurch verselbständigte Form es verlangen und indem die rechtlichen Inhalte entsprechend funktionell vermittelt werden.¹⁵⁷ Zudem ist mit diesem Bezug die Historizität des

¹⁵⁶ In dieser Hinsicht ist Flickinger deutlicher. Er bezieht das Strafrecht mit ein, indem er allein die Abstraktheit der Rechtsperson, nicht aber ihre bürgerliche Freiheit und Gleichheit zum Charakteristikum des kapitalistischen Rechts macht: „Daß das Unrecht Teil des Problembestands des abstrakten Rechts ist, bringt... in Erinnerung, daß das Strafrecht nur Grenzphänomen der abstrakten Rechtsformen ist: In ihm wird die bedrohte Integrität der Rechtsperson zum geschützten Rechtsgut gemacht. Indem sie dies wird, knüpft sie an der Abstraktheit des normativen Rechtsprinzips an, auf die das Recht die sozialen Beziehungen reduziert.“ (1980: 39). „Das verbrecherische Unrecht bringt also nur in aller Schärfe zum Ausdruck, was als wesentliches Implikat der abstrakten Rechtsinstitute sichtbar geworden war: Alle rechtlichen Beziehungen sind der normativen Voraussetzung des Rechts, dem Recht des freien Willens, verpflichtet.“ (a. a. O.: 40). Nicht bürgerliche Freiheit wäre danach Teil der kapitalistischen Rechtsform, sondern nur ihre Voraussetzung: Vermittlung durch Abstraktion im Rechtswillen.

¹⁵⁷ Rechtsphilosophisch ist diese Erzeugung von vermeintlich inhaltlicher Funktionalität aus der Form prominent und besonders deutlich in den prozeduralen Gerechtigkeitstheorien abgebildet. Arthur Kaufmann schreibt dementsprechend in seiner „Problemgeschichte der Rechtsphilosophie“: „In der Tat hat dieser Gedanke, daß die ‚reine Form‘ Inhalte gebären könnte... auf viele Denker Faszination ausgeübt... im Grunde [entspringt] schon Kants kategorischer Imperativ einer derartigen Idee. Heute werden diese Versuche meist als ‚prozedurale Theorien‘ bezeichnet.“ (1994: 166). Bleibt man einem dualistischen Modell von Form und Inhalt verhaftet, statt ihre herrschaftliche Vermittlung zu erkennen, lässt sich diese ‚Geburt‘ aber beim besten Willen nicht vollbringen.

Begriffs der kapitalistischen Form gewährleistet. Balbus' Formtotalität kann also nicht vollständig ohne materiellen Ursprung, als große Formhomologie oder -identität, stehen bleiben. Vielmehr muss der Bezug zur materiellen Reproduktion in der Kapitalform eine Art Ursprung des Rechts markieren. Denn mit dem „sich selbst verwertenden Wert“ findet die Identität oder Homologie ein Ende, da die rechtliche Vermittlung nur begrenzt die Mittel ihrer eigenen Reproduktion produziert. Genau diese Mittel werden im Kapital als Mehrwert produziert.¹⁵⁸ Die Verselbständigung des Rechts und ihre erscheinende Autonomie vom außerrechtlich Gesellschaftlichen, insbesondere von der Ökonomie, hat somit etwas Scheinhaftes (s. auch Anm. 74). Da sich letztlich durch das Kapital und die Rechtsform hindurch die kapitalistische Formtotalität reproduziert, liegt der Akzent aber auf der Realität dieses Scheins. Inwieweit letztlich doch individuelle Akteure diese Verselbständigung in Frage stellen können, ist die Frage nach der Nichtidentität von kapitalistischer Form und kapitalistischem Inhalt. Reichelt rekurriert somit einerseits ganz zu Recht auf die materielle Reproduktion des Kapitalismus in der Kapitalform und liegt mit einer Ableitung, verstanden als Formfunktionalität, ganz richtig.

Andererseits legt er mit seiner Rede von Basis und Überbau und dem Ausbleiben einer Reflexion von Widersprüchen und indeterminierter Subjektivität nahe, dass seine Rechtsformkritik in ökonomistisch funktionalistische Systemkritik des Rechts übergeht.¹⁵⁹ Der zweite Teil des Fazits muss somit lauten, dass bei Reichelt das Form-Inhalt-Verhältnis im kapitalistischen Recht unterreflektiert und deshalb ungeklärt bleibt. Die Inhalte scheinen nur auf, wenn er von „Vermittlung“ spricht, wenn er das kapitalistische Klassenverhältnis oder die „entfremdete Form“ benennt, die auf eine Differenz zwischen Form und Inhalt verweisen mögen. Aber bei diesem Aufscheinen bleibt es. Bei ihm setzt offenbar die Tendenz zur Systemkritik in der Rechtsform nicht nur Widerspruchs-, sondern sogar Gegensatzlosigkeit auf die rechtskritische Agenda. Damit mag er letztlich angemessener als die formunkritischen, zahlreiche Widersprüche proklamierenden ‚Critical Legal Studies‘ die kapitalistische Realität des Rechts abbilden. Aber das Problem, dass er derart das Wesentliche, die herrschaftliche Vermittlung, theoretisch auszulöschen droht, ohne es zu reflektieren, ist sein Defizit. Passenderweise spielen in seinem Aufsatz die in dieser Arbeit herausgearbeiteten etwaigen gegenemanzipatorischen Potenziale für unvermittelte Konkurrenz, Herrschaft und / oder Identität im kapitalistischen Recht keine Rolle. Das Gleiche gilt für die möglichen Gefahren von Vergemeinschaftung, staatlicher und klassen-souveräner Willkür. In einem Systemdeterminismus taucht das nicht auf.

Die Fragen nach den entsprechenden gegenemanzipatorischen Ideologien und der Gefahr von Gegenemanzipation, damit nach einem Begriff von gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit sowie nach Zusammenhang und Unterschied von kapitalistischem Recht und gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit (s. A.VI.3. und A.VIII.3.) stellen sich also für Reichelt nicht. Für meine

¹⁵⁸ Deshalb widerspricht die in dieser Arbeit entfaltete Rechtsformkritik auch nicht der Konzentration von Marx und vieler Marxisten auf die Kritik politischer Ökonomie und dem entscheidenden Stellenwert des Begriffs der (kapitalistischen) *Produktionsweise*. Allerdings ist es wiederum entscheidend, dass die politische Ökonomie formkritisch kritisiert und die Produktionsweise, genauer: die Produktions- und Verteilungsweise, der Form nach, als Kapitalform, erfasst wird (zusammenfassend zum Begriff der kapitalistischen Produktionsweise: Marx 1983 [1894]: 886ff.). Außerdem ist es wichtig, Kapital und kapitalistische Formtotalität in ihrer Verselbständigung als Ursprung des kapitalistischen Rechts in seiner wesentlichen Bestimmtheit in der Rechtsform zu erfassen.

¹⁵⁹ Diese Ausführungen zum Kapital als Grund der Formtotalität bedeuten auch, dass die kapitalistische Totalität nicht allein aus Arbeit oder abstrakter Arbeit begründet werden kann, schon gar nicht aus deren Empirie als „Verausgabung von menschlichem Hirn, Muskel, Nerv, Hand usw.“ oder „Verausgabung von menschlicher Arbeitskraft im physiologischen Sinn“. So aber lautet Marx' Begriff „abstrakt menschlicher Arbeit“ zu Beginn des „Kapital“ (1982 [1867]: 58, 61), s. zur Kritik: Heinrich 2001 [1991]: 201ff.; Schatz 2004: 44. Brentel und Postone sehen diese Stellen bei Marx allerdings anscheinend als bewusste Wiedergabe einer

Ideologie an (Brentel 1989: 281; Postone 2003 [1994]: 224ff.). Das Kapital, nicht die (abstrakte) Arbeit selbst, ist die herrschaftliche, mehrwertproduzierende Vermittlung von konkreter zu abstrakter Arbeit, durch die hindurch sich die Formtotalität und als Teil von ihr die Rechtsform, verselbständigt.

Ausgangsfrage nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation des Rechts für Emanzipation gilt das Gleiche. Implizit beantwortet er aber die Frage nach der Notwendigkeit der Negation des Rechts insofern positiv, als sein Begriff des kapitalistischen Rechts eine systemische Determinierung des Rechts begründet und damit das Recht durch und durch kapitalistisch zu sein scheint. Allerdings fehlt ihm mit der Reflexion des doppelten Herrschafts- und Identitätscharakters der Bezug des kapitalistischen zu vorkapitalistischem Recht, damit die Historisierung des Rechts als Herrschaftskritik, wie sie in der Auseinandersetzung mit Mensch in dieser Arbeit offensichtlich wurde. Daher schließt Reichelt im Hinblick auf solches nicht-kapitalistisches Recht implizit einen vermeintlich emanzipatorischen Instrumentalismus nicht aus. Umgekehrt hält Reichelt dagegen Emanzipation oder (auch) subjektiv verschuldete Gegenemanzipation aber insofern implizit für unmöglich oder reflektiert sie nicht, da er die Vermittlung verschwinden lässt und mit ihnen, wenn nicht jegliche, so doch eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt negiert.

Man könnte seine Lücken mit dem Verweis darauf rechtfertigen, dass sich nicht alles in einem Aufsatz abhandeln lässt. Doch scheint diese Schwerpunktsetzung weder sinnvoll noch zufällig, sondern durch seine Art(en) der Rechtsableitung nahe gelegt.¹⁶⁰ Reichelt steht somit irgendwo zwischen ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik und Rechtsformkritik. Deutlich ist aber ein *Formabsolutismus*: die ausschließliche und determinierende Totalität der Form, ohne dass zu vermittelnde Inhalte erscheinen, sondern außer der Rechts- nur die bestimmende Waren- und Kapitalform.¹⁶¹ Damit theoretisiert er an der vom abstrakt Liberalen abweichenden Empirie des Rechts vorbei und möglicherweise auch an ihrer wesentlichen Bestimmtheit – wenn diese denn auch in einer wesentlichen Nichtidentität von Form und Inhalt bestehen sollte. Es bleibt so weiterhin Aufgabe, mit einer vertieften Reflexion der wesentlichen Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts samt ihrer sich auch empirisch äußernden Konsequenzen Verselbständigung und Formfunktionalität zugleich die Bedeutung ihrer – nur oberflächlichen oder aber wesentlichen – Nichtidentität, erst recht im Hinblick auf die Perspektive von gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit, zu erörtern. Reichelt hat nur den ersten Teil der Aufgabe eingelöst, die Reflexion der Formbestimmtheit zu vertiefen.

4. Breuers Befund eines Untergangs der Rechtsform als Vermittlung

Was bei Reichelt nur implizite und uneindeutige Folge seiner Ausführungen ist, geht aus Stefan Breuers Aufsatz „Politik und Recht im Prozess der Rationalisierung“ (1985 [1977]: 109ff.) eindeutig und explizit hervor: Dass das Recht von der kapitalistischen Wert- bzw. Kapitalform so determiniert werde, dass damit Vermittlung untergehe und subjektive oder Widerspruchspotenziale geschluckt würden. Eine zentrale Prämisse seiner Rechtslehre teilt Breuer ebenfalls mit Reichelt: die Annahme einer kapitalistischen Totalität, die als System alles dem Kapital unterwirft. Daher ist Breuers Rechtskritik auch eine besonders deutliche ökonomistisch funktionalistische Systemkritik des Rechts. Basierend auf dieser Prämisse, ist Breuers Aufsatz Teil seines größeren Projekts, das bis heute für Aufsehen in materialistischen Debatten in Deutschland

¹⁶⁰ Ob sie sogar zwangsläufige Konsequenz sind, wird in diesem Kapitel und im folgenden Teil C noch weiter erörtert.

¹⁶¹ Tendenzen einer solchen ‚glatten Ableitung‘ – ohne Reflexion der Frage nach Widerspruchspotenzial in der Form – sind mit Marx’ ‚Warenhüter-Theorem‘ angelegt und tauchen auch bei Paschukanis auf: „Der Mensch wird zum Rechtssubjekt kraft derselben Notwendigkeit, die das Naturprodukt in die mit der rätselhaften Eigenschaft des Wertes ausgestattete Ware verwandelt“ (Paschukanis 2003: 66). Die Rechtsform sei „der unausbleibliche Reflex“ des Verhältnisses „der Warenbesitzer zueinander“ (a. a. O.: 81); die Kategorie des Rechtssubjekts wäre „selbstverständlich aus dem auf dem Markte vor sich gehenden Tauschakt abstrahiert.“ (a. a. O.: 116). Doch bei Marx folgen noch Ausbeutung, Klassenausbeutung und Krise, die auf Widersprüche deuten und die ‚glatte Ableitung‘ stören. Das übersieht auch Paschukanis nicht; insbesondere auf seine Thematisierung (klassen)staatlicher Souveränität wird in Teil C zu Harms (III.1.) einzugehen sein.

sorgt, nämlich die Kritik marxistischer „Revolutionstheorie“.¹⁶² Neben diesen Gemeinsamkeiten mit Reichelt unterscheidet sich Breuers Rechtskritik von allen bisherigen Beiträgen darin, wie radikal er das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik zur Seite der Identität auflöst. In der Diskussion dieses Problems ist Breuer zudem der erste behandelte Autor, der die empirischen Abweichungen vom abstrakt Liberalen der Rechtsform reflektiert.¹⁶³

In der Diskussion von Breuers Aufsatz kann ich mich auf den letzten Teil konzentrieren, weil Breuer nur dort das kapitalistische Recht thematisiert. Breuers Startpunkt ist dabei sein Befund, dass sich in der Weimarer Republik und erst recht in der BRD nach dem 2. Weltkrieg „die Zerfaserung und Departementalisierung des bürgerlichen Formalrechts, die Aushöhlung der Privatautonomie, die schleichende Auflösung der klassischen Differenzbestimmungen (z. B. von Öffentlichem und Privatrecht), ja die Erosion des Gesetzesbegriffs schlechthin“ (Breuer 1985 [1977]: 144f.)

oder, wie es an anderer Stelle heißt, „die ‚Erosion des Rechtsstaates‘, der ‚Funktionswandel des Gesetzes‘“ (a. a. O.: 149) vollzogen habe. Im Einzelnen sucht er die Veränderungen an folgenden Punkten zu demonstrieren: „die zunehmende Delegation legislativer Aufgaben an rechtskonkretisierende Instanzen, die Entwicklung eines wirtschaftseigenen Schiedswesens, die Standardisierung der Vertragsbeziehungen in den von den großen Unternehmungen diktierten ‚Allgemeinen Geschäftsbedingungen‘, die Kompetenzerweiterung der Judikative, die Eigenmächtigkeit der Verwaltung, die Herausbildung einer zweistufigen Legalität, der Rekurs auf Generalklauseln und Gemeinwohlformeln in Rechtsprechung und Gesetzgebung.“ (a. a. O.). Hier werden also erstmals empirische Abweichungen von erscheinender Formalität, Allgemeinheit oder Abstraktheit des Rechts, wie auch von entsprechender rechtlicher Freiheit und Gleichheit zusammengefasst, insgesamt also Abweichungen vom positivistischen Formbegriff bzw. den liberalen Merkmalen des kapitalistischen Rechts.¹⁶⁴ Dabei geht es nicht um Abweichungen hinsichtlich verschiedener Rechtsgebiete, sondern um Abweichungen in historischer Perspektive. Rechtlosigkeit wird von Breuer allerdings gerade nicht thematisiert: Er geht von einem neuen, aber dennoch kapitalistischen Recht aus.

Breuer zieht als Kronzeugen dieser Entwicklung zunächst Carl Schmitt und Ernst Forsthoff heran, die den mutmaßlichen Verlust an (Rechts-)Staatlichkeit nach dem 2. Weltkrieg betrauern (a. a. O.: 109f.). Des Weiteren führt er eine Reihe von marxistischen Rechtstheoretikern, unter ihnen Paschukanis, an, die laut Breuers Interpretation in dieser Entwicklung die Überholtheit der Zirkulationsrecht-„Schale“ und die Progressivität der Arbeit und der sonstigen Produktivkräfte im

¹⁶² Auf Konsequenzen, die er für die Rechtskritik zieht, geht er auch knapp am Ende seines Aufsatzes „Die Metamorphosen des Naturrechts“ ein (1985 [1983]: 170ff.). Am bekanntesten ist in dieser Hinsicht seine Dissertation mit dem entsprechenden Titel „Die Krise der Revolutionstheorie“, in der er aber die Konsequenzen seines Materialismus für die Kritik von Staat und Recht nicht vollständig gezogen hat (1977). Zur aktuellen Rezeption von Breuers Arbeiten aus den 1970er und 80er Jahren und deren Kritik s. Baum 2004.

¹⁶³ In eine ähnliche Richtung wie Breuers Thesen zielen zum Teil weitere Beiträge der ‚Rechtsableitungsdebatte‘: die materialistischen Arbeiten von Ulrich K. Preuß, die allerdings nicht Breuers Grad an Zuspitzung erreichen und zudem nicht einheitlich seinen Thesen zuzuordnen sind. Der mit Breuers Thesen weitgehend übereinstimmende Part seiner Arbeiten wurde in Anmerkungen vermerkt – aus der Rezension „Äquivalententausch und Rechtsform“ (1974) und der Monografie „Die Internalisierung des Subjekts“ (1979). Unter B.V.2. werde ich den anderen Part aufgreifen, der geradezu im Widerspruch zu Breuers Thesen steht – aus dem Aufsatz „Gesellschaftliche Bedingungen der Legalität“ (1973). Für den Aufsatz „Das Dilemma der verfassungspolitischen Diskussion der Linken in der Bundesrepublik“ von Thomas Blanke (1975) gilt, dass er Breuers Theorie folgende wie auch widersprechende Elemente enthält und entsprechend in Anmerkungen in diesem Kapitel, aber auch kurz unter B.V.2. behandelt wird. Oscar Negt (1975) und Burkhard Tuschling (1976), die ebenfalls einige Elemente der Analyse Breuers teilen, weichen doch so weit von ihm ab, dass sie ausschließlich im Anschluss an Breuer behandelt werden.

¹⁶⁴ Ähnlich Blanke (1975: 462ff.), Negt (1975: 10), Preuß (1979: 31f., 268f.); auch eine weitere Autorin, Ingeborg Maus, hat diese Entwicklung analysiert (z. B. Maus 1975: 486f.); sie hat sich allerdings weniger an einer marxistischen Rechtskritik versucht und taucht deshalb in diesem Teil nicht weiter auf.

„Kern“ zu erkennen meinen. Max Weber zitiert er (a. a. O.: 143, 145) mit dessen These von einer „Re-Materialisierung“ des „Formalrechts“. Während Balbus also Weber hinsichtlich der „formalen Rationalität“ und damit im Hinblick auf abstrakte Liberalität des kapitalistischen Rechts aufgegriffen hat – dabei allerdings Webers handlungstheoretischen Zugang überwindend – geht es Breuer mit Weber um die Abweichungen von diesem Recht bzw. um ein neues Recht. Außerdem zieht er Niklas Luhmanns frühe Systemtheorie heran (a. a. O.: 151), in der dieser das Recht des Spätkapitalismus noch als „Instrument gesellschaftlicher Entwicklung“ gesehen hat und seine These von der „Selbstreferenz“ des Rechts noch nicht ausgereift war, schon gar nicht die These von der „Autopoiesis“ des Rechts (dazu Luhmann 1995 [1993]: 552ff.). Damit zieht er genau ‚den‘ Luhmann heran, der eine funktionalistische Systemtheorie vertreten hat, wenn auch nicht eine ökonomistische.

5. Breuers Logik: vollendete Herrschaft des Kapitals als totale Unvermitteltheit

Dieser Ökonomismus kommt bei Breuer als Kapital, und zwar in seiner Sicht im Laufe des Kapitalismus zunehmend als kapitalistische Produktion. Dieser auf die Produktion bezogenen „Totalität“ sei es geschuldet, dass ein neues, vollendet kapitalistisches Recht entstehe, das dank dieser Totalität durch die kapitalistische Produktion determiniert werde. Um derart die Entwicklung des Rechts zu erfassen, greift Breuer auf Marx zurück, der ihm die Begriffe der „formellen“ und „reellen Subsumtion“ an die Hand gibt: In der „vorindustriellen kapitalistischen Epoche“ sei der „Wert, ungeachtet seiner Prädominanz, die er zu Beginn des industriellen Kapitalismus bereits besaß, nach wie vor auf die materielle Produktion verwiesen [ge]blieb[en], die er sich nur formell untergeordnet hatte – genau genommen wurden durch den Wert in diesem Stadium nur die Produkte vergesellschaftet, nicht aber schon die Arbeit selbst,... so blieb auch die zirkulationsbegründete Konstitution des bürgerlichen Rechts zunächst immer nur Konstitution von Fetischwelten... Auf diese Vorgängigkeit der Gebrauchswertproduktion gründete sich die Marxsche Kritik der abstraktiven und nur scheinhafte Identität herstellenden Synthesis durch den Wert. Es war eine Kritik der fetischistischen Konstitution im Namen der Produktion, des zeitlosen Zirkulationsrechts im Namen des lebendigen, gesellschaftlichen Inhalts.“ (Breuer 1985 [1977]: 142). Hier scheint Breuer mit dem Begriff des „nur Scheinhaften“ als „Fetisch“ – im Gegensatz zum bisher in dieser Arbeit entwickelten Fetischbegriff – auf die Idee einer bloßen Verschleierung der ausbeuterischen Ungleichheit in der Produktion durch Zirkulation und ihr Recht hinauszuwollen, die für eine scheinhafte Vermittlung des Widerspruchs bzw. des Gegensatzes in der Produktion Sorge. Diese in meiner Arbeit von den ‚Critical Legal Studies‘ und handlungstheoretisch ideologiekritischem ‚Klassenrecht-Marxismus‘ vertraute Idee wurde von mir bereits kritisiert, weil sie den Realitätsgehalt des Fetisch, den herrschaftlich übergreifenden und verselbständigten Charakter der Rechtsform, ausklammert. Selbst wenn diese Ideologiekritik, wie üblich, mit Basis-Überbau-Elementen verbunden ist: Im Festhalten an einem entsprechend verstandenen Klassenkampf oder an einer Durchsetzung der „Ideale“ des „altruistischen Kollektivismus“ (Kennedy) kann das handlungstheoretische Terrain letztlich nicht völlig verlassen werden. Es handelt sich dabei nicht um Vermittlung des Konkreten durch Abstraktion, sondern um die dem handlungstheoretischen Dualismus geschuldete nur äußerliche Subsumtion des Konkreten unter das Abstrakte, also gerade nicht um wesentliche Vermitteltheit.¹⁶⁵

Die Rätselhaftigkeit dieser Parallele Breuers mit den ‚Critical Legal Studies‘ und vor allem mit handlungstheoretisch ideologiekritischem ‚Klassenrecht-Marxismus‘ bei völlig anderen – deterministischen – Ergebnissen wird aber vorerst dadurch aufgelöst, dass Breuer den Fetisch des

¹⁶⁵ In der „Krise der Revolutionstheorie“ kritisiert Breuer dementsprechend diverse Marxismen, auch Marcuses, für ihre „Arbeitsmetaphysik“ (Breuer 1977: 240ff.) und zielt in dieser Hinsicht in eine ähnliche Richtung wie meine Kritik an der metaphysischen Aufladung konkreter Arbeit durch handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus (s. A.II.4.). Doch dass er dabei über das Ziel hinausschießen könnte, bleibt im Hinblick auf seine Rechtskritik zu erörtern.

Rechts als bloße Verschleierung nur in einer bestimmten kapitalistischen Phase verortet. Mit der Industrialisierung und der entsprechenden Maschinerisierung revolutionierte sich laut Breuer die gesellschaftliche Synthesis, indem sich der als Kapital prozessierende Wert totalisierte. Wertförmige, also abstrakte Arbeit statt zuvor besondere habe fortan die gesellschaftliche Synthesis hergestellt: „Von sich aus unfähig, sich anders als über das Medium des Werts zu vergesellschaften, sind die lebendigen Produzenten nicht Subjekt der Entwicklung, sondern erleiden sie. Ihr Zusammenhang existiert außer ihnen, als ein Verhältnis, das sich hinter ihrem Rücken herausbildet und einer völlig eigenen Dynamik gehorcht“ (a. a. O.: 146). Breuer will hier also auf die reelle Subsumtion, die Unterordnung der Arbeit unter die industrielle Maschinerie, als Grundlage der neuen gesellschaftlichen Synthesis hinaus: „Der Vergegenständlichung der lebendigen Kooperation durch die gewalttätige Reduktion der konkreten Einzelarbeit auf abstrakte Durchschnittsarbeit korrespondiert die Vergegenständlichung des abstrakt gewordenen Zusammenhangs in einem kapitaladäquaten System der Maschinerie. Was die Teilarbeiter verlieren, konzentriert sich ihnen gegenüber in einem ‚produktiven Gesamtkörper‘, dessen Struktur und Bewegung durch die bewußte Anwendung eines Wissens bestimmt wird, das sich gegenüber der je konkret verschiedenen Erfahrungswelt der einzelnen Produzenten genauso abstrakt und zugleich allgemein verhält wie der Wert gegenüber der besonderen Arbeit... Im Gegensatz zum einfachen Arbeitsprozeß, in welchem die produktive Bewegung vom Arbeiter ausging, geht die Bewegung jetzt ganz aus vom ‚mechanischen Automaten‘, dem der Arbeiter unterworfen ist: der Automat selbst ist das Subjekt, wie Marx bemerkt, und er ist dies nicht nur aufgrund einer der Maschinerie selbst äußerlichen kapitalistischen Anwendung, sondern aufgrund der inneren Wertform der Maschinerie selbst“ (a. a. O.: 147f.). Das vom Wert Unberührte, das die formelle Subsumtion mit der vorindustriellen Produktion von Gebrauchswerten laut Breuer beließ, ist also gemäß seiner Analyse durch die reelle Subsumtion kassiert: „Der Gebrauchswert wird aus einer vordem ‚außerökonomischen Kategorie‘ gleichsam an sich selbst zu Wert, die unmittelbare Einzelarbeit zur ‚Arbeit sans phrase‘; das Kapital ist nicht mehr nur der beständige Wechsel zwischen der Form der Allgemeinheit und der Besonderheit, sondern mißt die Besonderheit selbst in ihrer stofflichen Qualität seiner Bewegung an.“ (a. a. O.: 148).

Kassiert wäre damit genau das, was die ‚Crits‘ implizit oder explizit für den industriellen Kapitalismus, auf einen positivistischen Formbegriff rekurrierend, ganz genauso behaupten, nämlich das vom Kapitalismus ‚Unberührte‘ des Besonderen, Materialen, Konkreten oder Inhaltlichen. Breuer geht hier also von einem handlungstheoretischen Marxismus aus, der diese Metaphysik des Konkreten an die besondere Arbeit heftet, an die der Agent der ‚Emanzipation‘, das Proletariat, und seine Interessen geknüpft werden; von diesem Marxismus geht er aber nur insofern aus, als er die Überwindung seiner vermeintlichen realen Grundlage behauptet. Damit ist bei Breuer auch der Fetisch der Zirkulation und der daran hängenden Rechtsform im Sinn einer Verschleierung der Subsumtion des Konkreten unter das abstrakte Kapital, die Verschleierung vor allem von Ausbeutung beendet. Diese Verschleierung wird in Breuers Theorie schlicht obsolet, weil das unberührte Inhaltliche untergehe.¹⁶⁶ Für Recht und Staat heißt das Folgendes: Die eingangs genannten Charakteristika des neuen Rechts „wären schließlich nicht die Symptome einer einfachen Regression, einer ‚Refeudalisierung‘ im Sinne eines unmittelbaren Rückfalls auf vorbürgerliche Formen, die aus dem tief greifenden Legitimationsschwund bürgerlicher Herrschaft vor dem Hintergrund einer bereits sichtbaren, umfassenderen Synthesis durch ‚Arbeit‘ resultierte. Es wären im Gegenteil Indizien für eine Änderung im Aggregatzustand der Herrschaft, durch den diese, anstatt obsolet, weil legitimationsunfähig zu werden, gerade sich vollendete, indem sie sich objektivierte.“ (a. a. O.: 149).¹⁶⁷ Mit dem Verweis auf die „vorbürgerlichen Formen“ macht Breuer

¹⁶⁶ „Untergeht“ ist eine drastische Formulierung, denn man könnte sich auf den Standpunkt stellen, dass Breuer Besonderes, Konkretes und Inhaltliches im Hegelschen Sinn erst entstehen lässt: als wesentlich Vermitteltes oder „innere Vermittlung“ (Adorno; s. Anm. 33). Doch bei Breuer ist es eben mehr als eine Vermitteltheit, der die Inhalte ausgesetzt werden, was im Folgenden genauer zu erläutern sein wird.

¹⁶⁷ Auch in dieser Hinsicht lassen sich wieder ganz ähnliche Elemente bei Blanke und Preuß finden, die ebenfalls eine hoch- oder spätkapitalistische Kapitalunmittelbarkeit des Rechts thematisieren; besonders nahe an Breuers Theorie gerät Blanke: „Entgegen einer verbreiteten Interpretation ist die fortschreitende Auflösung des rechtsstaatlich-allgemeinen Gesetzes als zentraler Form politischer Gewalt durch

endgültig deutlich, dass mit seiner Rechtsgeschichtsschreibung und seiner Theorie reeller Subsumtion die Vermittlung durch Abstraktion im Recht obsolet wird, weil der in der Auseinandersetzung mit den ‚Critical Legal Studies‘ und Reichelt entwickelte Begriff des kapitalistischen Rechts in seiner wesentlichen Bestimmtheit in der kapitalistischen Rechtsform untergeht.

Der Kern der Argumentation von Breuer lautet also: Mit der Totalität der kapitalistischen Wertform werde alles unmittelbar der kapitalistischen Produktion unterworfen, so dass mit einer Vorgängigkeit des Besonderen, der Gebrauchswertproduktion, vor dem Allgemeinen, der Wertform, auch alles Widerspruchs- und subjektive Potenzial innerhalb des Besonderen der Produktion und zwischen Produktion einerseits und Zirkulation samt ihrem Recht andererseits getilgt werde. Das führt zu der originellen und kühnen These, die scheinhafte Vermittlung der Inhalte und ihrer Widersprüche und damit von Inhalt und Form durch kapitalistisches Recht – als kapitalistisch rechtsförmiges Recht, wie es bisher in dieser Arbeit entwickelt wurde – werde obsolet. Sie gehe dementsprechend mit der Autonomie bzw. Verselbständigung der Warenzirkulation im ökonomisch bestimmten System unter. Recht werde zum Instrument, aber nicht im handlungstheoretisch ideologiefunktionalen Sinn, sondern in formbestimmter, aber unvermittelt der kapitalistischen Produktion unterworfenen Weise. Auf die Frage, was noch durch Abstraktion zu vermitteln wäre, wenn doch diese Vermittlung total ist und damit totale Vermitteltheit zu sein scheint, impliziert Breuer die Antwort: Nichts.¹⁶⁸

Unter Breuers theoretischer Regie wird so aus der Formtotalität, wie ich sie bisher, vor allem auf Reichelt gestützt, gefasst habe, nämlich als totale herrschaftliche Vermittlung durch Abstraktion, eine totale Unvermitteltheit, basierend auf dem totalisierten Wert als Identität von jeglichem Besonderem und Allgemeinem. Das ist aber genau das, was ich bisher als gegenemanzipatorische, nämlich unvermittelte Rechtlosigkeit dem kapitalistischen, in der kapitalistischen Rechtsform wesentlich bestimmten Recht entgegengesetzt habe. Anders betrachtet, legt Breuer damit den Finger in die Wunde der Gemeinsamkeiten von kapitalistischer Rechtsform und Gegenemanzipation, was ich mit dem Begriff der gegenemanzipatorischen Potenziale der kapitalistischen Rechtsform ausgeführt habe: Unvermittelte Herrschaft und Identität, die im Kapitalismus durch ihre Vermittlung hindurch – potenziell – bleiben. Doch indem Breuer Unvermitteltheit nicht als Gegenemanzipation thematisiert, negiert er den Unterschied. Damit korrespondiert, dass er die Empirie des Rechts im Nationalsozialismus, also diese extreme Abweichung vom abstrakt Liberalen der kapitalistischen Rechtsform auslässt, sondern nur Entwicklungen in der Weimarer Republik und in der BRD nach dem 2. Weltkrieg aufnimmt. Mit

Generalklauseln, Pläne und unbestimmte Ermächtigungen an die Exekutive nicht etwa ein ‚Refederalisierungsprozeß‘, der den einmal erreichten Stand der Gesellschaftlichkeit allmählich unterminiert, sondern Ausdruck zunehmender Vergesellschaftung der kapitalistischen Produktionsweise... In dem Maße nun, wie das Kapital selbst die Gesellschaftlichkeit seiner Existenz auch direkt in der Form der Organisation der gesamtgesellschaftlichen Produktion zum Ausdruck bringen muß, wird das allgemeine Gesetz tendenziell durch konkrete und zweckbezogene staatliche Maßnahmen ersetzt.“ (Blanke 1975: 462). Preuß schreibt in einer Rezension von Umberto Cerronis ‚Marx und das moderne Recht‘ (Preuß 1974): „Die von Cerroni konstatierten Tendenzen zu einem ‚autoritären Bürokratismus‘ und zu einem ‚Primat der Exekutive‘ müssen so theoretisiert werden, daß sie nicht als Deformation, sondern als Vollendung des ‚repräsentativen Staates‘ begriffen werden können; dasselbe gilt für die Relativierung des Rechtssubjekts und die Auflösung subjektiver Rechtsbeziehungen in objektive Ordnungen, für die Transformation der öffentlichen Gewalt aus einem widerspruchsvollen Medium der formellen Anerkennung der Rechtssubjekte und der latenten oder manifesten Diktatur zu einer Sphäre der unmittelbaren Identifizierung mit dem Prozeß der Kapitalverwertung.“ (Preuß 1975: 44).

¹⁶⁸ Die „identitätsphilosophische Interpretation“ Hegels (Ritsert) – wenngleich nicht auf „Geist“, „Vernunft“ oder „Staat“, sondern auf kapitalistische Produktion bezogen – wird auf die Spitze getrieben. Damit wird, wenn man so will, Dialektik zur Systemtheorie ‚umfunktionalisiert‘. Diese Richtung der Identitätsphilosophie erkennt Adorno bei Hegel, wenn er von Hegels „unmittelbarer Allgemeinheit“ spricht – um sie allerdings wegen fehlender Reflexion der Nichtidentität des Allgemeinen zu kritisieren (Adorno 1998 [1966]: 321).

der Differenz zwischen Form und Inhalt werden von Breuer im Übrigen, wie schon mehrfach angesprochen, mögliche indeterminiert subjektive Momente und somit subjektives Verschulden von Gegenemanzipation gestrichen. Wegen dieses Determinismus sind auch alle emanzipatorischen Aussichten kassiert. Im Folgenden sollen die begrifflichen und empirischen Probleme von dieser, Breuers ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik des Rechts erörtert werden.

6. Vom neuen Kapitalismusbegriff zum neuen Rechtsbegriff: Recht ohne abstrakte Liberalität und Autonomie

Die Fahndung nach Problemen kann mit Breuers Begriffen von Kapital, Produktion und Zirkulation, also mit einem Kern des Kapitalismusbegriffs, begonnen werden: Die unvermittelte Herrschaft und Identität beruht bei Breuer auf der zum geschlossenen System gewordenen „Totalität“ der „Wertform“. Diese wiederum bedeutet die „vollendete Herrschaft des Kapitals“. Voraussetzung und Folge dessen sei, dass die Zirkulation nicht nur ihre Autonomie verliere, sondern damit ihre Rolle als abstraktive Vermittlerin, weil dank totaler Vermitteltheit die kapitalistische Produktion das alleinige Kommando übernehme. Dem kann zunächst entgegengehalten werden, dass kapitalistische Produktion nach Marx immer begriffsnotwendig durch den monetären Austausch zwischen Waren, auch der Ware Arbeitskraft, vermittelt ist. Erst durch diese herrschaftsförmige abstraktive Vermittlung der besonderen Arbeiten untereinander und mit dem Allgemeinen, der Form dieser Arbeiten, nämlich der kapitalistischen Wertform, wird der Mehrwert zwar nicht produziert, aber realisiert. Entsprechend setzt etwa Reichelts Rechtsableitung eine die Produktion abstraktiv vermittelnde Zirkulation aus der kapitalistischen Warenzirkulation voraus und ist bei Balbus wesentlich identisch mit der rechtlichen Vermittlung. Die den Wert realisierende Warenzirkulation ist weder schlicht autonom noch der Produktion unterworfen.¹⁶⁹ Dabei muss dahingestellt bleiben, ob heute nach 150 Jahren Kapitalkritik endgültig geklärt wäre, wie diese Realisierung vonstatten geht. Auf jeden Fall ist aber mit diesem Begriff der Wertform gesetzt, dass diese Realisierung passieren muss. Folglich ist die Warenzirkulation als abstraktive Vermittlung nach Marx eine begriffliche Notwendigkeit des Kapitalismus. Anders formuliert zeichnen sich die Wertform und damit auch ihr kapitalistisches Prozessieren als „sich selbst verwertender Wert“ (Marx) durch den Klassenantagonismus hindurch, die Kapitalform, Kapitalismus überhaupt, als spezifische Art von vermittelter Herrschaft und herrschaftlicher Vermittlung aus: Klassenherrschaft wird abstraktiv vermittelt und die abstraktive Vermittlung über den Wert sowohl der Arbeitsprodukte als auch der Arbeit nimmt selbst Herrschaftscharakter an (vgl. A.III.5., A.VI.3., A.VII.2).¹⁷⁰

Nun will aber Breuer diese Marxschen Begriffsnotwendigkeiten gerade durch neue ersetzen; mit dem Untergang der autonomen Vermittlung durch Abstraktion will er nicht die Rückkehr zum Feudalismus behaupten, sondern eine neue Art von Kapitalismus. Dafür stützt er sich auf Marx, nämlich auf dessen Begriff der „reellen Subsumtion“, wodurch er sich doch in begriffliche Schwierigkeiten bringt. Reelle Subsumtion bedeutet bei Marx nämlich zurecht nichts weiter als die Ausbildung eines spezifisch kapitalistischen Arbeitsprozesses im Unterschied zur nur formellen Subsumtion, die historisch vorgefundene Arbeitsprozesse dem bloß äußerlichen Kommando des Kapitals unterwerfe, ohne diese selbst zu verändern. Das heißt auch, dass nach Marx bereits in der

¹⁶⁹ Das bringt Marx auf den Punkt: „Der Wert wird als prozessierender Wert, prozessierendes Geld und als solches Kapital. Er kommt aus der Zirkulation her, geht wieder in sie ein, erhält und vervielfältigt sich in ihr, kehrt vergrößert aus ihr zurück und beginnt denselben Kreislauf stets wieder von neuem.“ (Marx 1982: 168).

¹⁷⁰ Damit zeigt sich wieder, dass Balbus mit seiner „Identität“ von kapitalistischer Waren- und Rechtsform und Reichelt mit der inneren formlogischen Vermittlung von Kapital- und kapitalistischer Rechtsform etwas treffen, denn hier tritt der doppelte Herrschaftscharakter der kapitalistischen Rechtsform identisch in der Kapitalform auf. Die These vom formfunktionalen Zusammenhang soll damit aber keineswegs zurückgenommen werden.

Manufaktur die reelle Subsumtion der Arbeit unter das Kapital stattfinden kann, insofern dieses die Arbeit innerhalb der Werkstatt revolutioniert und die unmittelbaren Produzenten zu stumpfsinnigen Teilarbeiten verurteilt (Marx 1982 [1890], 533). Breuers Sicht auf den Frühkapitalismus gleicht der handlungstheoretisch ideologiekritischen Sicht der ‚Critical Legal Studies‘ sowie entsprechender Marxismen auf den Kapitalismus bzw. Liberalismus insgesamt, Sichtweisen, die Breuer selbst kritisiert. Mit seiner Charakterisierung des Frühkapitalismus mag Breuer etwas treffen, aber er kommt doch einer Romantisierung frühkapitalistischen Handwerkertums zu nahe und reflektiert seine Begriffe von formeller und reeller Subsumtion zu wenig, als dass er sich nicht dem Verdacht aussetzen müsste, eine bloße Kontrastfolie für sein Bild vom Hochkapitalismus zu suchen. Dieser Verdacht stellt Breuers strikte Periodisierung des Kapitalismus in Frage. Darüber hinaus wird im Hinblick auf eine weitergehende Fahndung nach den Problemen von Breuers Rechtskritik zu erörtern sein, ob Breuer in seiner strikten Abgrenzung von handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ doch einiges von dessen theoretischem Erbe mitschleppt, das so auf vertrackte Weise zu seinem Determinismus beiträgt. Diese Erörterung wird im Folgenden stattfinden, und zwar wieder in unmittelbarem Bezug zum Recht.

Die Ausgangsfrage dieser Erörterung lautet: Was bedeutet Breuers Kapitalismusbegriff im Einzelnen für seinen Begriff vom kapitalistischen Recht? Zentrale von mir herausgearbeitete Eigenschaft der das kapitalistische Recht wesentlich bestimmenden Rechtsform ist als ‚Krone‘ ihres herrschaftlichen Übergreifens: ihre Verselbständigung. Daher wird zunächst untersucht, ob von dieser Eigenschaft in Breuers Rechtskritik noch etwas übrig bleibt. Offensichtlich ist, dass Breuer ähnlich Reichelt und anders als die meisten ‚Crits‘ das Recht aus der Ökonomie ableitet. Wie gezeigt, ist sein Verständnis von der frühkapitalistischen Rechtsform dabei entscheidend von der handlungstheoretisch ideologiekritischen Sicht geprägt, wobei die Ideologien auf die kapitalistische Ökonomie bezogen sind und so teilweise bereits der Übergang zu einem ökonomistisch funktionalistischen Determinismus stattfindet. In jedem Fall ist das Recht ökonomiebezogen und auf den positivistischen Formbegriff erscheinender Formalität abstellend betrachtet. So bleibt kein Raum für eine empirisch-überempirische Verselbständigung des Rechts bzw. der Rechtsform von der Ökonomie und von Inhalten in ihrer spezifischen Qualität überhaupt. Schon die schlichte empirische Trennung von Recht und Ökonomie scheint in dieser Theorie in Frage gestellt.

Fraglich ist, ob Breuer hinsichtlich des hochkapitalistischen Rechts von einer Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch ausgeht. In Bezug auf den Hochkapitalismus handelt es sich, Breuers Verwendung des Terms „Wertform“ und „Form“ nach zu urteilen, um eine formlogische Ableitung des Rechts aus der Wert- oder Kapitalform. Doch da ihn die Totalität dieser Form zum Paradoxon einer formbestimmten, aber unvermittelten Identität führt und so die Rechtsform als Vermittlung (oder zumindest Subsumtion) durch Abstraktion in seiner Analyse untergeht, kann man letztlich auch hier von einem Basis-Überbau-Funktionalismus sprechen. Seine formbestimmte unvermittelte Bestimmtheit des hochkapitalistischen Rechts durch die kapitalistische Produktion bedeutet zwar, dass rechtliche Handlungstheorie überwunden wird. Dies geschieht aber letztlich nicht formkritisch. Deshalb geht in seiner Analyse die von mir herausgearbeitete Verselbständigung der Rechtsform von der je spezifischen Qualität der Inhalte, damit genauso die Verselbständigung von anderen gesellschaftlichen Bereichen wie der Ökonomie unter.

Mit der Unvermitteltheit landet Breuer zudem, wie anhand von Reichelt schon gezeigt, notwendigerweise beim Positivismus, denn es gibt in seiner Theorie kein hinter den Erscheinungen stehendes Wesen zu ergründen, das Formkritik notwendig machen würde. Die Funktionalität des Rechts für das Kapital wurde mit Hilfe von Balbus und Reichelt hingegen als Formfunktionalität herausgearbeitet, also auch als eine Funktionalität für wesentliche (Klassen-)Interessen, die sich abstraktiv vermittelt realisiert. Damit ist das kapitalistische Recht auf seine Form festgelegt, in dieser Form auch auf die Funktionalität für das Kapital, doch es ist in inhaltlicher Hinsicht eben nur vermittelt durch das Kapital bzw. die kapitalistische Produktion bestimmt. Die Verselbständigung der Rechtsform findet so in ihrer Funktionalität für das Kapital zwar eine Grenze. Doch Recht wie Kapital sind ihrer Form nach zugleich Emanationen einer Formtotalität, die sich durch sie hindurch

verselbständigt, damit aber letztlich auch zur Verselbständigung der Rechtsform zurückführt. Mit dem Positivismus eines ökonomistischen Funktionalismus setzt sich Breuer dagegen dem schon in Auseinandersetzung mit Reichelt behandelten Problem aus, das Recht auf solches Recht zu verengen, das der kapitalistischen Produktion empirisch sichtbar dienlich ist. Diese Eingrenzung des Rechtsbegriffs muss zu schwer nachvollziehbaren Ableitungen führen, die mit ganzen Rechtsgebieten in Schwierigkeiten geraten, erst recht aber mit diversen einzelnen Normen.

Dass Breuer ausgehend von der realen Subsumtion jegliches Widerspruchspotenzial im Recht streichen kann, ist ein weiterer Teil der Problematik: Er erkennt nämlich, konsequent zu Ende gedacht, eine deterministische Linie von der Fabrik als Kern kapitalistischer Ökonomie zu jeder Regelung der Gesellschaft. In der totalen Vermitteltheit durch das Kapital bzw. die kapitalistische Produktion, die bei Breuer zur Unvermitteltheit führt, wird das Recht durch die kapitalistische Produktion determiniert. Breuers Neubestimmung des Kapitalismusbegriffs setzt sich also in seiner Analyse des hochkapitalistischen Rechts fort. Anders als hinsichtlich des Kapitalismusbegriffs gesteht Breuer sogar selbst ein, dass er dem Begriff des kapitalistischen Rechts in dem Moment eine sinnvolle Bedeutung nimmt, in dem er die Rechtsform als Vermittlung durch Abstraktion verschwinden sieht. Aber auch der Begriff der Herrschaft durch Recht und vermittelt durch Recht macht hier kaum noch Sinn, da in der unvermittelten Identität im Wesentlichen nichts mehr zu beherrschen ist – in den Augen Breuers wahrhaft „vollendete Herrschaft des Kapitals“. Mit der Untersuchung von Breuers Rechtsbegriff hat sich somit gezeigt, inwieweit sich handlungstheoretische Ideologiekritik und ökonomistisch funktionalistische Systemkritik des Rechts – bei aller Unterschiedlichkeit – auf ein- und demselben theoretischen Feld bewegen, das durch das Fehlen von Rechtsformkritik als Kritik an einem kapitalistischen Wesen, an herrschaftlicher, verselbständigter Vermittlung markiert ist. Zugleich wird wie bei Reichelt deutlich, wie kurz der Weg von einer Rechtskritik, die von der Wert- oder Kapitalform ausgeht, zur ökonomistisch funktionalistischen Rechtskritik ist. Das heißt auch, dass Breuer tatsächlich das theoretische Erbe eines handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus mitschleppt. Mit ökonomistischem Funktionalismus betreibt er einen Positivismus des hochkapitalistischen Rechts, dessen theoretische Basis er nolens volens von dem bezichtigten Marxismus übernimmt. Zentraler Unterschied ist aber der Systembezug statt des Akteursbezugs, der keine Metaphysik des Konkreten zulässt.

7. Vermeintliche empirische Nachweise für den Untergang der Vermittlung

Gegenstand meiner Untersuchung muss auch noch sein, dass Breuer seine Theorie empirisch zu untermauern sucht, indem er als erster Autor dieser Arbeit Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform – Formalität, abstrakte Freiheit und Gleichheit – thematisiert. Während die bisherigen von der Allgegenwart des abstrakt Liberalen des Rechts ausgegangen sind, behauptet Breuer das genaue Gegenteil. Lediglich die Striktheit seiner Periodisierung des Kapitalismus und entsprechend der Rechtsentwicklung, sein Bild vom Frühkapitalismus und seinen Ökonomismus habe ich bisher auch auf empirischer Ebene in Frage gestellt. Fraglich ist allerdings, ob auch sein empirischer Befund der Entformalisierung des Rechts – und damit eine wichtige Stütze seiner These vom neuen Recht kapitalistischer Unvermitteltheit – verworfen werden oder ob er als Infragestellung des bisher von mir entwickelten Rechtsbegriffs gelten muss. In einem ersten Schritt muss für die Beantwortung dieser Frage Breuers Begriff der frühkapitalistischen Rechtsform erneut untersucht werden, dieses Mal im Hinblick auf seine Empirie des Rechts des Hochkapitalismus. Im zweiten Schritt sollen knapp seine empirischen Befunde des hochkapitalistischen Rechts an sich überprüft werden.

Die frühkapitalistische Rechtsform, von Breuer handlungstheoretisch verstanden als die äußerliche Subsumtion und Verschleierung der Inhalte und Widersprüche der Produktion, besteht bei Breuer vor allem in der Garantie von Rechtssubjektivität als Gewährleistung subjektiver Rechte. Diese wiederum verschleiern gemäß Breuer ihrerseits die Unterdrückung der Subjekte. Diese

Verschleierung durch subjektive Rechte ist das Zentrum der erscheinenden Formalität in Verbindung mit rechtlicher Freiheit und Gleichheit, also den abstrakt liberalen Erscheinungen des kapitalistischen Rechts. So sieht es Breuer im Verein mit den ‚Critical Legal Studies‘ und dem entsprechenden ‚Klassenrecht-Marxismus‘. Ein zentraler empirischer Befund von Breuer hinsichtlich des vermeintlich unvermittelten bzw. nicht subsumierenden und nicht verschleiern den hochkapitalistischen Rechts ist folglich die Abnahme oder gar Beseitigung subjektiver Rechte und damit von Rechtssubjektivität. Damit hängt Breuer aber letztlich einem juristischen wie freiheitsemphatischem Begriff des Rechtssubjekts an.

Der in der vorliegenden Arbeit entwickelte Begriff der kapitalistischen Rechtsform umfasst staatliche Kompetenzen – in juristischer Terminologie ‚objektives Recht‘ –, die durch Einschränkung von Rechtssubjektivität zugleich Rechtssubjektivität sichern; man denke etwa an Strafgesetze zum Schutz des Privateigentums. Aber selbst die Zunahme von Gesetzen, die subjektive Rechte einschränken, ohne dass sie andere dadurch unmittelbar schützen oder von Gesetzen, die Staatstätigkeiten mit einem höchstens entfernten Bezug zur Rechtssubjektivität regeln, bedeutet zunächst nicht, dass der von mir entwickelte Begriff der kapitalistischen Rechtsform damit angetastet ist. Das gemäß diesem Rechtsbegriff empirisch-überempirische und freiheitsunemphatisch verstandene Rechtssubjekt stellt nicht weniger, aber auch nicht mehr dar als den Zuordnungspunkt von herrschaftlich übergreifender Vermittlung durch Abstraktion, damit aber auch von vermittelter staatlicher Herrschaft und Klassenherrschaft (s. Anm. 54). Somit bedeutet Rechtssubjektivität, verstanden als die bloße Zuordnung der Vermittlung, zunächst nicht viel mehr bürgerliche Freiheit als jene tautologische Freiheit, die durch die Vermittlung von unvermittelter Herrschaft und Identität von Klassen und Staat gesetzt ist.¹⁷¹ Dieser freiheitsunemphatische Charakter zeigt sich, wie erwähnt, nicht zuletzt darin, dass die Rechtsform auf ihrer eigenen Grundlage beseitigt werden kann. Dieser nüchterne Blick auf die kapitalistische Rechtsform verbietet zugleich einen Blick auf das frühkapitalistische Recht als das Recht von bürgerlicher Freiheit und Gleichheit schlechthin, weil eben von Beginn an der freiheitsunemphatische und herrschaftliche Charakter gesetzt war.¹⁷² Im Verein mit dem handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus und dessen Kritik an der Ideologie von Freiheit und Gleichheit und der Verortung des entsprechenden Begriffs der Rechtsform im Frühkapitalismus muss Breuer diese Nüchternheit verfehlen.

Doch umgekehrt darf diese Nüchternheit nicht die Erkenntnis vergessen lassen, dass die von mir begrifflich entwickelte kapitalistische Rechtsform formfunktionell für liberale Mindeststandards zugleich Teil der abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform ist. Die Möglichkeit der Beseitigung der kapitalistischen Rechtsform auf ihrer eigenen Basis bzw. ihre existenzielle Abhängigkeit von diesem abstrakt Liberalen könnte, wie angesprochen, gerade auch eine Nichtidentität der Inhalte und damit von Form und Inhalt indizieren, die Breuer nicht zulassen kann. Auf jeden Fall ist diese Funktionalität aber, wie herausgearbeitet, Teil der Formfunktionalität für das Kapital. Mit dieser Erkenntnis stößt man somit wieder an die begrifflichen Grenzen von Breuers Rechtskritik, der trotz der These vom Untergang der so verstandenen kapitalistischen Rechtsform und des daraus resultierenden Untergangs liberaler Elemente im Recht am

¹⁷¹ Ähnlich Rolf Knieper (1982: 116f.), der zudem auf die zum Teil von Preuß vertretene Position eingeht, die Entstehung von nicht-menschlichen Rechtssubjekten, etwa Kapitalgesellschaften, würde den Untergang ursprünglicher Rechtssubjektivität bedeuten: „Die dogmatischen Schwierigkeiten des 19. Jahrhunderts (die übrigens niemals einen nennenswerten Einfluß auf diese Praxis hatten), den entstehenden Kapitalgesellschaften Rechtsfähigkeit und Person-Qualität zuzusprechen, verdankt sich ebenso einer Verwechslung von bürgerlicher Philosophie und bürgerlicher Realität wie die heutige Auffassung, mit der Entwicklung der Kapitalgesellschaften habe sich das Individuum segmentiert“ (Knieper 1982: 117).

¹⁷² So kann auch ein Gesetz über die Geldwertstabilität kapitalistisch rechtsförmig sein: Dabei handelt es sich um die herrschaftlich übergreifende Vermittlung des Konkreten, der empirischen Geldwerte, durch die reale, in juristischer Allgemeinheit verdinglichte (kein Einzelfallgesetz) Abstraktion universaler Rechtsbegriffe (hier nur Rechtsobjekt), die bürgerliche Freiheit (von unvermittelter Herrschaft, also Herrschaft ohne die Vermittlung als staatsouveräne Geldpolitik), Gleichheit (hier also gegenüber allen Rechtssubjekten, die von der Geldwertstabilität betroffen sind) und abstrakte gesellschaftliche Identität herstellt.

Kapitalismusbegriff festhalten will.

Insofern ist nun der Übergang zum angekündigten zweiten Untersuchungsschritt notwendig, nämlich zur Frage, wie stichhaltig Breuers empirische Grundlage seiner Begriffe, seine empirischen Befunde an sich sind. Was Breuers Befund einer Zunahme nicht-subjektiven Rechts angeht, so beachtet er nicht, dass eine solche zunehmende Regelungsdichte einerseits nicht bedeuten muss, dass dadurch subjektive Rechte eingeschränkt werden. Zudem übersieht er, dass sie andererseits bedeuten kann, dass parallel auch subjektives Recht ausgebaut wird. Oft handelt es sich um die Verrechtlichung von Interessengegensätzen, bei denen Verbote und Befehle für die einen mit Rechten für die anderen einhergehen. Große Interpretationsspielräume von Exekutive und Judikative, etwa im Fall der Generalklauseln, von deren Zunahme Breuer ebenfalls spricht, haben insbesondere im Fall der Judikative keinen unmittelbaren Zusammenhang mit der Abnahme von Rechtssubjektivität. Wie ich schon Kennedy entgegengehalten habe, ist das eine Frage der Interpretation: Grundsätze können in der Formalität der Rechtsform verbleiben und subjektive Rechte verteidigen. Breuer konnte außerdem noch nicht die Auswirkungen weltweiter so genannter ‚neoliberaler‘ Reformen seit den 1980er Jahren reflektieren, die zumindest den Anspruch erheben, Eingriffe des Staats in die Wirtschaft einzuschränken und somit als Nebeneffekt Rechtssubjektivität stärken könnten. Die übrigen – mit der These vom Untergang der Rechtssubjektivität zusammenhängenden – empirischen Befunde einer vermeintlichen Entformalisierung sind bei Breuer vor allem die Eigenmächtigkeit der Verwaltung und der Judikative, denen bei der Interpretation von Gesetzen große Spielräume eingeräumt würden. Im Hinblick auf diesen Befund gilt ganz genauso, dass er nicht beweist, dass die Rechtsförmigkeit als wesentliche Bestimmtheit und damit Vermittlung des exekutiven oder judikativen Handelns beseitigt wäre. Ferner ist es Monopolmacht, die als ein empirischer Aspekt der Entformalisierung gewertet werden soll. Monopole bilden sich aber, wie sie auch durchbrochen werden, wenngleich bisweilen auf einer höheren Stufe der Unternehmenskonzentration. Eine logische Notwendigkeit der Monopolkonzentration ist nicht ersichtlich, aber auch empirisch lässt sich eine lineare Verfallsgeschichte der Konkurrenz nicht erhärten (Heinrich 2004: 12f.). Eine zentrale Entwicklung, die Breuer nicht erörtert, ist die zunehmende Verrechtlichung bis zur unentrinnbaren Allgegenwart in vielen Staaten der Erde (s. auch A.IV.). Diese Entwicklung muss zwar nicht zwangsläufig Formalisierung nach sich ziehen, weil, wie Breuer thematisiert, nicht alle Gesetze der Rechtsform zu entsprechen scheinen. Sie stößt sich aber im Mindesten an Befunden wie Eigenmächtigkeit der Verwaltung oder Judikative. Es geht dabei allerdings nicht allein um eine historische Entwicklung, sondern um eine Erscheinung der Rechtsform, mit der sich mehrere ‚Crits‘ unter dem Stichwort „Autonomie“ des Rechts auseinandergesetzt haben. Das verweist auch an dieser Stelle auf die Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform und ihren formfunktionellen Bezug zum Kapital hindurch, und zwar als Grund der empirischen Autonomie.

Offensichtlich ist, dass Breuer die Spitze des Eisbergs der Abweichungen von abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform nicht thematisiert. Die deutlichsten Abweichungen wären nämlich Klassen- oder staatliche Souveränität, die Neumann im „politischen“ Rechtsbegriff zu erfassen sucht. Faschismus, insbesondere aber der Nationalsozialismus wird in Breuers Aufsatz ebenso wenig behandelt. Einige seiner empirischen Befunde, etwa die Eigenmächtigkeit der Verwaltung, deuten in Richtung solcher gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit. Aber überwiegend handelt es sich um Einzelfallnormen und Grundsätze; damit geht es entweder um Recht, das in Wirklichkeit nicht von einer freiheitsunemphatisch verstandenen kapitalistischen Rechtsform abweicht, da es sich trotzdem in der übergreifenden Vermittlung durch Abstraktion bewegt. Oder aber es handelt sich um Abweichungen, die man mit Reichelt und vor allem Balbus zwar nicht als rechtsförmig bezeichnen kann, die aber innerhalb kapitalistischer Formtotalität, also Vermittlungstotalität, verortet werden können, an die wiederum die Rechtsform funktionell und formlogisch geknüpft ist.

8. *Breuers Konsequenz in der ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik als Herausforderung materialistischer Rechtskritik*

Neben den begrifflichen Reflexionslücken konnten nun also auch solche der Empirie Breuers durch meine Gegenbefunde und Nachfragen aufgezeigt werden. Es hat sich so gezeigt, dass ein der Rechtsform zur Unvermitteltheit entblößter Rechtsbegriff in doppelter Hinsicht keinen Sinn macht: Weder bleibt dann noch Vermittlung durch Abstraktion und damit ein Kriterium zur Unterscheidung des Rechts von gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit erhalten, noch kann dieser Begriff der Empirie des Hochkapitalismus gerecht werden. Das bedeutet allerdings zum Ersten nicht, dass die Möglichkeit totaler unvermittelter Identität ausgeschlossen werden soll. Vielmehr ist sie im Nationalsozialismus, wengleich volksstaatlich, mehr als aufgeschienen. Vor allem wegen solcher historischer Erfahrungen bleibt das Potenzial unvermittelter Herrschaft und Identität im kapitalistischen Recht genauso wie der Unterschied zur Realisierung zu betonen. Zum Zweiten bedeutet die Kritik der begrifflichen Neubestimmungen seitens Breuers nicht, dass Abweichungen im Hochkapitalismus von dem in dieser Arbeit herausgearbeiteten Begriff des kapitalistischen Rechts bzw. seinen liberalen Merkmalen vorschnell völlig bestritten werden. Weder können alle Beobachtungen Breuers in einem freiheitsunemphatisch verstandenen Begriff der kapitalistischen Rechtsform untergebracht werden noch kann seine gesamte Empirie als Beleg eines Fortbestands an rechtlicher Formalität sowie entsprechender Freiheit und Gleichheit abgetan werden. Es bedarf keiner Diskussion, dass es auch im Kapitalismus zu Zuständen kommt, in denen umfassend staatliche Akte ohne Rechtsgrundlage stattfinden oder in denen „technische Regeln“ als Einzelfallnormen oder Normen im Sinn des „politischen“ Rechtsbegriffs (Neumann) erlassen und angewendet werden. Darüber hinaus diktiert unbestritten auch immer wieder Monopole Normierungen des Marktes und der Konkurrenz, wengleich sie auch immer wieder durchbrochen werden. Rechtsentwicklungen unter dem Stichwort ‚postnazistisches Recht‘, also ausgehend von den Umwälzungen durch den Nationalsozialismus, lässt Breuer sogar außer Acht.¹⁷³

Folgt man Breuers vorschneller Einordnung dieser Abweichungen als Ausdruck eines neuen Kapitalismus und entsprechenden neuen Rechts nicht, werden also trotzdem Fragen konkretisiert und erörtert, die in den bisher behandelten Beiträgen höchstens ansatzweise aufgegriffen worden sind: Das betrifft vor allem die empirischen Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts. Auf der Grundlage des Paradigmas von Kennedy und Unger und des entsprechenden handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus müsste es sich bei den Abweichungen schlicht um Recht handeln, das auf anderen als liberalen Interessen und Ideologien beruht; diese Abweichungen spielen aber in der Konzentration auf Liberalismuskritik ohnehin keine Rolle. Die Probleme von Unbestimmtheitstheese und handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts sind allerdings ausführlich dargelegt worden. Basierend auf Reichelts und Balbus' Ausführungen können die Abweichungen einerseits so interpretiert werden, dass sie in der kapitalistischen Formtotalität aufgehen, die für das überempirische Gelten der kapitalistischen Rechtsform trotz Abweichungen verantwortlich zeichnet. Doch dann stellt sich zum einen das Problem ein, dass dieser extrem auf Überempirisches abhebende Begriff des kapitalistischen Rechts der Empirie der Abweichungen nicht gerecht wird. Vor allem aber scheinen mit einem solchen Begriff der Formtotalität auch bei Reichelt exakt Breuers Ergebnisse in Reichweite zu rücken: Die totale Vermitteltheit, die rechtliche Vermittlung überflüssig macht, und so zur totalen, determinierenden Unvermitteltheit eines geschlossenen Systems wird. Dem kann Balbus, so scheint es bisher, nur mit handlungstheoretischen Inkonsequenzen entgehen, Reichelt nur durch Ignorieren der rechtlichen Inhalte in seinem Formabsolutismus. Man ist hier letztlich wieder beim Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik und dem Problem der Nichtidentität von Form und Inhalt im Recht angelangt. Vor dem Hintergrund von Breuers Rechtskritik einerseits und den zuvor von mir untersuchten Beiträgen andererseits eröffnet sie die Alternativen von totaler Vermitteltheit

¹⁷³ Mit diesem Begriff, der deutlicher als der des ‚Postfaschismus‘ auf den Bezug zu Deutschland verweist, ist die Kontinuität von Elementen nationalsozialistisch volksstaatlicher Herrschaft zumindest im ehemaligen Deutschen Reich nach dem zweiten Weltkrieg gemeint (vgl. die, wengleich vorschnelle Thesen liefernde, knappe Einführung bei Grigat 2003).

samt Umschlagen zur totalen Unvermitteltheit einerseits sowie von ahistorischem Festhalten an einem von der kapitalistischen (Rechts)Form unberührten Inhalt andererseits.

Die impliziten Antworten Breuers auf dieses Problem und damit meine Ausgangsfragen sehen also folgendermaßen aus: Die Negation von Recht für Emanzipation wird bei Breuer wie – weniger eindeutig – auch bei Reichelt wegen der Identität von Form und Inhalt unmöglich, die Gefahr der Gegenemanzipation durch diese Negation, die von Breuer nicht erörtert wird, kann allein auf objektive Ursachen zurückgeführt werden. Die herausgearbeiteten empirischen und begrifflichen Probleme deuten zwar einerseits Grenzen dieser Kritik an. Die Gleichzeitigkeit empirischer Befunde von Autonomie des kapitalistischen Rechts, seiner Funktionalität und von Abweichungen von ihren abstrakt liberalen Erscheinungen wird weitgehend ignoriert. Vielmehr wird alles auf eine Funktionalität für das durch kapitalistische Produktion bestimmte System verengt. Aber in diesen Grenzen ist Breuers Rechtskritik eine bisher alternativlos konsequente Lösung der zentralen in Teil A aufgeworfenen Probleme, nämlich zuvorderst des Form-Inhalt-Problems. Damit ist die Erfüllung der zentralen Aufgabe dieser Arbeit, die theoretischen Grundannahmen und Konsequenzen der verschiedenen Antworten auf die Ausgangsfragen in der Reflexion von kapitalistischer Totalität deutlich zu machen, entscheidend vorangebracht. Zugleich stellt sich in der Fortsetzung dieser Erörterung aber die Frage, ob sich die kapitalistische Formtotalität anders als mit totaler Vermitteltheit / Unvermitteltheit zu Ende denken lässt und so eine andere Alternative zu handlungstheoretischer Ahistorizität als eine formbestimmt unvermittelte Auslöschung der wesentlichen Nichtidentität von Form und Inhalt bleibt.

III. Negts Uneindeutigkeiten: Zwischen Rechtsformkritik, handlungstheoretischer Ideologiekritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik

Die im Folgenden vorgestellten Beiträge teilen die These von der kapitalistischen Bestimmtheit des Rechts, ohne jedoch von totaler Vermitteltheit bzw. totaler Unvermitteltheit auszugehen. Deshalb enden diese Beiträge nicht in einer Widerspruchslosigkeit und in einem Determinismus des kapitalistischen Rechts oder versuchen dies zumindest. Sie sind also bedeutsam für den Fortgang meiner Arbeit, weil sie als Versuch gelesen werden können, ohne indeterministische Handlungstheorie, aber auch ohne deterministische Systemkritik einen Begriff des kapitalistischen Rechts und eine entsprechende Rechtsformkritik zu entwickeln. Dabei wird sich zeigen, wie schmal der Grat dieser Rechtsformkritik ist, der zwischen ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik und handlungstheoretischer Ideologiekritik entlangführt. Des Weiteren verfolgen auch diese Autoren das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik und die in Teil A herausgearbeiteten zentralen Aufgaben. Fraglich ist also letztlich, ob es ihnen gelingt, eine überzeugendere Lösung des Form-Inhalt-Problems materialistischer Rechtskritik und der in Teil A herausgearbeiteten Aufgaben zu liefern, also Autonomie und Funktionalität sowie Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts zusammenzubringen. In diesem Kapitel wird es dabei um einen Aufsatz von Oscar Negt gehen.

Oskar Negts „10 Thesen zur marxistischen Rechtstheorie“ (1975 [1972]) haben in besonderer Weise dazu beigetragen, dass die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ geführt wurde. Negts „Thesen“ – zunächst als Vortrag vor der „Basisgruppe Jura“ an der Universität Köln gehalten, später mehrmals veröffentlicht und Ausgangspunkt eines Sammelbandes über Probleme der marxistischen Rechtstheorie – haben nämlich ein im Verhältnis zu den übrigen Beiträgen großes Publikum gefunden. Er hat so auch dazu beigetragen, dass sich diese Debatte u. a. am Begriff der Rechtsform

abarbeitete: Es geht ihm in seinen „Thesen“ explizit um die „Dialektik von Rechtsform und Rechtsinhalt“ (Negt 1975 [1972]: 24).¹⁷⁴

1. ‚Negts Recht‘ ohne Vermittlung, aber mit wachsenden Widersprüchen

Ein zentrales Anliegen von Negts Abhandlung ist es, einer Empirie im Hochkapitalismus gerecht zu werden, die seiner wie Breuers Meinung nach den Untergang der autonomen Vermittlerrolle des Rechts zeigt. Wie Breuer kritisiert er folglich eine Ableitung des hoch- oder spätkapitalistischen Rechts aus der Warenzirkulation. Zentrale These ist daher, dass die kapitalistische Produktion – und nicht wie im Frühkapitalismus die Warenzirkulation – die Basis des hochkapitalistischen Rechts sei. Folglich habe Rechtssubjektivität wenig bis keine Bedeutung mehr. Doch anders als Breuer und implizit Reichelt will Negt diesen Kapitalismus ohne rechtsstaatliches Recht nicht widerspruchsfrei wissen. Stattdessen hat er gerade für diese hochkapitalistische Konstellation einen Widerspruch zwischen Produktion und Recht sowie die Perspektive Sozialismus und Kommunismus vor Augen. Eine ausführliche Auseinandersetzung mit historischen Erfahrungen und Theorien des Rechts im Sozialismus mündet schließlich in seine These, dass in der sozialistischen Übergangsphase die Rechtsform noch notwendig sei, eine kommunistische Gesellschaft die Rechtsform jedoch überflüssig mache. Wie er, ausgehend von den gleichen Prämissen wie Breuer, zu Widerspruch und sozialistischer ‚Emanzipation‘ mittels Recht gelangt, wird in den folgenden Ausführungen zu erörtern sein.

Ausgangspunkt des Weges zu seiner zentralen These ist Negts Auseinandersetzung mit Paschukanis.¹⁷⁵ Paschukanis sitze bürgerlicher Ideologie auf, da er die Kategorie des Rechtssubjekts als zentral ansehe und so mit seiner Rechtsableitung auf der Ebene der Zirkulation verbleibe, statt bis zur Produktion vorzudringen. Negt hingegen nennt die „Basis“ des Rechts im Hochkapitalismus „produktionsvermittelten Austausch“ (Negt 1975 [1972]: 48): „Es ist nicht die allgemeine Tatsache, dass alle Warenbesitzer sich in ihren ökonomischen Transaktionen als gleich betrachten und gegenseitig anerkennen müssen, worauf sich das bürgerliche Recht gründet, sondern... das Austauschverhältnis von zwei besonderen Privateigentümern, den Lohnarbeitern und Kapitalisten“ (a. a. O.). Damit teilt er die in der Auseinandersetzung mit Reichelt und Balbus bereits angesprochenen Vorwürfe, die Ableitung des Rechts aus der Warenzirkulation führe zu einer Fixierung auf das Recht des Warentauschs, in dem Sinn, dass sie die entsprechende abstrakte Liberalität des kapitalistischen Rechts und die – inhaltliche – Funktionalität für den Warentausch überhöhe. Sie führe folglich dazu, dass die Ableitung ahistorisch werde und auf das Zivilrecht konzentriert sei.¹⁷⁶ Dabei geht es Negt also wie Breuer auch um den blinden Fleck aller Beiträge

¹⁷⁴ Die Abhandlung „Rechtsform und Produktionsverhältnisse“ (Tuschling 1976) wird von ihrem Autor, Burkhard Tuschling, in einigen Hinsichten als Vertiefung von Negts „Thesen“ verstanden (Tuschling 1976: 13). Auf Tuschlings Anlehnungen an Negt werde ich entsprechend in diesem Abschnitt in Anmerkungen eingehen, um weiter unten seine für den Fortgang meiner Arbeit wichtigen Abweichungen zu thematisieren. Negts und Tuschlings Theorien im Zusammenhang zu kritisieren, wie Harms und Sonja Buckel es tun (Buckel 2004: 35; Harms 2000: 115ff.), ist meiner Meinung nach in wichtigen, von Harms und Buckel akzentuierten und noch zu erörternden Hinsichten berechtigt. Da meine Beurteilung von Tuschling und Negt aber in anderen Hinsichten von Buckels und Harms’ abweicht, muss ich in jenen Hinsichten differenzieren.

¹⁷⁵ Eine gelungene Zusammenfassung dieser Auseinandersetzung ist bei Harms zu finden (Harms 2000: 118f.).

¹⁷⁶ So auch Burkhard Tuschling, der seine Ableitung des Rechts aus der Produktion folgendermaßen zusammenfasst: „Die kapitalistische Produktionsweise setzt Trennung der Produzenten von den Produktionsmitteln und deren permanente Ausdehnung im gesamtgesellschaftlichen Maßstab, und sie setzt Vermittlung dieses Verhältnisses materieller Ungleichheit und Unfreiheit der Produzenten zu den Privateigentümern an Produktionsmitteln durch ihre wechselseitigen Beziehungen als freie und gleiche Eigentümer in Zirkulation und Tausch. Die Garantie dieses widersprüchlichen Systems der Vergesellschaftung muß also als Garantie freier und gleicher Beziehungen der Individuen organisiert werden und kann so nicht organisiert werden, weil ihr Zweck die materielle Unfreiheit und Ungleichheit als Basis der

der ‚Critical Legal Studies‘, die Abweichungen von diesem Liberalismus. Negt fordert, materialistische Rechtstheorie müsse ihre Konzentration auf das liberale Recht aufgeben, „weil die zum Citoyen, ja zum transzendentalen Subjekt idealisierte Rechtsperson ihre Autonomie, die ihr das revolutionäre Bürgertum noch zusprechen konnte, restlos verloren hat.“¹⁷⁷ Deutlich wird an dieser Stelle, dass er wie Breuer von einem bürgerlich freiheitsemphatischen Begriff des Rechtssubjekts ausgeht, wenn er vom Untergang des Rechtssubjekts spricht.

Um den Vorwurf einer Fixierung auf Ökonomie, also vor allem einer funktionalistischen und entsprechend inhaltlichen, positivistischen Ableitung des Rechts aus dem materiellen Reproduktionsprozess geht es Negt dabei – wenn überhaupt – kaum. Er behauptet zwar, dass er das Basis-Überbau-Verhältnis nicht als Widerspiegelungsverhältnis verstanden wissen will, was sich auch gegen ökonomistischen Funktionalismus richten würde: „[B]estimmte, auf spezifische gesellschaftliche Verhältnisse zurückzuführende Überbauformen, z. B. künstlerische Produkte oder Rechtsverhältnisse, können in ihrer entfalteten Gestalt normative Geltungsansprüche erheben, die weit über den ökonomischen und kulturellen Entwicklungsstand der jeweiligen Gesellschaft, der sie entspringen, hinausgehen.“ Er spricht in dieser Hinsicht von einer „Dialektik von Genesis und Geltung“ (a. a. O.: 40). Genauer erläutert Negt diese Formulierung allerdings nicht, die letztlich für seine Ableitung auch keine Rolle spielt. Am Ende wird doch als einziger Ausgangspunkt der Ableitung und als einziger Inhalt des Rechts – ganz wie bei Breuer – die Ökonomie präsentiert, so dass seine Rechtskritik letztlich in ökonomistischen Funktionalismus mündet. Recht sei seinem Inhalt nach „wesentlich die staatlich sanktionierte Verfügungsgewalt über fremde Arbeit“, heißt es etwa. So bleibt aber unklar, was er alles mit seinem Rechtsbegriff erfassen, wie weit er also den Inhalten, aber letztlich auch der Form nach über das Zivilrecht hinausgehen will. Fraglich bleibt daher, inwieweit er tatsächlich der von ihm angenommenen Empirie eines Rechts ohne abstraktive Vermittlung gerecht wird.

Der zweite Teil seiner zentralen These ist, wie erwähnt, die Widersprüchlichkeit dieses spätkapitalistischen Rechts. Er geht sogar von „wachsenden Widersprüche[n]“ aus, und zwar „zwischen dem Rechtssystem und der Produktionsbasis“. Sie nähmen „im Kapitalismus sinnlich fassbare, mit jeder Reform bestehender Gesetze erneut aufbrechende Gestalt an.“ (a. a. O.: 13). Zentrales Beispiel für einen Ausdruck dieser Widersprüche ist für Negt die „Privatisierung von Staatsfunktionen“ wie auch die „Zerfaserung des Rechts“, die zu einem „gigantischen Flickwerk“ führe (a. a. O.: 11f.). Diese von Breuer vertrauten Befunde der Entformalisierung, der Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform, sollen zugleich zeigen, dass der Staat und sein Recht die Widersprüche nicht bewältigen könnten. Als Gründe führt Negt an: Die bestehende Rechtsordnung sei „für den materiellen und geistigen Lebensprozeß der Gesellschaft zu eng...“ geworden; „...vom Kapitalismus erzeugte Bedürfnisse der Menschen...“ würden sich „...in immer explosiveren Formen an Rechtsinstitutionen stoßen, die veraltete Produktionsverhältnisse und damit objektiv ausgehöhlte Eigentums- und politische Herrschaftsstrukturen aufrechterhalten.“ (a. a. O.: 12). Zusammenfassend sei der Grund für die Abweichungen eine „chronische Legitimationsschwäche des ganzen politischen Herrschaftssystems“ (a. a. O.: 11).

Von dem Widerspruch zwischen Recht und Produktion sowie letztlich vom Widerspruch zwischen toter und lebendiger Arbeit ausgehend, zielt Negt auf Abschaffung des Rechts ab: „Marxistische

kapitalistischen Produktion ist, dem die Lohnarbeiter aktuell unterworfen sind und dem die Kapitalisten potentiell... unterworfen werden müssen.“ (Tuschling 1976: 51). Tuschling greift dementsprechend ebenfalls Paschukanis’ vermeintliche Konzentration auf das Zivilrecht und seine Ahistorizität an, die die Unterschiede zwischen vorkapitalistischer und kapitalistischer Produktion ausblende (Tuschling 1976: 14). Auf ähnliche Weise wurde eine vermeintliche Zirkulationsfixiertheit Balbus entgegengehalten (Grau 1982: 197ff.).

¹⁷⁷ Eine Veränderung des Kapitalismus erkennt auch Tuschling an (Tuschling 1976: 114ff.), zieht aber, wie schon im letzten Zitat ersichtlich, nicht Negts und Breuers Konsequenzen, die autonome Vermittlerrolle des Rechts völlig zu streichen. Das ist einer der Ausgangspunkte für Tuschlings Abweichungen von Negt, weshalb unter B.V.1. auf ihn zurückzukommen sein wird.

Rechtstheorie lebt von dem Gedanken, daß das Recht als Inbegriff von Gleichheit und Ungleichheit, von Emanzipation und Gewalt ein Stadium der Vorgeschichte ausdrückt, also aufhebbar sein muß. Es bezeichnet die Herrschaft der Toten über die lebendige Arbeit, der Vergangenheit über die Gegenwart.“ (a. a. O.: 67). Er wendet sich einerseits gegen die Vorstellung, man könne ohne einen Übergang des sozialistischen Rechts auskommen, andererseits aber auch gegen die Vorstellung, im Kommunismus bedürfe es so etwas wie „technischer Regeln“ im Sinn von Paschukanis (s. dazu und zu den „technischen Regeln“ Neumanns: Teil C.III.1.). Bei ihm hingegen lautet die ‚Rechtsutopie‘: „Der Staat wird dann völlig absterben können, wenn die Gesellschaft den Grundsatz ‚jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinen Bedürfnissen‘ verwirklicht haben wird, das heißt, wenn die Menschen sich so an das Befolgen der Grundregeln des gesellschaftlichen Zusammenlebens gewöhnt haben werden und ihre Arbeit so produktiv sein wird, daß sie freiwillig nach ihren Fähigkeiten arbeiten werden.“ (a. a. O.: 62). Da Negt von „Spätkapitalismus“ und von „wachsenden Widersprüchen“ spricht, suggeriert er, dass die Revolutionierung des Rechts auf der Tagesordnung stehe. Dieser Teil seiner These – die Widersprüchlichkeit des Rechts und die Möglichkeit seiner Abschaffung – steht im Gegensatz zum systemischen Determinismus wie er von Breuer und ansatzweise von Reichelt vertreten wird. Dass auch Negt davon nicht völlig frei ist bzw. dass er sich davor teilweise in Handlungstheorie flüchtet, wird noch zu zeigen sein. Im Folgenden ist dementsprechend genauer zu ergründen, wie er diese Widersprüchlichkeit begründet, wie er sie trotz des mit Breuer geteilten empirischen Befunds der rechtlichen Vermittlungslosigkeit aufrechterhalten kann.

2. Mit Ansätzen von Rechtsformkritik und handlungstheoretischer Ideologiekritik zur These von den wachsenden Widersprüchen

Zunächst ist schlicht festzustellen, dass Negt die These vom Untergang der rechtlichen Vermittlung sowie der Rechtssubjektivität und die daraus resultierende Ableitung des Rechts aus der Produktion nur halbherzig verfolgt. Er versteht nämlich die Produktion an einigen bereits zitierten Textstellen als „produktionsvermittelten Austausch“ zwischen Lohnarbeitern und Kapitalisten oder einfach als die „Ware Arbeitskraft“. Außerdem differenziert er nach Inhalt und Form der Produktion als Grundlage von Inhalt und Form des Rechts: „Das Recht als materielle Wirklichkeit bildet sich in einem Prozeß, der seinem Inhalt nach durch den Stoffwechsel zwischen lebendigem Arbeitsvermögen und toter, vergegenständlichter Arbeit, seiner geschichtlichen Formbestimmtheit nach durch den Austausch zwischen Kapital und Lohnarbeit geprägt ist.“ Dieses Produktionsverständnis und die Differenzierung nach Form und Inhalt akzentuieren das Austausch-, damit das Vermittlungsmoment in der Produktion und vermeiden so einen ökonomistischen Funktionalismus. Die Produktion haben Reichelt und weniger deutlich auch Balbus ebenfalls in dieser Weise mitgemeint, wenn sie von der Ableitung des Rechts aus der kapitalistischen Warenzirkulation oder der entsprechenden „Homologie“ ausgingen. Somit scheint Negt letztlich doch nicht auf ein Untergehen der Vermittlung und entsprechende Rechtssubjektivität abzuheben, sondern auf ein Ineinandergreifen von Produktion und Zirkulation zu insistieren, das in dieser Arbeit, angelehnt an Marx, bereits in der Erörterung von Breuers Theorie herausgearbeitet wurde. Wie Negt, ausgehend von den gleichen Prämissen wie Breuer, zum Widerspruch des Rechts gelangen kann, ist also zunächst schlicht dadurch zu erklären, dass Negt gar nicht grundsätzlich vom in dieser Arbeit entwickelten Begriff des kapitalistischen Rechts abweicht, der das kapitalistische Recht als durch herrschaftliche Vermittlung bestimmt sieht.¹⁷⁸

Der Annahme einer herrschaftlich übergreifenden rechtlichen Vermittlung widerspricht allerdings, Produktion und Recht so klar in Form und Inhalt zu scheiden, wie Negt es an einigen Stellen,

¹⁷⁸ In eine ähnliche Richtung zielen auch die Kritiken von Buckel (2004: 35f) und Harms (2000: 121), die darlegen, dass Negt, wenn er von der Ableitung aus der Produktion spricht, entweder die (produktionsvermittelte) Warenzirkulation meint oder auf etwas zielt, woraus die Rechtsform nicht abgeleitet werden kann.

insbesondere hinsichtlich seines Widerspruchs zwischen „Produktionsbasis und Rechtssystem“ tut. Mit einem solchen Form-Inhalt-Verhältnis verfolgt er die Vorstellung eines Dualismus von Form und Inhalt und damit des Positivismus von Handlungstheorie oder von ökonomistisch funktionalistischer Systemtheorie. Vorerst lässt sich also auf die Fragen an Negts Ausführungen antworten, dass er einerseits zu einem Begriff des kapitalistischen Rechts tendiert, der die wesentliche Bestimmtheit in der Rechtsform als übergreifende Vermittlung durch Abstraktion erfassen könnte. Dem von ihm konstatierten Untergang autonomer Vermittlung im Recht sucht er aber gerecht zu werden, indem er von einer bloß positivistisch gefassten Form ausgeht, die nicht Vermittlung bedeutet.

Weil Negt dabei von Widersprüchen ausgeht, kann er mit seinen positivistischen Seiten zumindest nicht ausschließlich bei ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik enden, sondern muss, im Zusammenhang dieser Arbeit betrachtet, in ähnliche Richtung wie der handlungstheoretisch ideologiekritische ‚Klassenrecht-Marxismus‘ gehen. Damit geht es dann nicht um Widersprüche im strengen Sinn (s. Anm. 33 und 75), weil die wesentliche, übergreifende Vermittlung fehlt, aber bloße Gegensätze sind möglich. Das Recht als Recht der Zirkulation ist auf dieser Interpretationslinie von Negts Text in erster Linie ideologisch bestimmt und somit selbst Teil des liberalen Scheins von Freiheit und Gleichheit. Dieser verdeckte den Gegensatz in der Produktion und entsprechend zwischen Produktion und Recht, also zwischen konkreter Arbeit und Kapital im Sinn von kapitalistischer Warenzirkulation samt dem daran hängenden Recht, im Interesse der herrschenden Klasse.¹⁷⁹ Negt sieht dementsprechend als zentralen Grund für den ‚Widerspruch‘ zwischen Produktion und Recht die „Legitimationsschwäche“ des Rechts an. Damit hat man es also mit dem handlungstheoretisch ideologiekritischen Formbegriff und einer ahistorischen (Un-)Bestimmtheit des Rechts zu tun sowie mit der metaphysischen Aufladung des Konkreten.

Wichtige Konsequenz dieses Widerspruchsbegriffs ist, wie ähnlich schon von Freeman und Tushnet explizit gefordert, dass es ein Element der „Emanzipation“ wäre, „Gerechtigkeit“ zu erreichen. Negt scheidet diese Gerechtigkeit ebenfalls von der kapitalistischen Rechtsform, was wiederum nur mittels eines positivistischen Formbegriffs möglich ist. Das Recht könnte somit, seiner handlungstheoretisch verstandenen Verschleierungsfunktion entledigt, dem gleichen Tausch, der gleichen Entfaltung „produktiver Arbeit“ dienen. Das legt Negt nur für eine Übergangsperiode, den Sozialismus, nahe. Aber das genügt, dass er sich auf Gleisen hin zur Zementierung des kapitalistischen Rechtszustandes oder zur Mobilisierung gegenemanzipatorischer Potenziale unvermittelter Herrschaft des Proletariats bewegt.¹⁸⁰ Ein solches sozialistisches Recht müsste nämlich entweder noch Elemente der kapitalistischen Rechtsform, also Elemente einer zwanghaften und an staatliche wie Klassenherrschaft gebundenen Vermittlung durch Abstraktion mitschleppen – das wurde in der Auseinandersetzung mit Mensch als Gemeinsamkeit verschiedener Arten des Rechts herausgestellt. Oder diese Elemente wären hin zu unvermittelter Herrschaft des Proletariats schon überwunden und damit höchstens Recht im Sinn von Neumanns „politischem“ Rechtsbegriff bzw. im Sinn von kodifizierter unvermittelter Rechtlosigkeit.¹⁸¹

Auf jeden Fall reflektiert Negt in seiner Uneindeutigkeit bezüglich seines Form-, Widerspruchs- und Rechtsbegriffs weder die – auch rechtliche – Formbestimmtheit der Produktion noch die Formbestimmtheit der suggerierten Perspektive realer Gleichheit, die letztlich auf die Rettung des vermeintlich unberührten Konkreten, insbesondere der produktiven Arbeit zielt. Die Einwände gegen Freemans Kritik an der „kapitalistischen Ungleichheit“ sind hier genauso angebracht: Unter

¹⁷⁹ Genau so interpretiert Harms Negt (Harms 2000: 124, 160) und spricht von einer Rechtskritik „in der Tradition eines noch vom Leninismus geprägten orthodoxen Marxismus“ (Harms 2000: 119).

¹⁸⁰ „Indem er [der Sozialismus] für alle Zukunft die Notwendigkeit zur Basis erhob und den Geist auf gut idealistisch zur höchsten Spitze depravierte, hielt er das Erbe der bürgerlichen Philosophie allzu krampfhaft fest.“ (Adorno et al. 1998 [1944]: 58).

¹⁸¹ Neumann hat allerdings wie so viele Marxisten die Gefahr unvermittelter Herrschaft und Identität in seinem „Behemoth“ hinsichtlich des Nationalsozialismus nicht auf das Proletariat bezogen (s. vor allem 1984 [1942]: 464ff.).

der Herrschaft der abstrakte Gleichheit umfassenden Formtotalität existiert ein gesellschaftlicher Zusammenhang, der der Kritik an realer Ungleichheit einen Maßstab der realen Gleichheit als emanzipatorischen zu entziehen scheint. Dieser Maßstab ist mit dem gesellschaftlichen Zusammenhang nämlich an die kapitalistische Formtotalität und folglich an Herrschaft gebunden. Aber auch wenn man nichtsdestotrotz von einer wesentlichen Differenz zwischen Form und Inhalt im kapitalistischen Recht ausgeht, können, wie gezeigt (A.VII.2., D.III.), die dann möglichen emanzipatorischen Potenziale nicht in der Ideologie, gegen die schlechte Realität gerichtet verortet werden. Auf der Linie der Interpretation, gemäß der Negt dieses Form-Inhalt-Problem einseitig zugunsten handlungstheoretisch ideologiekritischer Züge auflöst, folgt er zugleich einem Verständnis vom Gegensatz zwischen Produktivkräften und Produktionsverhältnissen, im Zuge dessen er Ersterem die besondere Arbeit als vermeintlich Unberührtes, Letzterem das Recht als Teil der kapitalistischen Formen zuordnet.¹⁸² Und in Negts Augen ist dieser Gegensatz zu seiner Zeit auf einer höheren Stufe angelangt: Wie zitiert, wachse er und mit ihm die „Legitimationsschwäche“ des Rechts, weil die Gegensätze in der Produktion wie auch die Potenzen der „produktiven Arbeit“ zu sichtbar seien. An dem neuralgischen Punkt, an dem sich für Breuer die widerspruchslose Totalität der Vermitteltheit bzw. Unvermitteltheit ergibt, spitzen sich in Negts Bild die Widersprüche zu, ohne dass dieser Punkt für ihn jedoch jener der realen Subsumtion ist, sondern die Entwicklung zum „Spätkapitalismus“.

Diese Interpretation von Negt muss aber eingeschränkt werden. Als erstes ist hinzuzufügen, dass Negt explizit nur von der bereits zitierten „Legitimationsschwäche“ und von einem „objektiven Schein“, nirgends aber von „Verschleierung“ durch das Recht spricht.¹⁸³ Des Weiteren ist für ihn zwar tatsächlich „produktive Arbeit“ ein Vehikel der ‚Emanzipation‘, genauso aber sind es auch, wie zitiert, „vom Kapitalismus erzeugte Bedürfnisse“, die also keinesfalls unberührt sind. Schließlich soll Sozialismus am Recht und Kommunismus an Regeln, letzterer nicht aber an Recht festhalten. Mit diesen Ergänzungen kommt mehrerlei zum Ausdruck: In seiner Uneindeutigkeit kritisiert Negt das Recht im Mindesten auch auf eine Weise, die von handlungstheoretischer Ideologiekritik, ahistorischer (Un-)Bestimmtheit und funktionalistischen Elementen des Rechts sowie metaphysischer Aufladung des Konkreten übergeht zu dem, was er dem Anspruch nach ohnehin vertritt: zur Einsicht in kapitalistische Formbestimmtheit als wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts und somit zu einer Art Rechtsformkritik. Der Schein des Rechts basiert auf dieser Interpretationslinie bei ihm nicht länger auf Verschleierung, sondern ist, wie schon in Teil A entwickelt, Fetisch oder, in Negts Worten, „objektiver Schein“ von bürgerlicher Freiheit und Gleichheit. Was Negts Vorstellungen vom Kommunismus betrifft, so kann man die „eingewöhnten Regeln“ in wohlwollender Interpretation als Begriff für Konflikte vermittelnde Abstraktion verstehen, womit nicht gesagt wäre, dass es sich um an Herrschaft oder gar – kapitalistisch – doppelt an Herrschaft gebundene Vermittlung handelt (s. A.VI.3. und C.III.1.). Jedenfalls entwickelt Negt auch seine Emanzipationsvorstellungen nicht eindeutig herrschaftskritisch ahistorisch, wengleich im Lob „produktiver Arbeit“ und eines „gerechten“ Rechts diese Gefahr besteht.

¹⁸² Breuer wählt, wie zitiert, für diesen Widerspruchsbegriff das Bild vom „Kern“ – besondere Arbeit im Zentrum der Produktivkräfte – der die „Schale“ – die Produktionsverhältnisse und als Teil davon das Recht – in der Revolution abstreife. Was von diesem Bild nicht eingefangen wird, obwohl Breuer es im Hinblick auf diesen Widerspruchsbegriff thematisiert, ist die Idee eines emanzipatorischen Rechts. Breuer ordnet diesem Bild auch Negts Theorie zu, was in doppelter Weise ironisch ist. Denn erstens verfolgt Breuer, wie gezeigt, selbst diesen Widerspruchsbegriff in Bezug auf den Frühkapitalismus, woraus wiederum sein Determinismus des Hochkapitalismus hervorgeht. Zweitens ordnet er nicht nur Negt diesem Bild zu, sondern auch Paschukanis, den Negt vehement kritisiert.

¹⁸³ Das unterstellt ihm aber Harms (vgl. Anm. 179).

3. Tendenzen zur ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik

Das Problem ist jedoch wiederum, dass er den Begriff der Form kaum als (wesentliche) Vermittlung fasst. Mit einem positivistischen Formbegriff, den er überwiegend gebraucht, ist aber die Alternative zur ideologiekritischen Handlungstheorie, wie schon angesprochen, ökonomistischer Funktionalismus, der auf systemisch deterministische Geschlossenheit ohne Widersprüche, höchstens mit oberflächlichen Gegensätzen hinausläuft. Indem Negt das kapitalistische Wesen des Rechts nicht genauer ergründet, kann er also nicht zu einer konsequenten Rechtsformkritik im Sinn einer Kritik dieses Wesens vordringen, sondern schwankt zwischen Andeutungen in diese Richtung, handlungstheoretischer Ideologiekritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik. Wie er zwischen einem Dualismus von Form und Inhalt einerseits und Vermittlung andererseits, zwischen einem positivistischen und einem empirisch-überempirischen Formbegriff, zwischen Formtotalität, kapitalistischem System und Unberührtem zu schwanken, scheint aber keine schlechtere Lösung zu sein als handlungstheoretische Ideologiekritik (wie die ‚Crits‘) oder kapitalistische Determiniertheit (wie Reichelt und Breuer) zu vertreten.

Negts Aufsatz zeigt, so kann bilanziert werden, wie schwer es materialistische Rechtskritik hat, handlungstheoretischer Ideologiekritik auf der einen und funktionalistischer Systemkritik auf der anderen Seite zu entgehen. Im Hinblick auf meine Ausgangsfragen verfängt Negt sich also auf der einen Seite in einem handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘, der ahistorisch das Recht als Mittel zur ‚Emanzipation‘ postuliert. Auf der anderen Seite betreibt er indes teils Formkritik, teils einen ökonomistischen Funktionalismus mit systemischen Elementen, die beide eine solche Ahistorizität gerade nicht zulassen, aber in Determinismus zu enden drohen. In seiner Uneindeutigkeit kann er auch eines der zentralen Anliegen seines Aufsatzes, einen Rechtsbegriff zu formulieren, der dem von ihm konstatierten Untergang der abstraktiven Vermittlung durch das Recht gerecht wird, nicht überzeugend erfüllen: Soweit er sich die Perspektive des handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ zu Eigen macht, rekurrierend auf positivistische Form- und Inhaltbegriffe, soll es sich um Symptome des sich zuspitzenden Widerspruchs zwischen dem Konkreten der Produktion und dem Abstrakten des Rechts handeln. Auf diese Weise lädt er sich die schon in Teil A erörterten Probleme eines solchen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ wie auch vieler ‚Crits‘ auf. Soweit er doch an einer Ableitung des Rechts aus der Zirkulation festhält, behauptet er die rechtliche Vermittlung als äußerliche Subsumtion des Konkreten unter das Abstrakte des Rechts, teilweise aber auch formkritisch die rechtliche Vermittlung als Wesen des kapitalistischen Rechts. Da er diese Rechtsbegriffe nicht weiter erörtert, kann er aber nicht erklären, wie sie mit Abweichungen von genau dem einhergehen, was auf dieser Begriffsgrundlage das Recht auszeichnet. Soweit er auf eine ökonomistisch funktionalistische Systemkritik zusteuert, wäre er wieder bei Breuers Rechtskritik und einem entsprechenden Determinismus angelangt.

So liefert er also auch keine klare Antwort auf die zentrale, eingangs an seinen Beitrag gerichtete Frage, wie man, ausgehend von der Empirie eines Rechts ohne abstraktive Vermittlungsqualität, trotzdem zu einem Widerspruch im Recht und (Klassen-)Subjektivität gelangen kann, ohne ahistorisch herrschaftskritisch zu werden. Letztlich bleiben damit auch die zentralen, in Teil A aufgeworfenen Probleme, das Form-Inhalt-Verhältnis im Recht sowie die Gleichzeitigkeit empirischer Befunde von Autonomie des kapitalistischen Rechts, seiner Funktionalität und von Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform ungelöst. Ihn deshalb als „orthodoxen Marxisten“ (Harms) abzutun, ist aber trotzdem nicht angebracht. Sein Beitrag steckt schlicht voller Uneindeutigkeiten. Die Bedeutung der Produktion für das Recht, die empirischen Veränderungen des Rechts und die mutmaßliche Widersprüchlichkeit des Rechts zusammen zu betonen, fordert im Gegensatz zu den ‚Critical Legal Studies‘ und Reichelt auf, Recht zu berücksichtigen, dass von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform abweicht. Im Gegensatz zu Reichelt und Breuer gibt er meiner Arbeit mit dieser Akzentuierung auf, die empirisch unbestreitbare Nichtidentität des Rechts weiter auf ihre Wesentlichkeit hin zu befragen, um so vor allem ihre konsequente Auflösung durch Breuer hin zur

Identität zu überprüfen. Zunächst werden diese Anregungen im Folgenden in der Untersuchung der marxistischen Rechtstheorie von Norbert Reich aufgegriffen.

IV. Norbert Reich und der marxistische Strukturalismus in der Rechtskritik

Norbert Reich hat über viele Jahre die Rechtsentwicklung in der Sowjetunion verfolgt und dabei auch intensiv marxistische Rechtstheorie weiterzuentwickeln gesucht. In seinem Aufsatz „Marxistische Rechtstheorie“ (1973) hat er eine eigene Rechtstheorie entfaltet, auf die zusammen mit seiner Habilitationsschrift „Sozialismus und Zivilrecht“ (1972) im Folgenden eingegangen werden soll. Reich versucht sich, wie die Beiträge zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘ generell, an einer Ableitung der Rechtsform, die auch die Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts reflektiert. Wie Negt und Breuer will er sich von einer bloßen Ableitung des Rechts aus der Warenzirkulation und damit von einer Konzentration auf abstrakt liberale Erscheinungen des kapitalistischen Rechts und einer entsprechenden, wie er es nennt: „Zivilrechtstheorie“ distanzieren, wenngleich weniger drastisch und aus anderen Gründen als Negt und Breuer. Um dieses zentrale Anliegen seiner Beiträge zu verwirklichen, zieht er marxistischen Strukturalismus heran.¹⁸⁴

1. Reichs Kritik an Zivilrechtstheorie, Ökonomismus und ‚kritischer Theorie des Rechts‘ auf der Basis des marxistischen Strukturalismus

Reich stellt sich dem Problem der Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts, indem er das bereits in der Auseinandersetzung mit Balbus und Reichelt angesprochene Problem formuliert, eine Ableitung der Rechtsform aus der Warenzirkulation lege das Recht auf die Warenform – also die liberalen Erscheinungen – fest, obwohl vor allem im öffentlichen und Strafrecht diese Form kaum anzutreffen sei. In dieser Hinsicht erhebt er auch den ebenfalls schon in der Auseinandersetzung mit Balbus und Reichelt erörterten Vorwurf, eine solche Ableitung sei ahistorisch, da Warenzirkulation kein kapitalistisches Spezifikum sei. Er bündelt diese mutmaßlichen Probleme in „Sozialismus und Zivilrecht“ unter der Überschrift „Zivilrechtstheorie“, deren er in erster Linie Paschukanis’ Theorie bezichtigt. Von Nicos Poulantzas übernimmt er die ebenfalls gegen Paschukanis gerichtete Bezeichnung „Ökonomismus“, die bei ihm wie in dieser Arbeit auf das Festhalten an einem funktionalistischen Basis-Überbau-Schema und die Verengung des Rechts auf ökonomische Inhalte gemünzt ist (s. Einleitung). Die empirischen Befunde einer Abnahme oder gar eines Untergangs der autonomen Vermittlung im Recht, nicht-liberales Recht im Sinn einer historischen Rechtsentwicklung, wie sie Negt und Breuer zu erkennen meinen, tauchen bei Reich allerdings nicht auf. An der mehr oder weniger konsequenten Verabschiedung des vermittelnden Rechts durch Breuer und Negt beteiligt sich Reich ebenfalls nicht, ebenso wenig am strikten Festhalten an der Totalität dieses Rechts seitens Reichelts.

Zu Beginn seiner Studie „Marxistische Rechtstheorie“ (Reich 1973) benennt Reich die zentrale theoretische Basis für seine Kritik der „Zivilrechtstheorie“: den marxistischen Strukturalismus, speziell den von marxistischen Strukturalisten postulierten „Wissenschaftscharakter der marxistischen Rechtstheorie“ (Reich 1973: 8). Sein auf dem Strukturalismus basierender Ausgangspunkt für seine Kritik der „Zivilrechtstheorie“ ist der Versuch einer Neubestimmung des Verhältnisses von Basis und Überbau und damit verbunden von Form und Inhalt. Dieser Ausgangspunkt soll im Folgenden zunächst untersucht werden.

¹⁸⁴ Eine Zusammenfassung von Reichs Werken kann auch bei Andreas Harms nachgelesen werden (Harms 2000: 110ff.).

Reich erkennt bei Marx zwei Betrachtungsweisen des „Bereichs der ökonomischen Basis“:¹⁸⁵ einen „konkret-historischen Zugang“ und eine „politökonomische Strukturanalyse“ (a. a. O.: 10). Ersteres betreffe Eigentums- und Klassenverhältnisse, Letzteres die Warenform oder den Wertbegriff. Diese Zugänge ordnet Reich Inhalt und Form des Rechts zu: „Grob vereinfacht kann man daher sagen, dass die konkret-historische Analyse an den Produktions- als Eigentumsverhältnissen ansetzt und damit den Inhalt eines historisch gewachsenen Klassenrechts... meint, während die strukturell-politökonomische Analyse der Entfaltung der Warenform die Rechtsform... betrifft“ (a. a. O.: 11). In dieser „Zweigliedrigkeit“ der Analyse sieht er Ambivalenzen in Marx´ Rechtslehre begründet und Einseitigkeiten bei marxistischen Rechtstheoretikern, die sich auf die eine oder andere Seite geschlagen hätten. Bezogen auf Paschukanis und seinen sowjetischen Theoretikerkollegen Peteris Iwanowitsch Stutschka behauptet Reich, ersterer habe „ausschließlich den von der Warenform abhängigen Charakter der Rechtsform betrachtet... und damit das Recht auf das bürgerliche Recht reduziert.“ (a. a. O.: 12). In „Sozialismus und Zivilrecht“ schreibt er: „Der Prozeß der Verrechtlichung ist für Paschukanis ein Prozeß der Privatisierung und Atomisierung der menschlichen Verhältnisse, die aus ihren feudalen Bindungen in die Sphäre der Rechtssubjektivität und Vertragsform entlassen werden. Das Recht im eigentlichen Sinne gibt es nur in der bürgerlichen Gesellschaft.“ (Reich 1972: 200). Weil er so andere Arten von Recht – auch im Kapitalismus – und zugleich die Existenz von Warenzirkulation vor dem Kapitalismus verkenne, sei eine solche Theorie verengt und ahistorisch. Das ist also der Kern des Vorwurfs der „Zivilrechtstheorie“, der in dieser Arbeit hinsichtlich der Fixierung der Kritik auf abstrakte Liberalität im Zusammenhang mit sämtlichen behandelten ‚Crits‘ und Reichelt sowie hinsichtlich der Ahistorizität im Zusammenhang mit Balbus und Reichelt diskutiert worden ist.

Stutschka wiederum „unterläuft dabei der Mißgriff, das Recht als konkrete Form der Eigentumsverhältnisse der Basis zuzurechnen, damit also aus dem Überbau herauszubrechen.“ (Reich 1973: 12). Der Überbau, als dessen Teil Reich in seiner Marx-Interpretation das Recht versteht, sei „...ein komplexes, relativ selbständiges, institutionell-ideologisches, untereinander gestuftes und miteinander verflochtenes Gebilde, das sich über einer historisch-ökonomischen Basis von Produktionsverhältnissen erhebt.“ (a. a. O.: 14). Mit dieser Charakterisierung zielt Reich darauf ab, Recht nur im Überbau, getrennt, aber bestimmt von der Basis anzusiedeln. Er deutet eine „wesentlich kompliziertere Erkenntnis der verschiedenen Schichten des gesellschaftlichen Ganzen“ an (a. a. O.: 15). Diese Erkenntnis habe Paschukanis verfehlt, denn Reichs zweiter Vorwurf gegen ihn lautet, Paschukanis isoliere das Recht als Überbauphänomen von der bestimmenden ökonomischen Basis, halte also an einem weniger komplizierten Schema fest. Stutschka wiederum, der das Recht als System gesellschaftlicher Verhältnisse verstehe, das den Interessen der herrschenden Klasse entspreche, ordne es damit nicht wirklich dem Überbau zu. Letztlich ist die Frage nach dem Verhältnis von Basis und Überbau sowie nach der Verortung des Rechts in einer der beiden Sphären verbunden mit dem Problem des „Ökonomismus“. Bei Marx und Engels sehe es zum Teil so aus, als sei der Überbau ein bloßer Reflex der Basis. Das würde wiederum bedeuten, „[d]as Verhältnis von Ökonomik und Recht, von Basis und Überbau bliebe dann auf eine bloße Inhalt-Form-Dialektik beschränkt, wobei die Form zwar Eigenmerkmale aufweist und den Inhalt ‚organisiert‘, aber doch durch den Inhalt bestimmt wird.“ (a. a. O.: 22). Einerseits problematisiert Reich hier – wie auch in dieser Arbeit hinsichtlich der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ geschehen – ein funktionalistisches Basis-Überbau-Schema. Andererseits deutet sich an, dass er es auf andere Weise als hier vertreten tut, weil er von einem positivistischen Formbegriff ausgeht.

Den Ausweg aus den Problemen mit dem Verhältnis von Basis und Überbau, Form und Inhalt sowie mit der entsprechenden Verortung des Rechts sucht Reich statt in Rechtsformkritik in marxistischem Strukturalismus. Im Anschluss an Poulantzas will er das Recht als „Struktur des Überbaus“ verstehen, die „spezifisch eigenständig“ ist (a. a. O.: 21), nämlich ohne Bezug auf ein zentrales Subjekt – sei es Ökonomie oder Politik – und eigenen Gesetzmäßigkeiten folgend. Das heißt dann – Zitat Poulantzas – „daß in einer gegebenen Produktionsweise in letzter Instanz die ökonomische Basis die Schicht bestimmt, die die dominante Rolle innehat und damit eine

¹⁸⁵ Statt Marx zitiert er allerdings ausschließlich Althusser und Poulantzas.

dominierende Einheit konstituiert.” (a. a. O.: 21). Auf diese Weise sucht er also den Gedanken von der Komplexität des Überbaus sowie des Verhältnisses von Basis und Überbau Rechnung zu tragen. Ausnahmsweise gäbe es zudem Perioden, in denen der Überbau die Basis determinieren würde, so dass Aussagen über das Verhältnis von Basis und Überbau sowie die Verortung des Rechts immer nur historisch spezifisch möglich seien. Das trägt zwar wiederum der Komplexität sowie dem Gedanken von Politik als Basis Rechnung. Reich behandelt aber diese Komplexität letztlich als offenes „theoretisches Problem“.

Auf seine theoretische Basis, den „Wissenschaftscharakter der marxistischen Rechtstheorie“, kommt Reich in Kritik von ihm so genannter „kritischer Theorie des Rechts“ genauer zu sprechen. Diese kritisiert er anhand eines Beitrags von Wolf Paul (1972). Diese Theorie betrachte a) Recht vor allem im Hinblick auf seine Veränderbarkeit, sie kritisiere b) das bestehende Recht von einem humanistisch-anthropologischen Standpunkt aus, und fordere c) nicht die Überwindung des Rechts, sondern nur seine Verbesserung. „Materialistisch-kritische Theorie des Rechts” (a. a. O.: 27) hingegen untersuche Existenzbedingungen der Rechtsform überhaupt und sei daher im Prozess der Rechtsüberwindung erkenntnisleitend. Hier will er sich gegen c) durchaus auf Paschukanis stützen und somit ähnlich wie Balbus und Reichelt die Emanzipation mittels Recht ausschließen (a. a. O.: 38f.). Gegen b) wendet er im Sinn eines marxistischen Strukturalismus, aber auch im Sinn einer von Balbus, Reichelt, Breuer und zum Teil Negt vertretenen, kapitalistische Totalität reflektierenden Rechtstheorie ein, dass die Historisierung durch die materialistische Methode einen ahistorischen Emanzipationsstandpunkt verbiete. Ganz Strukturalist behauptet er zudem gegen a), dass der Gedanke der Veränderbarkeit, auch der Revolution, nicht im Mittelpunkt theoretischer Schriften stehen dürfe. „Strukturverändernde Praxis” soll dementsprechend als Objekt wissenschaftlicher Forschung ausgeschlossen werden. Die Begründung lautet: „Rechtstheorie kann aber nur als Wissenschaft konstituiert werden, wenn sie ihr Erkenntnisobjekt ‚Recht‘ bestimmt und Recht als ‚Recht‘, nicht als Mittel der Emanzipation oder als Relikt der Emanzipationsverhinderung ansieht. Erst dann wird sie zur genuin wissenschaftlichen Kritik des Objekts ‚Recht‘ als ‚theoretische Praxis‘.” (a. a. O.: 39).

2. Die Grenzen von Reichs Kritiken und seines Strukturalismus

In der Beurteilung von Reichs Theorie kann zunächst festgehalten werden, dass Reichs Vorwurf der Ahistorizität einer Ableitung der kapitalistischen Rechtsform aus der Warenzirkulation so nicht haltbar ist: Fasst man die Warenzirkulation wie Balbus und Reichelt, aber auch Paschukanis als empirisch sichtbar universalisierte, die das Entstehen der Ware Arbeitskraft und abstrakter Arbeit umfasst und die letztlich im Wesentlichen auf eine Formtotalität hinausläuft, so ist diese Zirkulation eben nicht ahistorisch, (un)bestimmt, sondern spezifisch kapitalistisch. Reich sitzt hier möglicherweise der Idee von einfacher Warenproduktion und -verteilung auf, die die Möglichkeit einer universalisierten Warenzirkulation ohne Kapitalprozess voraussetzt (Rakowitz 2000: 151ff.). Außerdem hat die Auseinandersetzung mit Reichelts Analogien zwischen Kapital- und Rechtsform gezeigt, dass die kapitalistische Rechtsform über den formfunktionellen Zusammenhang mit Warentausch formfunktionell für die Kapitalform sein muss, weil anders die Reproduktion der Rechtsform nicht erklärbar wäre, damit aber auch nicht die Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch. Gerade darauf geht Reich jedoch nicht ein. Allerdings ist ihm zuzustimmen, dass es terminologisch wenig sinnvoll ist, Recht weitgehend auf kapitalistisches Recht zu verengen, wie Paschukanis es tut (vgl. Anm. 106):

Des Weiteren ist das von Reich vermeintlich neu bestimmte Verhältnis von Basis und Überbau sowie sein Formbegriff zu bemängeln. Dafür, dass Reich die aus der Warenzirkulation abgeleitete Rechtsform auf ökonomische Inhalte beschränkt sieht, könnte sowohl seine letztlich doch die Ökonomie als Basis setzende ‚Neubestimmung‘ des Basis-Überbau-Verhältnisses als auch die entsprechende Tendenz zu einem Struktur- und Formbegriff mit ökonomistisch funktionalistischen Schlagseiten verantwortlich sein. Der in meiner Arbeit bisher entwickelte, die wesentliche

Bestimmtheit in der kapitalistischen Rechtsform erfassende Begriff des kapitalistischen Rechts vermeidet eine funktionalistische Ableitung des Rechts aus dem einzelnen Warentausch oder aus dem Einzelkapital. Er zielt auf eine empirisch-überempirische Formfunktionalität für das Kapital und damit auf eine Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch.

Bevor Reich aber vorschnell in die Ecke von ökonomistischem Funktionalismus gestellt wird, ist eine kurze Auseinandersetzung mit seiner diesbezüglichen Rezeption des marxistischen Strukturalismus notwendig: Althussers und Poulantzas', von Reich aufgegriffene Idee, kapitalistische Instanzen wie Recht seien nur „in letzter Instanz“ und strukturell durch die Ökonomie determiniert, könnte nämlich zunächst in Perspektive einer Formkritik interpretiert werden.¹⁸⁶ Insbesondere wenn man – wohl anders als Reich – den psychoanalytischen Hintergrund von Althussers Instanz-Begriff bedenkt, und zwar im Hinblick auf den Begriff des Unbewussten, schleicht sich so etwas wie eine wesentliche Bestimmtheit durch die „Struktur“ bzw. die Rechtsform ein.¹⁸⁷ Auf dieser Interpretationslinie würde Poulantzas' Begriff der „relativen Autonomie“ des Rechts als Teil des Überbaus auch die Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch von den Inhalten erfassen können (Poulantzas 1972 [1967]: 185).¹⁸⁸ Im Übrigen greift Poulantzas am Rand den Begriff „Form“ in einer Weise auf, dass er für die Historisierung gesellschaftlicher Elemente nutzbar gemacht werden kann (1968: 68). Entsprechend wendet sich Poulantzas, ähnlich meiner Kritik an handlungstheoretisch ideologiekritischen und ökonomistisch funktionalistischen Rechtskritiken, gegen „Voluntarismus“ und „Ökonomismus“ in der „marxistischen Rechtstheorie“ (Poulantzas 1972 [1967]: 181ff.). Doch dass Poulantzas und erst recht Reich den Form- und Strukturbegriff nicht eindeutig für eine Rechtsformkritik gebrauchen, zeigt sich daran, dass die Verbindung der einzelnen Schichten oder Instanzen, über metaphorische Annäherungen hinausgehend, nicht formbestimmt gefasst wird, sondern inhaltlich, so dass auch Poulantzas' Theorie auf positivistischen Funktionalismus hinauszulaufen droht (vgl. Buckel 2004: 39). Deutlich ist zudem Althussers und Poulantzas' Kritik an Marxisten, die von einer Wesen-Erscheinung-Dialektik des Kapitalismus auf der Basis „Hegelscher Theorie“ ausgehen (Poulantzas 1972 [1967]: 184; 1968: 60; Harms 2003: 138). Auch wenn sie in dieser Ablehnung nicht konsequent sind, können sie so keine überzeugende oder zumindest nicht konsequent eine überzeugende Lösung anbieten, wie sie dem Positivismus funktionalistisch systemtheoretischen bzw. strukturellen Determinismus entgehen können.¹⁸⁹ Im Übrigen bahnte sich Poulantzas durch seine spätere Abwendung von Althusser zwar deutlich einen Weg aus der strukturellen Determiniertheit des kapitalistischen Rechts, indem er beispielsweise im Anschluss an Antonio Gramsci und ähnlich Freeman die auf Klassenauseinandersetzung beruhenden Kräfteverhältnisse als Grund von verschiedenen konkreten Gestalten kapitalistischer Instanzen wie des Staats betont (vgl. Buckel 2004: 39f). Doch dieser Zugang verliert wiederum die Strukturen bzw. die Form aus den Augen.¹⁹⁰ Die kurze Auseinandersetzung mit Reichs Rezeption des marxistischen Strukturalismus von Althusser und Poulantzas kann also zeigen, wie Reich einerseits die Formkritik des kapitalistischen Rechts andeuten und andererseits doch auch zu ökonomistischen

¹⁸⁶ Diese Interpretation oder Weiterentwicklung hat vor allem Hirsch vorangetrieben (Hirsch 1995: 16ff.).

¹⁸⁷ Für Andrea Maihofer, die in dieser Tradition argumentiert, ist das Recht in der ökonomischen Basis verwurzelt, damit jedoch noch lange kein Bestandteil dieser Basis, so „wie sich wohl bei einem Baum oder einer Quelle schwerlich sagen lässt, sie seien Funktionselemente der Erde“ (Maihofer 1992: 152).

¹⁸⁸ In Abwandlung eines Wortes von Marx, wonach das Recht keine eigenständige Geschichte habe, schlussfolgert Maihofer, dass das Recht „zwar keine eigenständige, jedoch eine eigene, gegenüber anderen gesellschaftlichen Bereichen relativ autonome Geschichte“ habe (Maihofer 1992: 162).

¹⁸⁹ So kritisiert Poulantzas zu Recht die metaphysischen Züge voluntaristischer und ökonomistischer Marxisten, ohne aber ihre (und seine eigenen) positivistischen Züge zu erkennen (Poulantzas 1972: 184).

¹⁹⁰ Ähnlich oder – je nach Sichtweise – daran angelehnt, ist die Regulationstheorie, die verschiedene historische Formationen des Kapitalismus u. a. durch die Regulationsregime des Staats und seiner Institutionen, also durch so etwas wie staatliche Souveränität, erklärt. Die formkritische Weiterentwicklung auch der Regulationstheorie durch Hirsch – hinsichtlich Staatskritik – trifft sich wiederum, wie eingangs schon skizziert, in vielen Punkten mit meiner Formkritik, worauf hier aber nicht genauer eingegangen werden kann (Hirsch 1994).

Funktionalismus tendieren kann.

Deterministisch systemtheoretische Tendenzen bekommt dieser Funktionalismus auch, indem sich Reich auf den strukturalistischen Wissenschaftsbegriff beruft. Dieser beruht, wie in Reichs Rezeption gezeigt, auf der Erkenntnis einer Struktur-Totalität, also eines Systems, das Kritik als „objektive Wissenschaft“ bestimmt (vgl. Heinrich 2001 [1991]: 143, 153ff, 372ff.).¹⁹¹ Auf dieser Interpretationslinie entgeht Reich nicht nur Handlungstheorie, sondern auch dem bereits mehrfach in dieser Arbeit angesprochenen Problem, für Rechtskritik Maßstäbe anzulegen, die entweder in die Richtung von Affirmation oder gar von Gegenemanzipation weisen.¹⁹² Doch dieser positivistisch systemische Wissenschaftsbegriff lässt, konsequent zu Ende gedacht, Kritik im in der Einleitung eingeführten Sinn völlig hinter sich, da er jegliche Maßstäbe für eine „negative Bewertung“ verliert. Negation des Rechts im Sinn negatorischer Kritik wäre erst recht nicht möglich und damit die Frage nach der Möglichkeit der Negation des Rechts für Emanzipation negativ beantwortet.¹⁹³

Allerdings reagieren Reich und der Strukturalismus damit möglicherweise auf ein reales Problem,

¹⁹¹ Bezüglich der positivistischen Tendenz kann weitgehend auf das zum rechtssoziologischen und rechtsphilosophischen Positivismus Ausgeführte verwiesen werden (s. Anm. 10f.). Eine entsprechend positivistische Wissenschaft kann analytisch Gegensätze herausarbeiten – etwa zwischen liberaler und altruistisch-kollektivistischer Auslegung. Ihre Einheit und damit mögliche Widersprüche im Sinn Hegel-Marxscher Dialektik kann sie aber nicht erkennen. Erst recht nicht historisch bestimmte und reale Wesenheiten bzw. „reale Metaphysik“ (Krahl), die die Einheit herstellen. Solche Metaphysik, damit aber auch der entsprechende Widerspruchs-, Allgemeinheits- bzw. Totalitäts-, wie auch Herrschaftsbegriff wären der Wissenschaft irrational. In der Verteidigung materialistischer Formkritik gegen solche Wissenschaft kann man somit auch Hegels Kritik am Kantischen Verstandesbegriff heranziehen (überblicksweise: Burgio 1990: 711ff.). Zwar ist die genaue Entfaltung der Begriffe und nicht die Terminologie das Entscheidende: So hat etwa Hegel seine eigene Dialektik auch als „spekulative Wissenschaft“ bezeichnet und im Marxismus hat der Begriff verschiedene Bedeutungen erhalten. Aber mit den genannten Charakteristika deutet doch Einiges darauf hin, dass Reich zum positivistischen Wissenschaftsbegriff tendiert.

¹⁹² Eine andere Interpretation von Althusser bzw. dem von Reichelt rezipierten Wissenschaftsverständnis verortet jedoch Wissenschaft als „Prozess“ neben dem „Prozess“ der Gesellschaft, der den objektiven Blick von außen auf die Gesellschaft und das entsprechende Durchschauen von Ideologien durch Wissenschaft ermögliche (Bosch et al. 1986 [1979]: 127). Diese Interpretation korrespondiert damit, wie Reich die Objektivität der Wissenschaft hochhält und auf der klaren Trennung von Erkenntnis- und Realobjekt beharrt (Reich 1973: 20). Ein solches Wissenschaftsverständnis setzt voraus, dass keine überempirische Formtotalität und entsprechende reale Ideologie waltet, allerdings auch kein deterministisches System. Es ist vielmehr offen für handlungstheoretische Ideologiekritik. Das Wissenschaftsverständnis scheint mir allerdings in dieser Interpretation mehr eine Inkonsequenz als ein stimmiger Baustein der Theorie von Althusser zu sein, mit dem er sich einen Ausweg aus der ansonsten omnipräsenten Ideologie hätte bahnen können (vgl. überblicksweise Bosch et al. 1986 [1979]: 106ff.).

¹⁹³ Heinrich, der basierend auf marxistischem Strukturalismus und Marx-Exegese zurecht auch Rechtskritik im Namen bürgerlicher Ideale wie Gleichheit als affirmativ kritisiert (s. Anm. 124), hält trotzdem Kritik, und zwar „wissenschaftliche Kritik“ (Heinrich 2001: 383) für möglich: „Indem Marx die kategorialen Formen der bürgerlichen Ökonomie als Verkehrungen entschlüsselt, ist seine Darstellung zugleich Kritik eines in dieser Verkehrung befangenen Bewußtseins und einer auf diesem Bewußtsein beruhenden Wissenschaft.“ (a. a. O.: 381). Allerdings ist das ein entleerter und abstrakter Kritikbegriff, der auf Trennung und Gegenüberstellung hinausläuft, nicht aber auf „negative Bewertung“. Letztere führt Heinrich als „politische Kritik“ ein, die auf der „wissenschaftlichen Kritik“ aufbaue: „Es geht ihm [Marx] nicht um ‚Gerechtigkeit‘ oder um die Verletzung bestimmter Normen, sondern um die Konstatierung eines Sachverhalts: daß die kapitalistische Produktion elementare Lebensinteressen der Arbeiter und Arbeiterinnen verletzt... Wissenschaftlich will Marx zeigen, daß diese Verletzung der Lebensinteressen untrennbar mit dem kapitalistischen System verbunden ist. Und insofern bei der Arbeiterklasse die Einsicht in diesen Charakter des kapitalistischen Systems wächst, wird sie auch... zur politischen Aktion führen – so jedenfalls die optimistische Hoffnung von Marx.“ (a. a. O.: 384). Mit den „Lebensinteressen“ mag Heinrich einen Fingerzeig für die Lösung des Kritikproblems geben. Zunächst führt er mit ihnen jedoch nur einen anderen Maßstab der Kritik ein, der auf den ersten Blick genauso formunkritisch, mehr noch: ahistorisch handlungstheoretisch aussieht, wie die von ihm kritisierten affirmativen Gerechtigkeitsvorstellungen. Auf seinen Kritikbegriff wird in Teil D zurückzukommen sein (s. zum Interessenbegriff Anm. 39 und 74).

nämlich das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik. Wird dieses Problem zur wesentlichen Identität von Form und Inhalt, zu einer formbestimmten bzw. strukturell systemischen Determiniertheit aufgelöst, so existiert, wie herausgearbeitet, kein Anknüpfungspunkt für die Negation des Rechts. Das betrifft aber auch die theoretische Negation: Wenn die kapitalistische Totalität keinen über sie hinaus weisenden Funken Vernunft, kein, auf einer wesentlichen Differenz zwischen Form und Inhalt basierendes emanzipatorisches Potenzial bergen würde, so scheint es, wären ein Erfassen des Bestehenden sowie Maßstäbe einer Rechtskritik nur durch Leugnung dieser Totalität oder nur von Außen (un)möglich. Die Hinwendung zum Begriff der Kritik als Denunziation des Bestehenden auf der Grundlage bloß individueller Maßstäbe, also eine Art Existenzialismus, erscheint vor dem Hintergrund dieses Problems nicht völlig unplausibel.¹⁹⁴ Diese Art von Kritik würde allerdings wie Teile der ‚Critical Legal Studies‘ oder ahistorischer ‚Klassenrecht-Marxismus‘ an ein vom Kapitalismus Unberührtes anzuknüpfen suchen. Reich reflektiert diese Probleme nicht und kann dementsprechend seine objektive Wissenschaft ohne Anknüpfungspunkte im Bestehenden vertreten.¹⁹⁵

Schließlich gilt, dass der Aspekt von Reichs Kritik an einer „Zivilrechtstheorie“, der sich mit meiner Thematisierung der Abweichungen von abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform überschneidet, unausgeführt bleibt. Das hängt mit seinen theoretischen Ausgangspunkten zusammen: Soweit er nicht von einer wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der kapitalistischen Rechtsform ausgeht, reicht nämlich die bloße Feststellung der gegebenen Abweichungen; eine weitergehende Erörterung ist dann nicht nötig. Defizitär ist hier aber auch, dass er nur öffentliches Recht und Strafrecht, das heißt jene vermeintlichen Abweichungen, die sich grobenteils, wie gezeigt (s. B.II.7.), gerade als an die freiheitsunemphatisch verstandene Rechtsform gebunden zeigen. Man kann es auch so fassen, dass es wenig Sinn macht, diese abstrakte Liberalität als vor allem privatrechtlich zu verstehen, weil sie im Straf- und öffentlichen Recht genauso von Bedeutung sein kann, besonders deutlich etwa in gegen den Staat gerichteten Grundrechten oder Strafprozessrechten. Das gilt nicht nur für einen Begriff des gegenwärtigen kapitalistischen Rechts, sondern auch im Hinblick auf die Entstehung kapitalistischer Gesellschaft. Umfassende Abweichungen von der abstrakten Liberalität des kapitalistischen Rechts, insbesondere historische Entwicklungen, wie sie Breuer und Negt thematisiert haben, geraten ihm nicht ins Blickfeld, vor allem aber nicht unvermittelte Herrschaft und Identität, also vor allem Klassen- und staatliche Souveränität, volksstaatliche Herrschaft und Identität. Auch in dieser Hinsicht bleibt er hinter dem rezipierten marxistischen Strukturalismus zurück.¹⁹⁶

Insgesamt betrachtet, liefert Reich somit mehr eine miss- als geglückte Kritik von „Zivilrechtstheorie“ und Ökonomismus. Durch die Rezeption des marxistischen Strukturalismus bietet er zwar Anregungen für die Lösung des Form-Inhalt-Problems, aber der strukturalistisch systemische Determinismus, in dem er zu enden droht, ist von ihm nicht im Hinblick auf dieses Problem reflektiert und deshalb nicht überzeugend. Im Hinblick auf meine Ausgangsfragen stimmt Reichs Kritik an der von ihm so genannten „kritischen Theorie des Rechts“ zwar mit der in dieser Arbeit formulierten Kritik an handlungstheoretisch ideologiekritischem Marxismus überein.

¹⁹⁴ Folglich spricht Horkheimer von der „Kritischen Theorie als einem einzigen Existenzialurteil“ (Horkheimer 1988 [1937]: 201)

¹⁹⁵ Mehr um die Möglichkeit der Kritik zu postulieren, als sie zu begründen, spricht Backhaus – entgegen einem Standpunkt ‚von Außen‘ – angelehnt an Marx, Horkheimer und Alfred Schmidt von der Methode der „Darstellung“, die zugleich Kritik sei (Backhaus 2000: 22ff.; s. Anm. 75). Marx und die ‚Kritische Theorie‘ rekurren, wie bereits erwähnt (s. A.VI.3.) immer wieder auf Maßstäbe der Kritik im Bestehenden. Auf diese Art der immanenten Kritik wie auf den Existenzialismus wird in Teil D zurückzukommen sein.

¹⁹⁶ Die Vernachlässigung des Staats, insbesondere hinsichtlich eines Form-Determinismus, kritisiert Charles W. Grau hingegen generell an der strukturalistisch marxistischen Rechtskritik (1982). Dabei wendet er sich aber vorschnell gegen eine Rechtsformkritik und macht nicht Unvermitteltheit zum Problem. Im Übrigen übersieht er, dass vor allem Poulantzas sich immer wieder mit Staat, auch im Faschismus auseinandergesetzt hat (z. B. Poulantzas 1973 [1970]).

Allerdings kann er an dieser Stelle wegen seines Strukturalismus nicht erklären, wo er den Anknüpfungspunkt für Emanzipation verortet, kann also die Möglichkeit der Überwindung des Rechts nicht ausweisen. Letztlich läuft das darauf hinaus, dass ihm sogar unter der Hand die Möglichkeit zur Rechtskritik verloren geht. Das Schwanken zwischen Festhalten an der Perspektive der Negation des Rechts für Emanzipation und strukturellem bzw. systemischem Determinismus, zwischen Rechtsformkritik, die auf das kapitalistische Wesen, die herrschaftliche Vermittlung des Rechts zielt, und positivistischer Ablehnung einer Wesen-Erscheinung-Dialektik andererseits ist eine mögliche Konsequenz der Rezeption des marxistischen Strukturalismus, die von Reich gezogen wird. Die zentralen Probleme, nämlich das Form-Inhalt-Verhältnis im Recht sowie die Gleichzeitigkeit der Empirie von Autonomie und Funktionalität des kapitalistischen Rechts und von Abweichungen vom abstrakt Liberalen seiner Form kann weder Reich noch meine Auseinandersetzung mit seinem Strukturalismus lösen. Somit bleiben auch meine Ausgangsfragen weiter zu erörtern.

V. Tuschling und Preuß: Zwischen Rechtsformkritik und ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik

Auch in der Auseinandersetzung mit den Beiträgen von Burkhard Tuschling und Ulrich K. Preuss wird es somit um die Erörterung des Form-Inhalt-Problems materialistischer Rechtskritik, die in Teil A herausgearbeiteten Aufgaben und damit letztlich meine Ausgangsfragen gehen. Diese Beiträge sind deshalb bedeutsam für diese Erörterung, weil sie sich noch intensiver als Breuer mit den empirischen Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts auseinandersetzen. Es geht damit also nochmals um den zentralen Prüfstein der These von der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in dieser Form. Anders als Breuer enden diese Autoren aber nicht in der Systemkritik widerspruchsloser totaler Vermitteltheit / Unvermitteltheit, anders als Negt nicht in der Uneindeutigkeit zwischen Rechtsformkritik, Ideologie- und Systemkritik und anders als Reich nicht im Strukturalismus.

1. Totalität der Kapitalakkumulation und Widersprüche der Rechtsform bei Tuschling

Tuschling verfolgt mit seiner Monografie „Rechtsform und Produktionsverhältnisse“ (Tuschling 1976), wie gezeigt (s. Anm. 174 und 176), Negts Idee, die Ableitung der kapitalistischen Rechtsform müsse von vornherein von der kapitalistischen Produktion ausgehen und nicht allein von der Zirkulation, wie er von Paschukanis’ Rechtskritik behauptet. Mit der Betonung der Produktion in seiner Kritik bezieht sich Tuschling aber wie teilweise auch Negt vor allem auf den Warentausch innerhalb der Produktionssphäre, also auf den Tausch der Ware Arbeitskraft und somit nicht auf den Untergang von autonomer Vermittlung und Rechtssubjektivität überhaupt. Mit der Produktion will Tuschling, wie zum Teil auch Negt, vielmehr auf eine Realität des kapitalistischen Rechts hinaus, die eine mögliche Konsequenz von kapitalistischer Vermittlung, nämlich auch Widersprüche – und damit möglicherweise eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts – umfasst.

Das, was Tuschling als „Grundwiderspruch des Rechts“ ausmacht, klingt jedoch zunächst ähnlich dem Widerspruch, dessen ahistorische Seiten in dieser Arbeit schon mehrfach kritisiert worden sind: „Das Recht kennt nur Freiheit, Gleichheit und Privateigentum an Produktionsmitteln überhaupt und reguliert dennoch bzw. eben deswegen Unfreiheit, Ungleichheit und Privateigentum an Produktionsmitteln, d. h. nicht auf Äquivalententausch beruhende Aneignung bzw. auf eigener Arbeit beruhendes Eigentum“ (a. a. O.: 53). Damit könnte Tuschling also die Idee nahe legen, dass sich hinter dem Schein des gleichen Rechts die Realität der Ungleichheit verberge. Das Recht würde folglich zu einem Verschleierungsinstrument der herrschenden Klasse, was in

‚emanzipatorischer‘ Hinsicht auf eine Verwirklichung des Rechts der Gleichheit im Namen der beherrschten Klasse wie des Konkreten überhaupt drängt: handlungstheoretische Ideologiekritik und Wesensphilosophie. Wie bereits festgestellt wurde, kann an der Charakterisierung als Schein festgehalten werden, solange man die wesentliche Nichtidentität der Inhalte und von Form und Inhalt annimmt. Angesichts der kapitalistischen Formtotalität und der entsprechenden realen Wesenhaftigkeit der kapitalistischen Rechtsform müsste dieser Schein aber zumindest auch als realer und damit die Formbestimmtheit der Produktion wie auch die Formbestimmtheit der suggerierten Perspektive realer Gleichheit erkannt werden. Tuschling reflektiert auch genau diese Konsequenzen der Formtotalität deutlich: „Die Abstraktion des Rechts von seinem Klasseninhalt ist... nicht allein ideologischer Schein, sondern auch reale Funktionsbedingung dieses spezifischen Systems der Vergesellschaftung.“ (a. a. O.: 51). Und eine Handlungstheorie des Rechts verbiete sich wegen kapitalistischer Formbestimmtheit: „...Staat, Gesellschaft und Recht sind in der Tat, d. h. in der gesellschaftlichen Realität, Ergebnis subjektiv zweckmäßiger und gewollter Handlungen. Aber sie sind... als solche objektive, nicht gewusste und nicht gewollte Resultate des subjektiven Handelns, Resultate, die aus der bestimmten Art und Form des Zusammenlebens der Individuen zum Zwecke ihrer materiellen Reproduktion notwendigerweise folgen.“ (a. a. O.: 60). Interesse und Ideologie als Grund des Rechts im Paradigma von Unger und Kennedy werden hier nochmals deutlich wegen ihrer Formbestimmtheit ihres bestimmenden Charakters beraubt.

Damit ist man zugleich bei Tuschlings Totalitätsbegriff angelangt: „...Objektives Ergebnis der Handlungen aller einzelnen Produktionsagenten ist also: in Verfolgung ihrer individuell-subjektiven Zwecke erzeugen sie in der gesellschaftlichen Produktion ein Gesamtergebnis als Totalität von in sich widersprüchlichen und einander widersprechenden Einzelprozessen, die eigene Struktur- und Bewegungsgesetze hat, die ihrerseits – ob subjektiv gewusst oder nicht – der subjektiv-individuellen Manipulation und Veränderung entzogen sind. Damit nimmt diese Totalität Subjektcharakter an, reguliert die Handlungen der wirklichen Subjekte..., macht diese damit zu bloßen Momenten und Objekten der Bewegung selbst, obwohl dieses hypostasierte Subjekt, Kapital, doch nichts ist als die Form der Vergesellschaftung dieser Individuen“ (a. a. O.: 66). Weiter heißt es: „[J]ede Handlung der kapitalistischen vergesellschafteten Individuen, ihre Stellung im System der gesellschaftlichen Produktion, ihre subjektiven Zwecke und der Ort der Handlung mögen sein, welche sie wollen..., hat die Kapitalakkumulation überhaupt objektiv zum allgemeinen Zweck; d. h. jede Handlung ist innerhalb dieses Systems der Vergesellschaftung ein Beitrag zur Verwirklichung dieses Zwecks.“ (a. a. O.: 68).

In Tuschlings Theorie bleibt also zunächst weder Raum für eine unberührte produktive Arbeit noch für eine per se emanzipatorische Arbeiterklasse. Gleichheit und Freiheit sind bei ihm Erscheinung und realer Schein der kapitalistischen Form, so dass keine Emanzipation durch ihre Verwirklichung möglich ist. Er spricht deutlich aus, dass das Recht und der ihm unterworfenen Staat durch und durch kapitalistisch bestimmt seien: „[D]ieses Subjekt des Formalrechts [der Staat] ist nur die Form, die das Kapital als Subjekt der Herrschaft der Vergegenständlichungsbedingungen der Arbeitskraft über Produzenten und Nichtproduzenten annimmt, ebenso wie die Totalität des Rechtssystems Form der Totalität kapitalistischer Produktions- und Klassenverhältnisse ist.“ (a. a. O.: 48). Damit tendiert er aber auch zu systemischer Geschlossenheit, die mit einem Determinismus die Möglichkeit der emanzipatorischen Negation von Recht in Frage stellen würde.

Um diese Konsequenz zu umgehen, kommt auch Tuschling nicht ganz um Uneindeutigkeiten herum. Die bisherige Untersuchung seines Textes hat demonstriert, dass er die Bestimmtheit alles Inhaltlichen in der kapitalistischen Rechtsform als Teil einer Formtotalität betont. Doch wie sich schon in seinem „Grundwiderspruch“ zwischen realer Ungleichheit und Gleichheit der Form gezeigt hat, isoliert er nichtsdestotrotz teilweise die rechtlichen Inhalte aus der Form. Auf dieser Linie seiner Argumentation behauptet er, die Klasseninhalte würden nicht völlig in den kapitalistischen Formen aufgehen, „denn der Lohnarbeiter ist nur formell bourgeois und Privateigentümer; seine egoistische Dispositionsfreiheit bezieht sich allein auf die Wahl, bei welchem Kapitalisten er arbeiten und gegen welche Waren seinen Lohn eintauschen will; und sein Privateigentum ist eben nichts als die Form, die seine Arbeitskraft bzw. ihr Äquivalent unter

kapitalistischen Bedingungen notwendigerweise annimmt – vom materiellen Privateigentum an Produktivvermögen der Produktionsmittel ist er ausgeschlossen... Aus denselben Gründen ist der Lohnarbeiter auch nur formell citoyen: denn sein auf Privateigentum und Kapital als allgemeine Zwecke der Vergesellschaftung bezogener Wille und Interesse kann nur auf die Erhaltung dieser Formen als Bedingungen seiner individuellen Reproduktion als Lohnarbeiter bezogen sein; inhaltlich können beide nicht zu seinem subjektiv gewussten und gewollten Zweck werden.“ (a. a. O.: 91f.). Hier zeigt sich, dass auch Tuschling einen von Negt und Breuers Frühkapitalismus-Verständnis bekannten Gegensatz von der Realität des Zwangs in der Produktion einerseits und scheinhafter Freiheit der rechtlichen Form andererseits nicht ganz vermeiden kann. Er arbeitet zwar deutlicher als Negt und Reich die Realität kapitalistischer Formtotalität heraus, die den Interessen und Ideologien zugunsten der Kapitalform die Bedeutung sowie dem Recht die Funktion eines bloßen Schleiers nimmt.¹⁹⁷ Doch dass er die Inhalte trotzdem nicht nur als Öl im Getriebe der kapitalistischen Formen verstanden wissen will, also vor allem an einem Klassenwiderspruch anstelle eines bloßen Klassengegensatzes festhält, ist nicht zu übersehen. Wie schon bei Negt zeigt diese Uneindeutigkeit auch in Tuschlings Monografie die Mühen um ein Festhalten an einer wesentlichen Nichtidentität von Form und Inhalt des Rechts, die also mehr als die Bedingung der Form der Identität wäre. Es bewahrheitet sich wieder, dass das Festhalten an dieser Nichtidentität auch eine Unterscheidung zwischen abstrakten und konkreten Erscheinungen erfordert, obwohl man sich auf diese Weise zugleich der Gefahr von Ahistorizität oder gar Wesensphilosophie aussetzt.

Implizit von dieser Nichtidentität ausgehend, kann Tuschling Widersprüche oder Widerspruchs- und indeterminiert subjektives Potenzial entdecken: „In dieser Form – des Widerspruchs eines jeden Individuums als Privateigentümer mit sich selbst; oder des Subjekts als Träger eines besonderen Willens... und als Träger eines allgemeinen Willens... oder kurz: als Widerspruch zwischen citoyen und homme – ist der Widerspruch in die Theorien der Klassiker des Rechtsstaats und in die Praxis der Rechtsordnung kapitalistischer Gesellschaften eingegangen.“ (a. a. O.: 72). Außerdem spricht er von den „Widersprüchen von Subjektivität und Objektivität“ (a. a. O.: 73) und vom „Widerspruch von allgemeiner Form und besonderem Inhalt“ (a. a. O.: 76). Hierbei handelt es sich also um die Widersprüche oder Widerspruchspotenziale, die diese Arbeit seit Kennedy begleiten – wobei Tuschling sie im Unterschied zu den ‚Critical Legal Studies‘ in die Kritik kapitalistischer Totalität einbettet. Tuschling betont hier die bisher in dieser Arbeit noch nicht deutlich herausgearbeitete Erkenntnis, dass die zugrunde liegende Nichtidentität der Form quer durch die Subjekte gehen soll. Zudem ist es die bisher deutlichste gleichzeitige Reflexion von Kapital-Totalität, von der das Recht bestimmt ist, und ihrer Widersprüchlichkeit.

Auf diesem Verständnis vom kapitalistischen Recht als Teil einer widersprüchlichen Totalität basiert Tuschlings Charakterisierung der Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform. Tuschling geht auf unvermittelte staatliche Maßnahmen ein, die er mit dem Begriff des „nicht-reflexiven Charakters des Rechts“ als kapitalistisch einzuordnen sucht: „Der Grund für diesen nicht-reflexiven Charakter des Rechts; d. h. dafür daß das Verhältnis zwischen dem System der formalen als wechselseitig frei und gleich geschützten Beziehungen der Individuen zueinander einerseits und der besonderen Organisation ihrer formalen Allgemeinheit andererseits nicht nochmals nach dem Rechtsprinzip, also als Verhältnis wechselseitiger Freiheit und Gleichheit zwischen den Individuen und dem Staat konstruiert werden kann, sondern als Verhältnis unbedingter Unterordnung der Individuen als Gesellschaft unter diesen Staat als Garantiemacht ihrer Vergesellschaftung, also als nicht-rechtliches Verhältnis einseitiger Gewaltausübung des Staats über die Individuen organisiert werden muß; d. h. also schließlich, dafür, daß sich der Staat kraft dieses Zwangsmonopols vorübergehend von allen Individuen lösen, dem Formalsystem rechtlich geschützter Zwecke und darüber vermittelt auch dem durch die

¹⁹⁷ Folglich charakterisiert Harms Tuschling – anders als Negt – nicht als Vertreter eines „orthodoxen Marxismus“, obwohl er Tuschling in einem Kapitel mit Negt behandelt. Allerdings stellt er genauso wenig wie im Zusammenhang mit Negt die Seiten der Theorie heraus, die einem ahistorischen und handlungstheoretischen Marxismus widersprechen.

kapitalistische Produktionsweise gesetzten System materieller Zwecke zuwiderhandeln kann, obwohl er doch nichts anderes ist als die allgemeine Form der Gesamtheit der Individuen und ihres Systems formaler und materieller Zwecke, an die er selbst formal (durch das Recht) und materiell (durch seine Abhängigkeit von der Kapitalakkumulation als seinen Grund und Zweck) gebunden bleibt; ist... der Mechanismus dieser Form der Vergesellschaftung durch die Produktion selbst, die als allgemeine Struktur der gesellschaftlichen Beziehungen den Widerspruch zwischen allgemeiner Form und besonderem Inhalt auch in der bestimmten Beziehung auf das Verhältnis von Staat und Gesellschaft setzt und reproduziert.“ (a. a. O.: 82). Die Maßnahmen bzw. die empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform, die für Breuer und Negt auf ein Untergehen von Vermittlung durch Abstraktion, der Rechtsform, deuten, sind für Tuschling notwendig mit der kapitalistischen Rechtsform gesetzt. Unvermittelte staatliche Gewalt als eine ihrer extremen Arten geht in seiner Sicht aus einem Widerspruch zwischen Konkretem und Abstraktem, Allgemeinem und Besonderem, Form und Inhalt des Rechts hervor. Dieser Widerspruch setzt sich in Tuschlings Theorie, wie schon in Auseinandersetzung mit insbesondere Mensch angedeutet, als Widerspruch zwischen besonderer Herrschaft und Gewalt des Staates einerseits und deren Vermittlung in den kapitalistischen Formen, insbesondere der Rechtsform, andererseits fort. Anders als bei den ‚Critical Legal Studies‘ will er Form und Inhalt nichtsdestotrotz als wesentlich bestimmt durch die kapitalistische Totalität verstanden wissen. Das macht die Widersprüchlichkeit überhaupt erst möglich, weil das Gemeinsame der Widerspruchspole gegeben ist (s. Anm. 33). Andererseits gelangt man so wieder in die Gefahr einer Form-Inhalt-Identität systemischer Geschlossenheit, die Widersprüche verunmöglicht.

Auch Tuschling wirft so das Problem auf, wie angesichts der Formtotalität bzw. des Systems an Widersprüchen und indeterminierter Subjektivität festgehalten werden kann. Wie in allen bisher behandelten Beiträgen zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘, besonders aber in Breuers paradoxer formbestimmter Unvermitteltheit, ist auch er vor einem einseitigen Bezug auf den positivistischen Formbegriff nicht gefeit. Indem er das „formelle Recht“, letztlich jeden gesellschaftlichen Gegenstand zweckhaft auf die Kapitalakkumulation bezieht, könnte auch er von der Kritik empirisch-überempirischer Formtotalität und damit der Formfunktionalität des kapitalistischen Rechts zu einer Kritik ökonomistisch funktionalistischer Systembestimmtheit übergehen. Die Formfunktionalität würde bedeuten, dass Recht nur insofern auf die Kapitalakkumulation bezogen ist, als die Funktionalität seiner Form für das Kapital, vor allem als Voraussetzung liberaler Mindeststandards, rechtliche Existenzbedingung ist. Aber als Totalität gedacht, tendieren die Formbestimmtheit und die Formfunktionalität tatsächlich dazu, wie von Breuer vorgeführt, Form und Inhalt zu verschmelzen. Dann wäre es nur folgerichtig, dass Tuschling das Recht zweckhaft der Kapitalakkumulation unterordnet.

Einen Höhepunkt erreicht dieser Funktionalismus bei Tuschling, wenn er am Ende seiner Abhandlung auf eine rechtliche Entwicklung hin zum „Spätkapitalismus“ eingeht, die sich mit einem Teil der empirischen Befunde Breuers und Negts vom hoch- bzw. spätkapitalistischen Recht überschneidet. Ihm geht es um Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform durch vermehrte Staatstätigkeit in der Ökonomie, und zwar in einem Wechselspiel aus langfristiger, systematischer, geplanter Tätigkeit und kurzfristigen Eingriffen. Anknüpfend an das soeben Ausgeführte, heißt es zur Erklärung: „das Kapital als Gesamtheit des gesellschaftlichen Entwicklungsprozesses zwingt dem Staat die Funktion eines Subjekts gesellschaftlicher Kontrolle auf und zerstört ebenso notwendig die Voraussetzungen wie die etwaigen Resultate solcher Kontrolltätigkeit; der Staat bleibt Objekt dieser Bewegung wie die an ihr beteiligten Klassen und Individuen auch.“ (a. a. O.: 115f.). (Rechtliche) Vermittlung taucht an dieser Stelle nicht mehr auf, und Tuschling scheint endgültig in die Nähe von Breuers Vorstellung unvermittelter Identität von Recht und Kapital zu rücken, die er funktionalistisch auf die kapitalistische Produktion zurückführt. Doch Tuschling setzt fort: „Es ist also der alte Widerspruch, nur in neuen, noch eklatanteren Erscheinungsformen. Aber man schafft ihn weder theoretisch noch praktisch dadurch aus der Welt, daß man die Subjektfunktion des Staates leugnet, nur weil es eine widersprüchliche und nicht von den vergesellschafteten Individuen selbst ausgeübte Kontrolle über ihren Vergesellschaftungsprozeß ist.“ (a. a. O.: 116). Hier soll staatliche Herrschaft wie bei Breuer

der Kapitalakkumulation in einer Weise unterworfen sein, dass es sich gerade nicht um vermittelte oder unvermittelte staatliche, sondern Kapital-Herrschaft handeln würde. Somit stellt es sich hinsichtlich Tuschlings Analyse des spätkapitalistischen Rechts so dar, dass er zugunsten einer Erklärung staatlicher Souveränität die kapitalistische Formtotalität und entsprechend die herrschaftlich übergreifende Vermittlung der Rechtsform negiert, um diese Souveränität doch dem Zweck der Kapitalakkumulation unterzuordnen. Das Problematische ist dabei nicht nur, wie in Auseinandersetzung mit Breuer kritisiert, dass damit staatliche Willkür rationalisiert wird, sondern auch, dass der Begriff des Kapitalismus und des kapitalistischen Rechts umgedeutet, nämlich des Kriteriums der Vermitteltheit beraubt wird. Auf diese Weise wird der Gefahr gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit nicht ins Auge geblickt und werden die emanzipatorischen Potenziale in der Rechtsform übersehen.

Am Ende bleibt also festzuhalten, dass Tuschling in seiner Uneindeutigkeit trotz seiner Tendenzen zu einer deterministischen Systemkritik auf eine mehr als oberflächliche Bedeutung der Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform hinaus will. Auf dieser Linie der Argumentation geht er von Widersprüchen in der kapitalistischen Rechtsform und von der Möglichkeit indeterminierter Subjektivität aus. Er vertieft dabei die Analyse des Zusammenhangs zwischen der wesentlichen Form des kapitalistischen Rechts und den in Widersprüchlichkeit mündenden Abweichungen von der kapitalistischen Rechtsform, nämlich vor allem im Hinblick auf die rechtsförmige Subjektconstitution. Aber er löst letztlich die gleichzeitigen Befunde von Autonomie und Funktionalität des Rechts einseitig zugunsten der Funktionalität auf und erörtert die Fragen zur Negation des Rechts nicht ausreichend. Er läuft so Gefahr, entgegen der eigenen Absicht affirmativ zu bleiben. Die letzte Konsequenz seiner ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik ist nämlich ein Determinismus wie bei Breuer.

2. Totalität der Kapitalakkumulation und konkrete staatliche Maßnahmen bei Preuß

Den Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform wendet sich Ulrich K. Preuß in seinem Aufsatz „Gesellschaftliche Bedingungen der Legalität“ (Preuß 1973) noch intensiver als Tuschling zu. Preuß ist zwar, wie im Abschnitt über Breuer gezeigt wurde, in einigen Aufsätzen wie auch in seiner Monografie „Die Internalisierung des Subjekts“ (Preuß 1979) in die Nähe von Breuers Theorie geraten. In dem hier zur Diskussion stehenden Aufsatz diagnostiziert er aber gerade anders als Breuer und ähnlich Tuschling keinen Untergang rechtsförmiger Vermittlung. Nichtsdestotrotz will sich Preuß von „liberaler Verfassungstheorie“ lösen, kritisiert somit implizit Fixierungen auf liberales Recht bzw. abstrakt liberale Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform. Ob es ihm auf diese Weise gelingt, die ökonomistisch funktionalistischen oder handlungstheoretisch ideologiekritischen Tendenzen der bisher behandelten Autoren der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ zu vermeiden, wird im Zusammenhang mit der Kritik von Thomas Blanke an seinen Arbeiten zu ermitteln sein.

Preuß thematisiert die empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform – bei ihm das „allgemeine Gesetz“ – im Hinblick auf „konkrete Maßnahmen“ des Staats, also im Hinblick auf, zumindest oberflächlich betrachtet, nicht abstraktiv vermittelte staatliche Herrschaft. Laut Preuß ist das kapitalistische Recht von vornherein durch die notwendige „dialektische Einheit“ von „allgemeinem Gesetz“ und „konkreter Maßnahme“ gekennzeichnet (Preuß 1973: 42). Die Beschränkung staatlicher Gewaltausübung ausschließlich auf die Herrschaftsform des allgemeinen Gesetzes sei nämlich nur auf der Basis des Modells sich tauschvermittelt reproduzierender, aber zugleich nichtantagonistischer Produktionsverhältnisse denkbar: im harmonischen Modell der einfachen Warenproduktion, in dem Arbeit und Eigentum, wertsetzende Tätigkeit und konkrete Bedürfnisbefriedigung zusammenfallen. Da die Akkumulation des Kapitals infolge der Einheit des kapitalistischen Produktionsprozesses als Arbeits- und Verwertungsprozess gerade eine Identität von gesellschaftlicher Produktion einerseits und

individueller Interessenbefriedigung sowie gesellschaftlicher Anforderungserfüllung andererseits nicht herstelle, könne staatliche Gewaltausübung nicht allein in der Form des allgemeinen Gesetzes erfolgen. Diese beziehe sich nämlich ausschließlich auf die wertabstraktive Seite des Reproduktionsprozesses, „dessen notwendiges dialektisches Widerspruchsmoment die regellose Maßnahme ist.“ (a. a. O.: 71). Hier will Preuß also wie zuvor schon einige andere Autoren der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ die Rolle der Produktion, genauer ihrer Widersprüchlichkeit für das Recht betonen. Bei der Widersprüchlichkeit geht es ihm um den Gegensatz zwischen „wertabstraktiver“ Seite und der Seite konkreter „individueller Interessenbefriedigung und gesellschaftlicher Anforderungserfüllung“. Die konkreten Maßnahmen können in dieser Argumentation also nicht zum allgemeinen Gesetz abstrahiert werden, weil die allgemeinen Gesetze nicht ausreichen, um die konkreten Interessen und Anforderungen zu erfüllen. Sie sind somit aber auch Reaktionen auf Brüche der rechtlichen Allgemeinheit – im kleinen Maßstab etwa als Privatisierung eines staatlichen Unternehmens, im großen Maßstab zur Verhinderung und Steuerung von Krisen und zur Unterdrückung von Klassenkämpfen. „Es liegt daher nicht lediglich eine Ausnahme von der Regel einer durch allgemeine Gesetze gelenkten staatlichen Gewalt vor, wenn man feststellt, daß in Deutschland das allgemeine Gesetz niemals die vorherrschende Form war, in der staatliche Gewalt funktionierte; vielmehr gewährleisteten dauerhaft konkrete situationsgebundene und zweckgerichtete staatliche Aktionen überhaupt erst die Bedingungen, unter denen der Arbeitsprozeß als Verwertungsprozeß von Kapital aufrechterhalten werden kann und unter denen das Individuum als Rechtssubjekt dergestalt aller konkreten und individuellen Eigenschaften entkleidet werden kann, daß die Garantie dieses gesellschaftlichen Verhältnisses die Form des allgemeinen Gesetzes anzunehmen vermag.“ (a. a. O.: 63).

Im Zusammenhang dieser Arbeit betrachtet, besticht Preuß’ Argumentation dadurch, dass sie die empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform ins Zentrum rückt, ohne dabei die abstrakten Erscheinungen aus dem Blickfeld zu verlieren oder gar von einem Untergang der Vermittlung durch Abstraktion zu sprechen. Preuß analysiert also die Differenz zwischen Form und Inhalt im Recht, seine Nichtidentität, genau. Allerdings bezieht er sich allein auf die Erscheinungsebene. Im Wesentlichen geht er meines Erachtens von einer totalen Subsumtion unter das Kapital, von einer formbestimmten Identität aus. Diese Interpretation teilt auch Blanke, der schreibt, dass Preuß davon ausgehe, dass die „in der kapitalistischen Produktionsweise... entwickelte Wertabstraktion sich sämtliche konkreten Arbeits- und Lebensprozesse subsumiert hat“ (Blanke 1975: 445). Preuß bindet die konkreten Maßnahmen zudem explizit an „kapitalistische Herrschaft“ (Preuß 1973: 77ff.). Deshalb erstaunt Blankes Vorwurf, der in ähnlicher Art an die ‚Critical Legal Studies‘ und zum Teil an Autoren der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ gerichtet worden ist: Preuß verlege die konkreten Maßnahmen in ein Unberührtes der kapitalistischen Formen, vor allem der Kapitalform, nämlich in die Sphäre der Bedürfnisse (Blanke 1975: 446f.).

Das Problem von Preuß’ Beitrag ist meines Erachtens vielmehr, dass er die Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform von der spezifischen Qualität ihrer Inhalte, damit gerade auch von der Ökonomie, nicht in seine Analyse einbezieht und daher zu einem ökonomistischen Funktionalismus tendiert. Sein Defizit ist aber vor allem, dass er sich nicht mit der Frage beschäftigt, ob die Gegensätze zwischen „allgemeinem Gesetz“ und „konkreten Maßnahmen“ auch auf Widersprüche verweisen, also auf eine mehr als unwesentliche, oberflächliche Nichtidentität. Umgekehrt untersucht er nicht, inwieweit die „konkreten Maßnahmen“ letztlich an die kapitalistische Formtotalität und damit an die kapitalistische Rechtsform gebunden bleiben. Die Fragen nach dem Form-Inhalt-Verhältnis erörtert er somit zu sehr auf der empirischen Ebene, auf der Ebene abstrakter und konkreter Erscheinungen, als dass er die Fragen zur Negation des Rechts überzeugend beantworten könnte. Blankes ‚Lösung‘, die schon in der Auseinandersetzung mit Breuers Theorie angesprochen worden ist, führt aber erst recht zu Problemen: Er konstatiert wie Breuer und annähernd auch Negt einen völligen Untergang von Rechtsstaatlichkeit im Sinn einer Vermittlerrolle und der Allgemeinheit des Gesetzes und will diesen, ebenfalls wie Breuer und Negt, auf die vollendete Herrschaft des Kapitals über das Recht zurückführen. Gleichzeitig will er aber wie Negt an der Widersprüchlichkeit dieser gesellschaftlichen Konstellation festhalten. Damit

verwickelt sich Blanke im Hinblick auf seine empirischen Befunde und auf die formbestimmte Unvermitteltheit in die gleichen Probleme wie Breuer, hinsichtlich des Postulats der Widersprüchlichkeit in die gleichen wie Negt.

Für beide Beiträge wie auch für Tuschlings gilt deshalb, dass es ihr Verdienst ist, die empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform ins Zentrum der Analyse gerückt zu haben, ohne dabei die abstrakten Erscheinungen und letztlich die kapitalistische Totalität aus dem Blick verloren zu haben. Dadurch können Tuschling und vor allem Preuß überzeugend zeigen, wie zum kapitalistischen Recht Abweichungen von seinen abstrakt liberalen Erscheinungen konstitutiv gehören. Breuers und Negts Idee von einem bloßen Untergang der autonomen Vermittlung im Recht offenbaren sich auf diese Weise als wenig überzeugend. Doch gemein ist ihnen das Problem, dass ihnen diese Totalität in ein ökonomistisch funktionalistisches System zu münden droht. Selbst im Blick auf die kapitalistische Rechtsform als wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts, Formtotalität und Formfunktionalität, den Tuschling deutlich bewahrt, gelingt eine überzeugende Antwort auf die Frage nach dem Form-Inhalt-Verhältnis im Recht und die Fragen zur Negation des Rechts nicht.¹⁹⁸

VI. Fazit

Wichtige geteilte Prämisse der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ im Unterschied zu den ‚Critical Legal Studies‘ ist zum einen die Konzentration auf (*politische*) *Ökonomie*, und zwar als Ausgangspunkt einer Ableitung des kapitalistischen Rechts. Alle Beiträge vertreten deshalb mehr oder weniger konsequent eine *kapitalistische Bestimmtheit* des kapitalistischen Rechts und erarbeiten einen Begriff kapitalistischer Totalität bzw. *kapitalistischen Systems*. Dabei gehen auch alle Autoren auf die Begriffe der Waren-, Wert- oder Kapitalform einerseits und der Rechtsform andererseits ein. Obwohl oder gerade weil die Formbestimmtheit weitgehend erörtert wird, thematisieren die Beiträge zudem überwiegend empirische *Abweichungen von abstrakter Liberalität* der kapitalistischen Rechtsform. Das geschieht im Hinblick auf verschiedene Rechtsgebiete und vor allem im Hinblick auf historische Entwicklungen. Auf diese Weise wird der Begriff des kapitalistischen Rechts sowie entsprechend partieller wie umfassender unvermittelter Rechtlosigkeit, die von der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der Rechtsform ausgehen, im Gegensatz zu den ‚Critical Legal Studies‘ einer empirischen Prüfung unterzogen. Vor allem führt diese Empirie entgegen dem Ruf der Rechts- und Staatsableitungen

¹⁹⁸ Im Zusammenhang mit den Rechtskritiken von Tuschling und Preuß sind meines Erachtens jene von Blanke et al. in ihrer Abhandlung zum „Verhältnis von Politik und Ökonomie als Ansatzpunkt einer materialistischen Analyse des bürgerlichen Staates“ (Blanke et al. 1975 [1974]) und in Josef Essers Monografie „Einführung in die materialistische Staatsanalyse“ (Esser 1975) zu nennen. Beide konzentrieren sich aber auf den Staat und fügen keine wesentlichen neuen Erkenntnisse zu den behandelten Beiträgen der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ hinzu, so dass ich sie nicht ausführlicher behandle. Wenngleich Blanke et al. anders als Tuschling Paschukanis nicht kritisieren, sondern rezipieren und sich so nicht auf die problematische Ableitung des Rechts aus der Produktion einlassen, treffen sich ihre Rechtsformkritik und die Widersprüche, die sie annehmen, vor allem mit Tuschlings Beitrag. Im Übrigen geraten sie ebenfalls in das Fahrwasser ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik. Andererseits verwenden sie teilweise einen positivistisch dualistischen Formbegriff, der wie in der handlungstheoretischen Ideologiekritik die Form nicht als wesentliche Vermittlung erfasst. So hat Breuer Blanke et al. in die Riege der Marxisten eingereiht, die vom Abstreifen der „Schale“ der rechtlichen Form zur Freilegung des proletarischen „Kerns“ ausgehen würden, der sich eine neue, vermeintlich emanzipatorische rechtliche „Schale“ wähle (Breuer 1985 [1977]: 44ff.). Ähnlich wirft ihnen Tuschling eine mangelhafte Reflexion kapitalistischer Totalität vor (Tuschling 1976: 135). Auf diese Weise zeigen sich aber meines Erachtens nur Uneindeutigkeiten bei Blanke et al., die auch bei Tuschling auftreten und bei Breuer nur in der völligen Form-Inhalt-Identität konsequent aufgelöst werden können. Eng an Paschukanis angelehnt, aber nichtsdestotrotz ebenfalls Tuschling sehr ähnlich, geht Josef Esser auf Ursprung und Bedeutung der Rechtsform ein (Esser 1975: 151ff.).

(Jäger 1994: 33f.) zu einem realistischeren Bild des kapitalistischen Rechts als in der Liberalismuskritik der ‚Crits‘. Ausgehend von dieser Empirie und von den genannten theoretischen Prämissen können die zentralen, in Teil A aufgeworfenen Probleme, um der Wirklichkeit von Recht und Rechtlosigkeit, der empirischen und überempirischen Dimension, der bestehenden Gestalt und den Potenzialen, in der Kritik gerecht zu werden, weiter erörtert werden: das Form-Inhalt-Verhältnis und die Gleichzeitigkeit der Empirie der Autonomie und Funktionalität des kapitalistischen Rechts wie auch der Abweichungen von der abstrakten Liberalität des Rechts, der erscheinenden Rechtsförmigkeit:

Mit Hilfe der Rechtsformableitung Reichelts konnte ich herausarbeiten, dass die nur als Formhomologie oder Emanation der Formtotalität verstandene Rechtsform nicht vollständig ihre Reproduktion erklären kann. Die rechtliche Subsumtion produziert nicht die Mittel ihrer eigenen Reproduktion, den Mehrwert bzw. den Profit. Die formlogische, von Balbus erkannte Verbindung bedarf also auch einer funktionellen mit der *Kapitalform*, die in Teil A als Formfunktionalität oder „funktionelle Form“ für die liberalen Mindeststandards bereits benannt worden ist. Damit werden die Inhalte wegen der Vermitteltheit der Funktionalität aber keinesfalls auf Ökonomisches festlegt und somit ein ökonomistischer Funktionalismus vermieden. Letztlich verselbständigt sich die Formtotalität durch die Funktionalität und damit auch durch Kapital- wie Rechtsform. Dass man damit schnell bei der Identität von Form und Inhalt und somit bei einer tautologischen Formfunktionalität und Selbstreferenz des Formprozesses endet, bleibt allerdings ein Problem, weil dann emanzipatorische Potenziale kassiert wären. Auf jeden Fall bedeutet der Bezug zum Kapital für emanzipatorische Bestrebungen – so sie denn, anders als die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ teilweise suggeriert, möglich sind – auch im Hinblick auf das Recht, dass das Kapital entscheidender Angriffspunkt sein muss. Reichelts Beitrag zeigt auch, wo eine Fixierung auf die Rechtsförmigkeit in der Kritik endet: in einem systemdeterministischen *Formabsolutismus*, der die Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform aus den Augen verliert und unerörtert eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt implizit verneint.

Breuer macht hingegen diese Abweichungen zum empirischen Fundament seiner Rechtsableitung. Seine Theorie ist folglich eine Theorie des Untergangs von rechtlicher Vermittlung, damit der Rechtsform und ihrer Rechtssubjektivität überhaupt. Das theoretische Fundament von Breuers Theorie ist ein konsequent identitätsphilosophisches Durchdenken hochkapitalistischer Formtotalität, die er als Totalität der Wertform und damit des Kapitals versteht: Besonderes, vor allem besondere Arbeit, ist nur noch Vermittlungsmaterial, damit aber letztlich total vermittelt, so dass jegliche Vermittlung durch Abstraktion, insbesondere die rechtliche, obsolet wird. ‚Sein‘ Hochkapitalismus führt dank reeller Subsumtion unter der „vollendeten Herrschaft des Kapitals“ zur paradoxen wertformbestimmten, aber unvermittelten Identität von allem Besonderem mit dem Kapital, verkörpert in der kapitalistischen Produktion, so dass die Formkritik unweigerlich in den Determinismus einer ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik übergeht. Recht wird dergestalt zur bloßen Kodifizierung der Anforderungen der kapitalistischen Produktion. Die „Herrschaft“ durch Recht scheint damit so „vollendet“, dass sich schwerlich noch von Herrschaft sprechen lässt, sondern das erreicht ist, was unter A.VI.3. als letzte Konsequenz gegenemanzipatorischer Identität, nämlich (Volks-) Vergemeinschaftung, herausgearbeitet worden ist. Darum geht es Breuer aber gerade nicht, sondern im Widerspruch dazu um eine neue Art von Kapitalismus. Durch das Kassieren jeglicher Differenz von Form und Inhalt, erst recht einer für die Negation des Rechts wesentlichen Nichtidentität, ist in seiner Theorie die Möglichkeit von Widersprüchen und einer subjektiv motivierten Veränderung genommen. Breuers Theorie birgt aber mehrere Probleme: in begrifflicher Hinsicht nimmt er dem Kapitalismus und damit dem kapitalistischen Recht eines seiner entscheidenden Charakteristika, nämlich die totalisierte wesentliche Vermittlung durch Abstraktion. Das hat zugleich die Konsequenz, dass er keine begriffliche Grenze zu gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit ziehen kann. In begrifflicher wie empirischer Hinsicht wird das ökonomistisch funktionalistische System, in das seine Theorie mündet, nicht der Verselbständigung des kapitalistischen Rechts in der Rechtsform gerecht. Zudem ist entscheidend, dass Breuer, ausgehend von einem problematischen

freiheitsemphatischen Begriff von Rechtssubjektivität und in selektiver Datenerhebung, ein einseitiges empirisches Bild vom Hochkapitalismus zeichnet. Trotz dieser Probleme besticht die Konsequenz, mit der er totale Vermittlung durch Abstraktion als totale Vermitteltheit zu *totaler Unvermitteltheit* eines kapitalistischen Systems zu Ende denkt. Diese Konsequenz ist in den übrigen Beiträgen nicht im strikten Sinn widerlegt worden.

Die übrigen Beiträge haben gemeinsam, dass sie sich nicht eindeutig einen Untergang der Vermittlung durch Recht behaupten und implizit uneindeutigere ‚Lösungen‘ des Form-Inhalt-Problems als Breuer wählen. In ihren Uneindeutigkeiten verweisen sie auf die Einseitigkeit von Breuers und Reichelts Theorie. Trotz der mit beiden geteilten Erkenntnis kapitalistischer Bestimmtheit des Rechts halten sie an Widersprüchen fest und betonen empirische Befunde von Brüchen im Recht. Negt fällt in seinem entsprechenden Bemühen, eine glatte Ableitung aus der Wert- oder Kapitalform zu verhindern, aber auch ein „spätkapitalistisches“ nicht-liberales Recht abzuleiten, allerdings zum Teil in handlungstheoretische Ideologiekritik, Ahistorizität und positive Metaphysik der „produktiven Arbeit“ zurück. An den Stellen, an denen er die kapitalistische Bestimmtheit des Rechts betont, erreicht er nur eine Annäherung an den wesenhaften Charakter dieser Bestimmtheit als Formbestimmtheit, wird deshalb wie Breuer und teilweise Reichelt ökonomistisch funktionalistisch. Doch ihn deshalb schlicht als „orthodoxen Marxisten“ oder Marxisten eines „Kern“-„Schale“-Modells abzustempeln, berücksichtigt ebenso wenig wie Negt die Schwierigkeit, das Form-Inhalt-Problem zu lösen.

Auch Reich verschafft sich mit der Rezeption des marxistischen Strukturalismus andeutungsweise Einsichten in die wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der kapitalistischen Rechtsform. Doch er muss dabei auf die gleichen Probleme wie dieser Strukturalismus stoßen, die auch ihn zu einer ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik drängen. Obwohl es sein Verdienst ist, den Befund empirischer Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform sowie die nicht-ökonomischen Bereiche des Rechts mit seiner Kritik von „Zivilrechtstheorie“ ins Zentrum zu rücken, kann auch er nicht konsequent einem anderen Weg folgen. In der Auseinandersetzung mit dem von ihm betonten Wissenschaftsbegriff konnte die Problematik der kapitalistischen Rechtsform als Teil einer Formtotalität noch vertieft werden: Sie könnte die Negation des Rechts im Sinn negatorischer Kritik verunmöglichen, weil Maßstäbe der Kritik fehlen.

Vor allem Tuschling und Preuß gehen am wenigsten inkonsequent von der wesentlichen Bestimmtheit des Rechts in der kapitalistischen Rechtsform als Teil einer Formtotalität aus, aber versuchen, anders als Breuer und Reichelt, deren Nichtidentität herauszuarbeiten. Auf diese Weise soll zum einen die konkrete historische Gestalt des kapitalistischen Rechts erfasst werden. Zum anderen wird aber auch auf eine Wesentlichkeit dieser Nichtidentität gezielt, also auf Widersprüche und Subjektivität als Bedingung der Möglichkeit von Emanzipation wie (auch) subjektiv verschuldeter Gegenemanzipation. Die Differenz zwischen Besonderem und Allgemeinem wird – wie ebenfalls im letzten Teil bereits herausgearbeitet – auf Klassenauseinandersetzungen und staatliche Herrschaft bezogen. Neu ist hier vor allem, dass diese Theorien die rechtsförmige Vermittlung als permanentes sich quer durch die Subjekte vollziehendes Ringen mit dem Besonderen, vor allem im Hinblick auf staatliche Akte und so Abweichungen von der erscheinenden Rechtsform umso deutlicher als der kapitalistischen Rechtsform eingeschrieben erkennen. Diesen Befund unterstreicht Preuß mit seiner Untersuchung „konkreter Maßnahmen“ des Staats, die also im Gegensatz zu den abstrakt liberalen Erscheinungen des kapitalistischen Rechts stehen. Damit sind Breuers und Negts Thesen zum Untergang autonomer Vermittlung im Recht mehr als zweifelhaft geworden. Zudem deutet sich so nicht nur eine Wesentlichkeit der Nichtidentität von Form und Inhalt im kapitalistischen Recht an, sondern stellt sich so umso deutlicher die bisher nur angedeutete Fragilität der kapitalistischen Rechtsform heraus, die ständig zu rechtlich unvermittelten Akten, nicht zuletzt durch Klassen- und staatliche Herrschaft führen. Allerdings wird das Problem des Form-Inhalt-Verhältnisses in der kapitalistischen Rechtsform angesichts einer Formtotalität auch dort kaum erörtert. Das führt dazu, dass letztlich auch in diesen Beiträgen am Ende Potenziale von Widersprüchen und indeterminierter Subjektivität sowie

unvermittelte staatliche und Klassenherrschaft weitgehend unerklärt neben der Erkenntnis der kapitalistischen Formbestimmtheit des Rechts oder gar einem ökonomistischen Funktionalismus stehen.

Die zentrale Aufgabe auf der Basis von Teil A lautet, die Wirklichkeit von Recht und Rechtlosigkeit im Angesicht kapitalistischer Totalität zu kritisieren, als Voraussetzung die Einsicht in die wesentliche Formbestimmtheit des Rechts samt seiner Potenziale zu vertiefen, um der Empirie von Autonomie und Funktionalität dieses Rechts wie auch den Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen seiner Form gerecht zu werden. Diese Aufgabe konnte die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ zum Teil erfüllen. Der Bezug zur kapitalistischen Totalität bzw. dem kapitalistischen System hat die kapitalistische Bestimmtheit statt Unbestimmtheit des kapitalistischen Rechts demonstriert. Die These von der Ideologienfunktionalität weicht teilweise der Einsicht in die Formfunktionalität. Dabei ist das Kapital seiner Form nach als Reproduktionsbedingung der Totalität bzw. des Systems und damit des Rechts herausgearbeitet worden. Außerdem führt die Einbeziehung der vom abstrakt Liberalen abweichenden Empirie zu einem realistischen Bild des kapitalistischen Rechts. Aber die gebotene Alternative ist implizit überwiegend eine ökonomistisch funktionalistische Systemkritik. Auf seiner Basis kann vor allem das Problem der Autonomie des kapitalistischen Rechts nicht angegangen werden. Aber fundamentaler ist das Defizit, dass das Problem des Form-Inhalt-Verhältnisses im Recht nicht ausreichend erörtert wird. Voraussetzung und Folge ist wiederum eine unzureichende Erörterung der Fragen zur Negation des Rechts. Die Beiträge zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘ laufen so auch Gefahr, affirmative oder gar gegenemanzipatorische Züge anzunehmen. In dieser Hinsicht ist mitursächlich, dass die *Gefahr gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit* nur in einigen Beiträgen und auch dort nur am Rand erörtert wird. Das gilt sowohl in historischer Perspektive, also vor allem hinsichtlich des Nationalsozialismus, als auch für die begrifflichen Fragen, vor allem hinsichtlich unvermittelter volksstaatlicher und / oder volksgemeinschaftlicher Identität. Diese randständige Auseinandersetzung ist mehr als ihr Ausfall bei den ‚Critical Legal Studies‘, aber sie bleibt zweifelsohne ungenügend. Eine Erörterung von gegenemanzipatorischen Ideologien im Recht, auch des Antisemitismus als solche Ideologie schlechthin, fehlt völlig.

Teil A und B im Zusammenhang betrachtet, zeigen also eine *Dichotomie zweier marxistischer Rechtskritiken*, die sich teilweise in die Dichotomie zweier soziologischer Paradigma, *Handlungstheorie und (funktionalistische) Systemtheorie* einfügt (s. Einleitung). In der Auseinandersetzung mit diesen Rechtskritiken hat sich materialistische Rechtskritik, die der Rechtswirklichkeit samt der Wirklichkeit von Rechtlosigkeit gerecht werden, somit eine überzeugende Begrifflichkeit von Totalität, Recht, Rechtlosigkeit und entsprechende Beantwortung meiner Ausgangsfragen entwickeln will, als Gratwanderung zwischen nahe liegenden, aber wenig überzeugenden Rechtskritik-Ansätzen herausgestellt. Überzeugende materialistische Rechtskritik darf also das Form-Inhalt-Problem nicht einseitig zum handlungstheoretisch positivistischen Formbegriff auflösen, die Autonomie des Rechts nicht als bloße Pseudo-Autonomie verkennen, darf sich also nicht auf Ideologienfunktionalität konzentrieren und darf die Abweichungen von abstrakter Liberalität des Rechts nicht übersehen. Diese Kritik darf somit nicht in Indeterminismus, Ahistorizität und Wesensphilosophie handlungstheoretischer Ideologiekritik des „liberalen“ Rechts enden. Andererseits darf die Autonomie des Rechts auch nicht in der These von der ökonomisch funktionalen Bestimmtheit dieses Rechts im Kapitalismus untergehen, diese Bestimmtheit dementsprechend nicht so determinierend gefasst werden, dass ihr auch wiederum Abweichungen von abstrakter Liberalität vollständig unterworfen sind, somit das Form-Inhalt-Problem nicht zum positivistischen Formbegriff einer ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik des Rechts, aber auch nicht zur inhaltslosen formabsolutistischen Systemkritik des Rechts aufgelöst werden. Defizit bleibt in allen untersuchten Beiträgen zudem das Ausbleiben einer mehr als oberflächlichen Reflexion der Gefahr der Gegenemanzipation. Positiv gefasst, muss materialistische Rechtskritik nach dem bisher Herausgearbeiteten die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts erfassen, aber auch mit der dualistischen Erscheinungswelt von Form und Inhalt klarkommen und, so sie an Emanzipation festhalten will, die These von der wesentlichen Nichtidentität des kapitalistischen Rechts gegen die These der Form-Inhalt-Identität erhärten. Sie

muss die Verselbständigung der kapitalistischen Formtotalität durch dieses für das Kapital formfunktionelle Recht hindurch als Grund der Autonomie des Rechts erfassen. Sie muss entsprechend die Abweichungen von der abstrakten Liberalität des kapitalistischen Rechts als Teil des wesentlichen Rechtsformprozesses, aber auch die Grenze dieses Prozesses, die spätestens mit umfassender unvermittelter Rechtlosigkeit gezogen ist, erkennen und erklären.

TEIL C: AKTUELLE BEITRÄGE MARXISTISCHER RECHTSKRITIK IN DEN USA UND DER BRD

Sowohl in der BRD als auch in den USA sind seit der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ bzw. den frühen ‚Critical Legal Studies‘ nur einige weitere Beiträge marxistischer Rechtskritik erschienen. Seit Ende der 1990er Jahre hat die Dichte solcher Veröffentlichungen in der BRD zugenommen – wenn man angesichts der nichtsdestotrotz geringen Zahl überhaupt von Dichte sprechen will.¹⁹⁹ In den USA hingegen ist die Zahl der Veröffentlichungen marxistischer Rechtskritik seit den frühen ‚Critical Legal Studies‘, also seit Mitte der 1980er Jahre, konstant gering geblieben. In der folgenden Auseinandersetzung mit diesen jüngsten Veröffentlichungen soll der aktuelle Stand marxistischer Rechtskritik in den USA und der BRD ermittelt werden. In allen Beiträgen aus der BRD wird die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ einbezogen, mindestens einzelne Werke dieser Debatte. Am Rand werden in einigen der deutschen Beiträge auch die frühen ‚Critical Legal Studies‘ rezipiert. Letztere werden intensiver in den US-amerikanischen Beiträgen einbezogen. Es handelt sich weder in den USA noch in der BRD um Diskussions- oder gar organisierte Zusammenhänge. Die gegenseitige Rezeption innerhalb der Länder findet teilweise statt. Transatlantisch wird wie in den 1970er Jahren kaum rezipiert.

Dass die in Teil A und B dieser Arbeit untersuchten Werke in der aktuellen marxistischen Rechtskritik einbezogen werden, macht es noch selbstverständlicher, dass es in diesem Teil um die Frage gehen muss, ob sich die marxistische Rechtskritik im Vergleich zu den frühen ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ weiterentwickelt hat. Die Frage ist also, ob die aktuelle Kritik über die am Ende des letzten Teils zusammengefassten Ergebnisse hinausgelangen und die aufgezeigten offenen Probleme lösen kann. Knapp zusammengefasst geht es also darum, ob die Begriffe von kapitalistischer Totalität, Recht und Rechtlosigkeit durch die aktuelle marxistische Rechtskritik weiter an Kontur gewinnen und so die unabgeschlossenen Erörterungen und Beantwortungen meiner Ausgangsfragen nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation von Recht für Emanzipation sowie nach der Gefahr der Gegenemanzipation ergänzt werden können. Zugleich wird somit der aktuelle Stand marxistischer Rechtskritik zusammengetragen. Da diese Werke noch mehr als jene in Teil A und B im Hinblick auf diese Zwecke untersucht werden und weniger als in Teil A und B, um die Werke oder Strömungen umfassend vorzustellen, werde ich mich auf das dafür Bedeutsame in der Darstellung beschränken.

I. Vertraute Probleme und marxistische Weiterentwicklungen der ‚Critical Legal Studies‘

Zunächst werden zwei US-amerikanische Beiträge behandelt, die sich beide mit den ‚Critical Legal Studies‘ auseinandersetzen. Trotz ihrer Kritik fügen sie sich aber teilweise in das Paradigma der frühen ‚Studies‘. Inwieweit sie trotzdem für Weiterentwicklungen sorgen, ist zu untersuchen.

1. Rechtsformkritik und Wesensphilosophie bei Taiwo

Olufemi Taiwo setzt sich in seiner in den USA veröffentlichten Monografie „Legal Naturalism. A Marxist Theory of Law“ (1996) als einer der wenigen der in meiner Arbeit behandelten Autoren intensiv mit der Frage nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der Negation des Rechts für Emanzipation auseinander: Er erörtert die These vom „Withering away“ des Rechts (Marx / Paschukanis), allerdings kaum hinsichtlich dessen, was dem „Absterben“ des Rechts im

¹⁹⁹ Damit sind weder Beiträge gemeint, in denen lediglich u. a. das Recht thematisiert wird, noch statements grauer Literatur.

Bestehenden entgegenstehen könnte (vgl. Einleitung). Die Gefahr der Gegenemanzipation ist ebenfalls nur ein Randthema. Er rezepiert die ‚Critical Legal Studies‘, vor allem Unger und Kennedy, und kritisiert sie indirekt in intensivem Bezug auf Schriften von Marx. Insbesondere gilt seine Kritik aber anderen Autoren, die er verschiedenen Arten des von ihm so genannten „positivist Marxism“ zuordnet und anhand derer meine Kritik an den beiden Richtungen marxistischer Rechtskritik überprüft werden kann. Bedeutsam ist sein Beitrag schließlich, weil er den wesentlichen Charakter des Rechts, seine überempirische Dimension, betont.

Die zentrale These Taiwos, die genau diese Dimension akzentuiert, verstört zugleich: „I argue that a plausible, coherent, and adequate theory of law must carve a niche for itself in the wide ambit of the natural law tradition. Hence I have called the theory ‚Legal naturalism‘“ (Taiwo 1996: 1). Der Begriff des „legal naturalism“, aber erst recht der positive Bezug auf die „Naturrecht-Tradition“ bedeutet zwar einen mit der hier entwickelten Rechtskritik korrespondierenden Bezug auf das Wesen des Rechts, er verstört aber, weil er ideengeschichtlich orientiert statt marxistisch – also kapitalismuskritisch und Emanzipation beanspruchend – und ahistorisch herrschaftskritisch statt formkritisch zu sein scheint. Zugleich scheint damit an die metaphysischen Tendenzen in der Kritik abstrakter Liberalität seitens der ‚Critical Legal Studies‘ angeknüpft zu werden. Diese Verstörung wird im Laufe meiner Untersuchung noch aufgegriffen.

Aber vorher soll auf die kapitalismuskritischen und materialistischen – also vom Primat des Gesellschaftlichen ausgehenden – und möglicherweise auch formkritischen Ausführungen eingegangen werden, die Taiwo mit einer wichtigen Klarstellung einleitet: „But legal naturalism (i. e. the Marxist theory of natural law) differs from other theories within the tradition. Unlike the others, it locates natural law in the social formation or mode of production, broadly conceived. On this view the positive law of any particular society is reflective of deeper structures.“ (a. a. O.: 1). Er historisiert also das Wesen des Rechts durch den Bezug zur Produktionsweise. Die Begründung, die der Autor dafür liefert, dass er sich trotzdem positiv auf Naturrecht bezieht, ist somit schlicht, dass die Naturrechtstheorie das Recht nach Wesen und Erscheinung unterscheide. Taiwo spricht auch von einem „Dualismus des Rechts“ (a. a. O.: 37).

Auf diese Weise entfaltet Taiwo nicht nur den marxistischen Materialismus seiner Rechtskritik, sondern auch eine Distanzierung von Wesensphilosophie, die Naturrecht und Vernunft in eins setze. Die daraus resultierende Bestimmung des positiven Rechts durch das Naturrecht und damit durch das „essenzielle“ Recht der jeweiligen Produktionsweise erklärt er genauer ausgehend von einer Beschreibung von Recht im positiven wie wesentlichen, naturrechtlichen, Sinn: „Law is a structure of rights, entitlements, duties, privileges, immunities, and the like... that regulates and directs the relations in society“ (a. a. O.: 62). Dieses „Recht“ sei als Naturrecht sowohl „konstitutiv“ für „positives Recht“ als auch für die „Produktionsweise“ (a. a. O.: 65).

Seinen „legal naturalism“ weiter entfaltend, kritisiert Taiwo den von ihm so genannten „positivistischen Marxismus“ (a. a. O.: 80). „Economism“, die erste Version eines solchen Marxismus, basiere auf einem deterministischen Basis-Überbau-Schema (a. a. O.: 81ff.). Dabei würde nicht die Wechselwirkung von Basis und Überbau berücksichtigt, die zudem beide naturrechtlich bestimmt seien, was ebenfalls im „Ökonomismus“ übersehen werde (a. a. O.: 84). „Class instrumentalism“, die zweite Version, verstehe Recht als Instrument der herrschenden Klasse. Diese Theorie übersehe schlicht, dass Recht nicht immer für diese Klasse von Nutzen sei, schon gar nicht unmittelbar (a. a. O.: 84). Die dritte Version, „Legal ideologism“, sei die Theorie des Herrschaft verschleiern den Gebrauchs von Recht durch die herrschende Klasse. Sie sei letztlich nur eine spezifische Art des „Klassen-Instrumentalismus“ und deshalb in der gleichen Weise zu kritisieren (a. a. O.: 90). Für alle kritisierten Marxismen gelte, dass sie ihre Kritik allein auf positives Recht bezögen, somit also das Wesentliche des Rechts übersähen. Das habe weitere zu kritisierende Folgen (a. a. O.: 91ff.): Vor allem an den beiden zuletzt genannten Marxismen kritisiert der Autor zudem Voluntarismus und die Überschätzung der Akteure bzw. der Möglichkeit, zu erkennen, was für die herrschende Klasse gut ist. Das Naturrecht setze in Wirklichkeit der Möglichkeit, positives Recht zu setzen und

zu nutzen, Grenzen.

Wie erwähnt (Anm. 45 und 155), stimmen die kritisierten Marxismen teilweise überein mit den von mir kritisierten Marxismen ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik bzw. handlungstheoretischer Ideologiekritik des Rechts. Seine Differenzierung zwischen „Klassen-Instrumentalismus“ und „rechtlicher Ideologietheorie“ scheint mir dabei allerdings künstlich, weil sich wohl kaum ein Vertreter des „Klassen-Instrumentalismus“ finden lässt, der Ideologien in seiner Kritik ausblendet. Davon abgesehen, stimmt die Art von Taiwos Kritik augenscheinlich mit der in dieser Arbeit entwickelten Kritik an den beiden Strömungen marxistischer Rechtskritik überein, was wiederum auf Übereinstimmungen des Rechtsbegriffs zurückzuführen ist. In einem Zwischenfazit kann somit festgestellt werden, dass der Autor mit anderen Begrifflichkeiten als in meiner Arbeit zu einigen ähnlichen Ergebnissen gelangt: Auch er sieht das kapitalistische Recht wesentlich historisch bestimmt. Diese Bestimmtheit bringt er mit der Produktionsweise in Verbindung, was jedoch hinsichtlich des kapitalistischen Rechts mit dem Begriff des Kapitals präzisiert werden müsste. Dabei stellt er, in Verwandtschaft zu meinem Begriff der liberalen Mindeststandards, die Verbindung dergestalt her, dass er für die kapitalistische Produktionsweise bestimmte Freiheits- und Gleichheitsrechte als Voraussetzung ansieht. Wie auch in meiner Arbeit geschehen, erwähnt er beispielsweise die freie Lohnarbeit.

Doch spätestens mit dem folgenden Zitat zeigt sich, dass Taiwo trotz der Übereinstimmungen einen anderen Begriff des kapitalistischen Rechts und damit auch eine andere Rechtskritik verfolgt: „Thus, we can explain the difference between the municipal legal systems of the United States of America and apartheid South Africa as ‚better‘ (in the case of the U.S.A.) or ‚worse‘ (in the case of apartheid South Africa) approximations of the natural law of the capitalist of the natural law of the capitalist mode of production,“ (a. a. O.: 71). Je nach inhaltlicher Verwirklichung des kapitalistischen Naturrechts könne man also von mehr oder weniger (positivem) kapitalistischem Recht sprechen. Im Zusammenhang mit dem bisher Zusammengefassten bedeutet das: Zwar verweist Taiwos Begriff und Kritik des Naturrechts und damit des Wesens des Rechts auf eine materialistische Rechts(form)kritik, wie sie in dieser Arbeit entwickelt worden ist. Er erfasst jedoch das je historische Wesen des Rechts in erster Linie auf die Inhalte des Rechts bezogen. Das wiederum, was wie eine Annäherung an die Beschreibung der Rechtsform klingt, die „Struktur von Rechten... etc.“ (s.o.), sieht er nicht als wesentlich und historisch an. Das heißt, dass er die herrschaftliche Vermittlung durch Abstraktion nicht als Wesen des Rechts erkennt. Dass er vom „Dualismus“ von Wesen und Erscheinung im Recht spricht, ist in dieser Hinsicht ebenso eindeutig wie eine Leerstelle in seiner Arbeit: Er setzt sich trotz seiner intensiven Marx-Rezeption in keiner Weise mit dem Begriff der Dialektik und nur am Rand mit dem der Vermittlung (s. u.) auseinander. Sein Begriff des kapitalistischen Rechts als dem Inhalt nach wesentlich bestimmtes verweist somit zwar auf die besondere Rolle, die in dieser Arbeit den liberalen Mindeststandards zuerkannt worden ist. Doch diese Inhalte sind von mir im Hinblick auf die Vermittlung (oder Dialektik) als unmittelbar bezogen auf die Formfunktionalität herausgearbeitet worden, somit als mit der Form verschmolzen. Wenngleich somit das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik nicht gelöst ist, ist es jedenfalls nicht möglich, von mehr oder weniger kapitalistischem Recht anhand der Rechtsinhalte zu sprechen. Zwar ist ein Übergang denkbar von kapitalistischem Recht zu nicht-kapitalistischem Recht oder zu Rechtlosigkeit, doch das eigentliche Kriterium ist die Formtotalität und die entsprechende totale Herrschaft u. a. durch die Rechtsform. Sie ist empirisch-überempirisch gegeben – oder nicht. Taiwos spezifische Formblindheit, die dazu führt, dass er die kapitalistische Vermittlung übersieht, ist also zugleich eine Blindheit für den spezifischen Herrschaftscharakter des kapitalistischen Rechts sowie der kapitalistischen Formtotalität.

Mit der Naturrecht-Tradition teilt der Autor also die Form- sowie die entsprechende spezifische Herrschafts- und Totalitätsblindheit, wie allerdings auch mit den ‚Critical Legal Studies‘ und mit dem handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus, die er beide kritisiert. Meine Verstörung wegen des positiven Bezugs auf den Begriff des Naturrechts hat also nicht völlig getrogen. Damit korrespondiert auf der einen Seite, dass er an den von ihm kritisierten marxistischen Rechtstheorien nur den Positivismus, nicht aber ihre teilweise ahistorisch wesensphilosophischen Seiten

kritisiert.²⁰⁰ Auf der anderen Seite ist so auch Taiwo entgegen seiner Intention nicht vor positivistischen Tendenzen gefeit. Das wesentlich durch das Naturrecht bestimmte positive Recht ist bei ihm nämlich – dem Inhalt nach – auf bestimmte Normen und rechtliche Entscheidungen beschränkt. Anderes Recht bleibt bei ihm nicht-kapitalistisch, damit nicht wesentlich bestimmt und daher allein positivistisch erfassbar bzw. handlungstheoretisch dem Handeln der Subjekte geschuldet. Voraussetzung und Folge ist, dass Taiwo unzureichend Antworten auf die Frage nach der Möglichkeit der Negation des Rechts geben kann bzw. ausführlich nur hinsichtlich der Praktikabilität emanzipatorischer Rechtlosigkeit. Er stellt sich nicht die Frage nach dem Form-Inhalt-Verhältnis des kapitalistischen Rechts.

Weitere Folgen sind von ihm selbst ausgeführt: Die Autonomie des Rechts, bei ihm vor allem gemeint als Autonomie von Klasseninteressen, ist für ihn ausschließlich ein Phänomen der Erscheinungsebene (a. a. O.: 123f.): „Law’s autonomy results from the interplay of the institutionalization of law, the constitution of legal discourse, and the formation of legal consciousness.“ (a. a. O.: 139). Den Grund für diese Autonomie sieht er also nicht im Wesen des Rechts, sondern seine Theorie läuft darauf hinaus, dass das Naturrecht diese Autonomie sozusagen zulasse. Die Erklärung der Autonomie ist also bei ihm letztlich nicht die empirisch-überempirische Verselbständigung, sondern wie vor allem bei Unger und Tushnet Akteurshandeln, Institutionen und Professionen geschuldet. Ähnliches gilt für die empirischen Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts. Taiwo hält zwar keine Liste der kapitalistischen Naturrechte bereit. Seine Beispiele, verschiedene Freiheits- und Gleichheitsrechte, deuten aber in Richtung einer Identifizierung von Kapitalismus mit Liberalismus oder zumindest einer Konzentration auf die Kritik abstrakter Liberalität wie bei den ‚Critical Legal Studies‘ (s. Anm. 35). Inwieweit diese Abweichungen in kapitalistischer Totalität aufgehen könnten, was vor allem in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ diskutiert worden ist, reflektiert Taiwo nicht. So entwirft er den voll entfaltenen Kapitalismus als liberale Gesellschaft und muss wie die ‚Studies‘ alles Abweichende als nicht-kapitalistisch verstehen.

Entscheidende zwangsläufige Folge von Taiwos Formblindheit ist wie bei den ‚Critical Legal Studies‘ entgegen seinem Bekunden Ahistorizität, die, wie in Teil A und B gezeigt, schnell auf vermeintlich emanzipatorische, aber in Wirklichkeit affirmative oder gar gegenemanzipatorische Irrwege führt. Das wird nicht verhindert, indem er sich mit der These vom „Absterben“ des Rechts auseinandersetzt: „The solution lies in the abolition of state, law, and other forms of mediation which stand between humans and the realization of their essence. Law as a structure of rights etc., presupposes that society has become riven with contradictions and conflicts that are no longer amenable to settlement and resolution within the bounds of mutually shared understandings and expectations. As a mediating institution, law is external to people; it stands between them and their fellows. That is why a qualitatively superior social formation must include the supersession of law.“ (a. a. O.: 190). Weil die Kritik der Herrschaft und Totalität der kapitalistischen Form des Rechts fehlt, verortet Taiwo das Recht außerhalb der Menschen. In ihrer „Essenz“ wiederum sieht er das Potenzial von ‚Emanzipation‘. Die einzige Stelle, an der der Autor den abstraktiven Vermittlungscharakter des Rechts thematisiert, dient also allein dazu, um die Abschaffung der Vermittlung zu fordern. Damit öffnet er nicht nur Tür und Tor für ein affirmatives Anknüpfen an kapitalistische (Rechts-)Subjektivität, wenn man so will, an die ‚menschliche Essenz‘ in kapitalistischer Formtotalität. Metaphysisch das vermeintlich Unvermittelte im Menschen zu hypostasieren, zielt sogar auf eine gegenemanzipatorische Alternative zur totalen Vermittlung durch Abstraktion: Unterdrückung oder Liquidierung von Individualität in unvermittelter Herrschaft oder Identität. Wegen der Formblindheit fehlt Taiwo also sowohl die Erkenntnis des

²⁰⁰ Damit vertritt Taiwo eine Kritik, die der von Poulantzas entgegengesetzt ist. Dieser kritisiert allein die Wesensphilosophie von „ökonomistischen“ und „voluntaristischen“ „marxistischen Rechtstheorien“, nicht aber ihre positivistischen Seiten (s. B.IV.2.). Beide Kritiken bleiben so unvollständig, erkennen nicht, wie der – wenngleich dominierende – Positivismus der inkriminierten Marxisten wegen seiner formblinden, herrschaftskritischen Ahistorizität mit Metaphysik einhergehen kann und verweisen so auf Schwächen der eigenen Rechtskritiken.

gegenemanzipatorischen Potenzials der Unvermitteltheit in der kapitalistischen Rechtsform als auch auch ihres emanzipatorischen Potenzials.

2. Whiteheads Kritik und Affirmation der ‚Critical Legal Studies‘

Jason E. Whitehead entwickelt, gestützt auf seine Rezeption der ‚Kritischen Theorie‘, eine Rechtskritik, die in mehreren Punkten der von Taiwo ähnelt. Er geht dabei von einer Kritik der ‚Critical Legal Studies‘ aus, die auch in dieser Arbeit herangezogen wurde, und will auf diese Weise eine „wahre“ statt „oberflächliche“ Kritik formulieren. „From Criticism to Critique: Preserving the radical Potential of ‚Critical Legal Studies‘ Through a Reexamination of Frankfurt School Critical Theory“ lautet entsprechend der Titel seines Aufsatzes (Whitehead 1999). Dass er sich wie Taiwo trotz einiger wichtiger Kritik an den ‚Critical Legal Studies‘ doch überwiegend im in Teil A behandelten Paradigma ihres marxistischen Teils bewegt, ist jedoch unverkennbar.

Seine Hauptkritik an den ‚Studies‘ gilt der Unbestimmtheitstheorie, wobei er sich entschieden gegen die von ihm so genannte „postmodern school“ wendet, die das Recht in Diskurse auflöse bzw. dekonstruiere. Die „critical modern school“, die in etwa mit dem zusammenfällt, was in dieser Arbeit als handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts kritisiert worden ist (s. Anm. 26), sieht er hingegen nicht nur als Gegenstand der Kritik an, sondern auch als Anknüpfungspunkt für die Entwicklung eigener Rechtskritik: „There is thus a logical fit between critical modern CLS [Critical Legal Studies] and Frankfurt School critical theory: critical modern CLS seeks a critique of law capable of both understanding and emancipation, and Frankfurt School critical theory provides a method – dialectical reasoning – by which those aims can be achieved... in seeking to understand law within the totality of liberal society, the dialectical method urges a process of thought in which the utter moral injustice of liberal law is exposed.“ (a. a. O.: 740f). „Kritische Theorie“ fokussiere, auf welche Weise die „rule of law“ die liberale Form der Ökonomie und Gesellschaft stütze (a. a. O.: 736). Mit den marxistischen ‚Studies‘ teilt Whitehead also den emanzipatorischen Anspruch und die Fokussierung der Kritik auf Liberalismus und liberales Recht bzw. „liberal law’s power“ mit dem Maßstab der Gerechtigkeit (a. a. O.: 737). Über ihre Kritik will er mit „dialektischer Vernunft“ hinausgelangen.

Darunter versteht er in erster Linie eine Methode, die sich gegen isolierte Definitionen wende und alle Erkenntnisse mit der Gesamtheit der Theorie verbinde. Die Dialektik zielt auf ein Verständnis aller Dimensionen der Gesellschaft, wie sie zusammenhängen und wie sie sich widersprechen; gestützt auf Marx würde diese Methode gesellschaftliche Dynamik des „liberalen Kapitalismus“, wie den tendenziellen Fall der Profitrate, und emanzipatorische Potenziale dieses Kapitalismus widerspiegeln (a. a. O.: 725f). Letzteres ist für ihn die entscheidende Erkenntnis auf dem Weg zur Emanzipation: „In relating every aspect of society to its corresponding opposite and to its potential, dialectical thought negates the false appearance of rationality in society and simultaneously pushes society toward true rationality by demanding that society live up to its own ideals.“ (a. a. O.: 727).

Von den ‚Critical Legal Studies‘ greift er wiederum die Kritik an Determinismus und die Analyse der (Pseudo-)Autonomie des Rechts auf. Gegen Determinismus führt er an: Die ‚Kritische Theorie‘ habe gezeigt, dass Kapitalismus Tendenzen zu fortgesetzter und verstärkter Klassenherrschaft genauso wie zur menschlichen Befreiung beinhalte, und sie habe deshalb „menschliche Praxis“ fokussiert. Damit will er die Indeterminiertheit und Macht der „Akteure“ herausstellen (a. a. O.: 728f). Eine Autonomie des Rechts erkennt er trotzdem folgendermaßen an: „economic, social, and political forces set the general boundaries within which law operates as well as that those forces leave law relatively free to pick particular legal rules within the boundaries.“ (a. a. O.: 737). Rechtliche Prinzipien würden derart autonom vom sozio-ökonomischen Wandel operieren, aber zugleich werde die allgemeine Richtung des Rechts durch diesen Wandel vorgegeben. Das sei ein Widerspruch, aber Liberalismus werde von Widersprüchen angetrieben (a. a. O.: 738).

Dass Whitehead unvollständiger als Taiwo das Paradigma des marxistischen Parts der ‚Critical

Legal Studies', handlungstheoretische Ideologiekritik liberalen Rechts, hinter sich lässt, ist also leicht ersichtlich: Zuallererst ist festzuhalten, dass er wie die ‚Studies‘ auf die Kritik „liberalen Rechts“ fixiert ist. Er betont zwar nicht die Rolle handlungstheoretisch verstandener liberaler Ideologie, aber die von ihm sehr wohl betonte Indeterminiertheit der Akteure würde jedenfalls keinen anderen als den handlungstheoretischen Ideologiebegriff zulassen. Wegen der Fixierung auf das liberale Recht werden nicht nur Abweichungen von abstrakter Liberalität im Recht übersehen, sondern entscheidendes Defizit ist, dass wie bei den meisten ‚Studies‘ die kapitalistische Rechtsform und Formtotalität samt ihrer Konsequenzen nicht kritisiert werden. Whitehead differenziert nicht zwischen Form und Inhalt des Rechts, aber er bewegt sich überwiegend auf der inhaltlichen Ebene des kapitalistischen Rechts, und zwar im Hinblick auf liberale Mindeststandards, die die liberale Gesellschaft stützen. Auf diese Weise erkennt er eine Konsequenz der Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts an, aber nicht als Formfunktionalität, sondern unreflektiert als inhaltliche Funktionalität.

Dass er den Begriff der Dialektik betont, scheint zwar in eine rechtsformkritische Richtung zu weisen. Aber in Wirklichkeit bedeutet sein Begriff von Dialektik noch weniger als bei Taiwo eine Kritik der herrschaftlichen Vermittlung, also eine Kritik der kapitalistischen Rechtsform und Formtotalität. Die Autonomie des Rechts wird so nicht auf formbestimmte Verselbständigung zurückgeführt, sondern ist wie bei den ‚Crits‘ letztlich eine Pseudo-Autonomie: Es handelt sich also nicht um Verselbständigung als Teil gesellschaftlicher Bestimmtheit des Rechts, sondern der Autonomie sind gesellschaftliche bzw. akteursbedingte Grenzen gesetzt. Wegen des Fehlens einer Rechtsformkritik und einer Konzentration auf liberales Recht kann zudem Whiteheads Totalitätsbegriff vor allem auf Widersprüche und emanzipatorische Potenziale zielen. Eine Auseinandersetzung mit dem Form-Inhalt-Problem und gegenemanzipatorischen Potenzialen fehlt völlig. Das ist in Whiteheads Fall erstaunlicher als im Falls der Studies, weil er ‚Kritische Theorie‘ intensiv zu rezipieren sucht. Nur mit einer selektiven Rezeption gelingt es ihm, den Problembegriff „Nichtidentität“ und die „Dialektik der Aufklärung“ im Sinn des gegenemanzipatorischen Potenzials im Kapitalismus zu ignorieren.

Vieles bleibt allerdings, wohl der Kürze eines Aufsatzes entsprechend, oberflächlich. So ist immer wieder von einer „multidimensional, dynamic critique“ die Rede, ohne dass völlig klar ist, was genau er damit meint. Nichtsdestotrotz hat er trotz handlungstheoretischer Schlagseite durch seine Betonung von Indeterminiertheit der Akteure, genauso wie Taiwo teilweise das Paradigma der ‚Critical Legal Studies‘ verlassen, und zwar immer dann, wenn er andeutet, Liberalismus als Kapitalismus und diesen als das Recht bestimmend anzusehen. Dass er dabei von der Erkenntnis der Bestimmtheit des Rechts in kapitalistischer Formtotalität genauso weit entfernt ist, wie von der Auseinandersetzung mit vermeintlichen oder realen Abweichungen von der Formbestimmtheit, ist allerdings gezeigt worden, und ist das große Defizit, das er mit den ‚Studies‘ und Taiwo teilt. Die fehlende Erörterung der Fragen zur Negation des Rechts, der Widersprüche und der emanzipatorischen Potenziale im Recht ist Voraussetzung und Folge dieses Defizits²⁰¹

²⁰¹ Auch Anja Oberkofler kritisiert in ihrem Aufsatz über „Kritische Ansätze im amerikanischen Rechtsdenken“ (2001) die ‚Critical Legal Studies‘ aus einer marxistischen Perspektive, und zwar wie Whitehead vor allem die Unbestimmtheitsthese und diesbezüglich insbesondere die postmoderne Variante der ‚Studies‘, die Recht-Dekonstruktion. Ihre Kritik wurde ebenfalls bereits in Teil A herangezogen. Weitaus weniger als Whitehead entwickelt sie aber explizit einen Rechtskritik-Gegenentwurf. Sie belässt es in dieser Hinsicht bei kurzen statements, die sich darauf beschränken, den ‚Crits‘ Inkonsequenz im Hinblick auf ihren Marxismus sowie Reformismus und das Ausbleiben einer Kritik von Klassenherrschaft vorzuwerfen. Während Letzteres zumindest nicht auf die in Teil A behandelten Beiträge Freemans, Klares und Abels zutrifft, könnte sich im Übrigen meine Kritik an den ‚Studies‘ mit den Vorwürfen Oberkoflers treffen. Allerdings ist diese Annahme vage und da in dem Beitrag jeglicher Verweis auf Rechtsformkritik und Totalitätskritik wie auch eine Auseinandersetzung mit der Gefahr der Gegenemanzipation fehlen, ist es zweifelhaft, dass man sich auch noch im Einzelnen treffen würde.

II. Vertraute Probleme und kaum Weiterentwicklungen der ‚Rechtsableitungsdebatte‘

In eine gänzlich andere Richtung weisen die beiden folgenden Beiträge. Sie setzen nämlich die Ansätze der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ fort. Folglich ist zu prüfen, ob sie dabei die formabsolutistische oder ökonomistisch funktionalistische Systemkritik des Rechts und die entsprechenden Probleme hinter sich lassen.

1. Reichelts Kontinuität in formabsolutistischer Systemkritik des Rechts

Helmut Reichelt knüpft in seinem Aufsatz „Geldmedium und Rechtsform als Konstrukte“ (1998) an seine frühe, im letzten Teil untersuchte Arbeit an. In beeindruckender Kontinuität geht er dabei von den gleichen Marx-Prämissen wie in der damaligen Kritik an Hegels „Philosophie des Rechts“ aus. Er konzentriert sich allerdings auf die Kritik der diskursethischen Begründung von Rechtsgeltung seitens Habermas bzw. auf eine materialistische Analyse von Rechtsgeltung – ein Begriff, der in seinem frühen Aufsatz keine Rolle gespielt hatte. In bestimmter Weise geht er dabei wieder vom „Idealismus“ des Kapitals aus (Reichelt 1972: XXX), also vom Gedanken der Selbstreproduktion des Kapitals und – durch Ableitung rekonstruiert – entsprechend des Rechts. Aufbauend auf diesem Gedanken wurde von mir herausgearbeitet, dass das Recht trotz seiner der Warenform „homologen“ oder „identischen“ Form (Balbus) nicht allein in der Formtotalität gründen kann bzw. die „Systemerfordernisse“, für die die Rechtsform laut Balbus funktionell sein soll, an prominenter Stelle präzisiert werden müssen: Die Verselbständigung des Rechts hat ihren materiellen Grund im Kapital, im „sich selbst verwertenden Wert“ (Marx). Es handelt sich um eine Formfunktionalität des Rechts für das Kapital.

In dem neuen Text untersucht Reichelt diesen formfunktionellen Zusammenhang zwischen Kapital und kapitalistischem Recht ausgehend vom „Dualismus von Wirtschafts- und Staatsbürgerlichkeit“. Damit geht es um die vor allem von Tuschling betonte Verortung der Gegensätze der kapitalistischen Formen im (Rechts-)Subjekt. Reichelt referiert den simplen, aber wichtigen, aus der „Deutschen Ideologie“ von Marx und Engels stammenden Gedanken von der Notwendigkeit der „Allgemeinheit des Rechts“ zur Verwirklichung von „besonderen kapitalistischen Interessen“ (Reichelt 1998: 386ff.). Die Allgemeinheit des Rechts meint bei Reichelt wie schon bei Marx und Engels einen zentralen Bestandteil der kapitalistischen Rechtsform: einerseits das allgemeine Gesetz im juristischen Sinn, als verdinglichte Erscheinung der Rechtsform, andererseits die Allgemeinheit der herrschaftlich übergreifenden, verselbständigten Vermittlung durch Abstraktion, also die empirisch-überempirische Allgemeinheit. Die „duale Interessenlage“ (a. a. O.: 387) löse sich gemäß Reichelt auf, weil die Wirtschaftsbürger die Staatsbürgerlichkeit wollen müssen, um ihre kapitalistischen Wirtschaftsinteressen verwirklichen zu können (a. a. O.: 387f.). Reichelt zitiert hier Marx’ Frage nach der Form, bezogen auf Arbeit, vom Anfang des „Kapital“ (s. A.III.2.).²⁰² Wie schon die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ insgesamt und explizit Tuschling schließt Reichelt hier jegliche Handlungstheorie aus, indem er die Interessen und entsprechende Handlungen, vermittelt über die Rechtsform, auf das Kapital bezieht und als dessen, den Subjekten nicht bewussten Ausdruck versteht. An der Selbstreproduktion des Kapitals hängt somit auch in diesem Aufsatz die Reproduktion des Rechts. Der „Idealismus des Kapitals“ aus seinem alten Aufsatz ist somit bei Reichelt Grundlage der „Geltung“ des Rechts.

Reichelt wiederholt somit weitgehend die Rechtsformableitung aus seinem früheren Text, bezieht sie jedoch deutlicher auf die Subjekte, ihre Interessen und den Begriff der „Geltung“. Damit zielt er in erster Linie wieder auf eine formlogische und formfunktionelle Verbindung zwischen Kapital

²⁰² Das ist zugleich die entgegengesetzte Position zu den in Anm. 89 skizzierten Hegel-Interpretationen, die im Verhältnis Bürger – Staat Subjektivität in einem indeterministischen Sinn erkennen wollen.

und Recht statt auf eine ökonomistisch funktionalistische. Zugleich stellt Reichelt hier erneut einen engen Zusammenhang zwischen Waren- und Rechtssubjekt her, der zum Ausdruck bringt, dass sich der herrschaftlich übergreifende Charakter der kapitalistischen Rechtsform nur in ihrer Qualität als Teil einer kapitalistischen, das kapitalistische Subjekt hervorbringenden Formtotalität ergibt. Die Interessen und Ideologien, die die Inhalte des Rechts bestimmen, auf die sich die meisten ‚Crits‘ und marxistische Handlungstheorien konzentrieren, zeigen sich so ganz von ihrer formbestimmten Seite: Sie gehen nicht als unberührte in das Recht ein, sondern als Interessen und Ideologien der gleichen kapitalistischen Subjekte, die auch Rechtssubjekte sind.²⁰³ Die entsprechende Formtotalität, so wurde bereits u. a. in Auseinandersetzung mit Reichelts frühem Aufsatz herausgearbeitet, verselbständigt sich durch die für das Kapital formfunktionelle Rechtsform. Wie bereits festgestellt, ist deshalb nicht allein das Kapital der Grund der kapitalistischen Rechtsform, sondern durch das Kapital auch die kapitalistische Formtotalität. Indem er die Verbindung von dieser Verselbständigung und den Interessen der Subjekte herstellt, macht Reichelt auch deutlich, dass sie entscheidender Grund einer Normativität qua „Rechtsfetischismus“ (Paschukanis; s. auch A.III.5.) und damit der Geltung des kapitalistischen Rechts ist. Es handelt sich um ein monistisches Sein-Sollen entsprechend dem „Idealismus des Kapitals“ (Reichelt).

Obwohl also Reichelt in dieser Hinsicht von einer extremen Verselbständigung des kapitalistischen Rechts ausgeht, bezieht sich Reichelts Kontinuität von früher zu später Rechtskritik auch in bestimmter Weise auf seine Tendenzen zu einem funktionalistischen Basis-Überbau-Schema. Er verwendet zwar nicht mehr die Termini Basis und Überbau, aber es geht allein um den Wirtschaftsbürger und wirtschaftlich kapitalistische Interessen, wenn Reichelt hier die Formfunktionalität des Rechts für das Kapital rekonstruiert. Es fehlen mit den darüber hinaus gehenden Interessen die darüber hinausgehenden Inhalte des kapitalistischen Rechts, damit eine wichtige Dimension seiner Verselbständigung. Das Problem ist nicht die Ableitung an sich, denn die Formfunktionalität für das Kapital soll nicht bestritten werden. Vielmehr bleibt wie in seinem früheren Aufsatz unklar, inwieweit so die Verselbständigung des kapitalistischen Rechts als Emanation der verselbständigten Formtotalität erfasst werden kann.

Reichelts Kontinuität bezieht sich ebenso darauf, empirische Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts, also von rechtlicher Formalität wie entsprechender abstrakter Freiheit und Gleichheit, nicht zu thematisieren. Damit muss er sich nicht nur wieder Reichs Vorwurf einer „Zivilrechtstheorie“ im Sinn des Aussparens anderer als zivilrechtlicher Rechtsgebiete einhandeln. Er lässt auch in historischer Perspektive jegliche Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts außer Acht, die in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ – abgesehen von Reichelt – thematisiert worden sind. Dazu passt, dass Reichelt zwar den „Klassenantagonismus“ erwähnt, aber es bei dieser Erwähnung belässt. Ein möglicher Zusammenhang dieses Antagonismus mit der Rechtsform, die Frage nach Widerspruchspotenzial in der Form überhaupt bleibt völlig unerörtert. Auch der Staat spielt wieder allenfalls eine Statistenrolle, obwohl Reichelt Klaus Günther, einen Habermas-Schüler, mit dessen Begriff der Rechtsform als „Dyade von Autonomie und Zwangsbefugnis“ zitiert (a. a. O.: 382). Die in dieser Arbeit herausgearbeitete Rolle des Staates, Ergebnisse zumindest oberflächlicher Nichtidentität und entsprechender Fragilität der kapitalistischen Rechtsform zu bewältigen und so auch für massive empirische Abweichungen vom abstrakt Liberalen der Rechtsform zu sorgen, wird nicht erörtert. Schon gar nicht geht Reichelt auf die daraus resultierende Frage ein, ob sich auf diese Weise eine wesentliche Nichtidentität der Rechtsform und damit Perspektiven von Emanzipation und Gefahren der Gegenemanzipation eröffnen. Ein solcher Befund und erst recht die Annahme einer solchen Nichtidentität würden auch Reichelts Annahme der Geltung des Rechts durch verselbständigte Normativität in Frage stellen. Wichtige Teile der kapitalistischen Rechtswirklichkeit ausklammernd, zeigt sich Reichelts Variante der Rechtsableitung so in der alten Weise defizitär: Es bleibt, wenn auch möglicherweise von Reichelt nicht intendiert, beim Bild einer totalen rechtlichen

²⁰³ Reichelts Ausführungen demonstrieren also auch, dass die Klärung des Begriffs der ‚Rechtsgeltung‘ einer Klärung der Fragen zur Negation des Rechts bedarf und umgekehrt.

Vermittlung, die aber nicht wie von Breuer zur totalen Unvermitteltheit konsequent identitätsphilosophisch zu Ende gedacht wird. Durch das weitgehende Aussparen der rechtlichen Inhalte endet die totale Vermittlung in bloßer Form, bloßer totaler Vermitteltheit. Sein – ungewollt – formabsolutistisch systemkritischer Determinismus wird wie im früheren Aufsatz nur an einigen Stellen durch Inkonsistenzen eines ökonomistisch funktionalistischen Determinismus durchbrochen.

2. Meyers Zivilrechtstheorie

In eine ganz ähnliche Richtung wie der Aufsatz von Reichelt weist der Beitrag „Arbeit und Eigentum in der Wissensgesellschaft“ von Lars Meyer (2004).²⁰⁴ Meyer will in seinem Beitrag zeigen, dass auch in der so genannten „Wissensgesellschaft“ Kapitalismus und folglich kapitalistisches Recht herrschen würden: „Das Faktum privatrechtlicher Eigentumsgarantie bleibt auch in der sog. ‚Wissensgesellschaft‘, was es immer schon gewesen ist: ‚juristischer Ausdruck‘ der ‚verkehrten Welt‘ der ‚realen Eigentumsverhältnisse‘, d. i. die ‚Verselbständigung der Produktionsbedingungen gegenüber den Produzenten‘“ (Reichelt 2004: 349).

Als Grundlage für diese These präsentiert er eine gelungene, rechtsformkritische Analyse der Genese der Rechtsform aus der politischen Ökonomie, wie sie aus Teilen der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ vertraut ist. Dabei führt er mehrere Punkte des auch in dieser Arbeit herausgearbeiteten Begriffs des kapitalistischen Rechts und von entsprechender Rechtsformkritik aus: Den empirisch-überempirischen, also übergreifenden, Charakter bezeichnet er als die prekäre „subjektiv-objektive Seinsweise“ des Rechts, die mit Handlungstheorie und / oder Funktionalismus nicht zu erfassen sei (a. a. O.: 327). Diese von Rousseau, Hegel und Marx auch im „allgemeinen Willen“ aufgenommene Form sei wie die ökonomischen Formen „Gedankenform“ und „objektiv“ (a. a. O.: 331). In dem übergreifenden Charakter erkennt Meyer die Grundlage der „Verselbständigung“ des Rechts, ohne dabei allerdings, wie in dieser Arbeit getan, genauer die Verselbständigung der Formtotalität durch die für das Kapital funktionelle Rechtsform hindurch zu erfassen sowie ohne das daraus resultierende Form-Inhalt-Problem der Rechtskritik zu erörtern. Er verwendet den Begriff der Verselbständigung nicht nur bezogen auf die Verselbständigung von der Spezifik alles Inhaltlichen, sondern auch bezogen auf die „Verselbständigung zur politischen Gewalt“ (a. a. O.: 337). Das steht, wenn auch terminologisch anders gefasst, im Einklang mit der in dieser Arbeit entwickelten Erkenntnis, dass auch die besondere staatliche Gewalt der Rechtsform unterworfen oder gar Erscheinung von ihr, somit aber zugleich ihre Garantieherrschaft ist. Meyer drückt es folgendermaßen aus: „die Rechtsform wird mittels Staatsgewalt auf Dauer gestellt und zur ‚existierenden Allgemeinheit‘“ (a. a. O.: 342). Die Funktionalität der Form konstatiert er ebenfalls, und zwar, auf Marx und Reichelt rekurrierend, als Formfunktionalität durch die kapitalistischen Einzelinteressen hindurch (a. a. O.: 337ff.). Dabei geht er allerdings höchstens implizit auf die Selbstreproduktion des Kapitals als Grundlage für die Reproduktion des Rechts bzw. der Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch ein.

Seine Ausführungen drängen wie bei Reichelt zur Idee von der Aufhebung alles Inhaltlichen, der Interessen und Ideologien, in dieser Form: „Der kodifizierte identische Wille aller Eigentümer und der existierende allgemeine Wille sind dasselbe. Interessengegensätze haben dabei rein quantitativen Charakter: wer beispielsweise das Erbrecht ändern will, muß dennoch allgemeines Erbrecht als privatrechtliche Institution wollen usw.“ (a. a. O.: 343). „Resultat ist die Wirklichkeit einer Form des Rechts, die der ‚Allgemeinheit des Begriffs‘ der rechtlichen Einheit überhaupt entspricht.“ (a. a. O.: 344). Zugleich geht er hier von einer Identität von Wesen und Erscheinung und letztlich von Form und Inhalt des Rechts aus, die eine wesentliche Nichtidentität der kapitalistischen Rechtsform ausschließen. Dies ist allerdings nur *eine* seiner impliziten Antworten auf das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik.

²⁰⁴ Das ist nicht erstaunlich, da dieser Text in einer Festschrift für Reichelt veröffentlicht wurde.

Sie widerspricht seiner zuvor festgehaltenen Einsicht, dass die Rechtsform „strikt zu unterscheiden von den Inhalten dieses Rechts“ sei (a. a. O.: 331). Damit ist man zugleich bei dem Problem angelangt, dass, wohlwollend interpretiert, das Verhältnis von Form und Inhalt des Rechts in seiner Theorie nicht geklärt wird, weniger wohlwollend interpretiert, läuft es bei ihm nach einem unerörterten dualistischen Beginn auf eine unreflektierte Ablehnung einer Nichtidentität von Form und Inhalt hinaus. Zwar taucht bei ihm, wie zitiert, Staatsgewalt auf, das gleiche gilt für Klassenherrschaft. Aber wie bei Reichelt wird beides in keiner Weise als Ausweis einer wesentlichen Nichtidentität der Rechtsform betrachtet, sondern nur als Vermittlungsmaterial oder Vermittlungsgaranten. Besonders deutlich ist er in dieser Hinsicht, wenn er schreibt: „So ist das moderne Recht seiner Form nach genuin Privatrecht,“ (a. a. O.: 326). Das läuft allzu deutlich auf eine „Zivilrechtstheorie“ (Reich) hinaus, den schlechten Kontrapunkt zu Breuers These vom Untergang der Rechtsform. Das Körnchen Wahrheit ist zwar, dass, wie gezeigt (s. A.VI.4. und B.II.2.) liberale Mindeststandards und damit ein Minimum an abstrakter Liberalität kapitalistisches Recht in seiner Formfunktionalität kennzeichnen. Aber zum Ersten ist schon gezeigt worden, dass es aus empirischen und historischen Gründen insofern nur begrenzt Sinn macht, diese abstrakte Liberalität als vor allem privatrechtlich zu verstehen, weil sie auch im Straf- und öffentlichen Recht von Bedeutung sein kann, und dies auch, etwa in gegen den Staat gerichteten Grundrechten oder Strafprozessrechten, für die Entstehung kapitalistischer Gesellschaft war. Zum zweiten gehören zur unemphatisch verstandenen kapitalistischen Rechtsform, die nur ein positivistischer Formbegriff vom Prozess trennen kann, wie in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ demonstriert, mehr als nur abstrakt liberale Erscheinungen. Und die zumindest empirische Nichtidentität dieses Prozesses weist erst recht über das abstrakt Liberale hinaus. Mit Meyers Behauptung wird nicht nur die Empirie historischer Entwicklungen jenseits von rechtlicher Formalität, Freiheit und Gleichheit ignoriert, an der sich die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ abgearbeitet hat – allein schon vom Privatrecht abweichende Rechtsgebiete wie Einzelfallgesetze im öffentlichen Recht spielen keine Rolle. Begrifflich wird so zudem die kapitalistische Rechtsform freiheitsemphatisch aufgeladen und die wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der kapitalistischen Rechtsform wird ohne Reflexion ihrer im Mindesten für die konkrete Gestalt des Rechts bedeutsamen Nichtidentität verewigt. Von der Erörterung gegenemanzipatorischer Gefahren, also auch von Widerspruchs- und Subjektivitätspotenzialen in dieser Perspektive, ist erst recht nichts zu erkennen.

In dieser Hinsicht wird dann auch seine Analyse der Verselbständigung des kapitalistischen Rechts problematisch. Wegen Meyers Idee, das kapitalistische Recht sei „genuin Privatrecht“, wird der Eindruck bestärkt, dass er seine Analyse auf das Recht der Ökonomie beschränkt. Zwar wird er hier, anders als Reichelt, nicht ökonomistisch funktionalistisch. Deshalb legt er an keiner Stelle nahe, dass sich das Recht positivistisch aus der Ökonomie ableiten lasse. Doch auch ohne diesen Irrtum bleibt bei ihm unklar, was Recht in anderen Bereichen als dem ökonomischen ist bzw. warum es auch dort gilt.

Alles in allem lassen sich mit Reichelts und Meyers Beiträgen kaum mehr Erkenntnisse für den Begriff des kapitalistischen Rechts und entsprechend die Beantwortung meiner Ausgangsfragen gewinnen als schon durch die frühe, 30 Jahre zuvor verfasste Arbeit von Reichelt. Das soll freilich nicht in Abrede stellen, dass die Arbeiten hinsichtlich einer Kritik von Habermas bzw. Theorien der Wissensgesellschaft gute Dienste erweisen mögen. Das sich jeder materialistischen Rechtskritik stellende Form-Inhalt-Problem wird aber nicht erörtert. Die sich von Beginn dieser Arbeit an stellenden empirischen Herausforderungen, Autonomie und Funktionalität des kapitalistischen Rechts sowie Abweichungen von abstrakter Liberalität, sind sie noch weniger imstande zu lösen als einige der in Teil A und B untersuchten Arbeiten. Die Verbindung zwischen Kapital und Rechtsform hatte Reichelt im Übrigen bereits in seinem frühen Aufsatz hergestellt. Folglich wird in den beiden Aufsätzen die Wirklichkeit von Recht und vor allem von Rechtlosigkeit im Angesicht kapitalistischer Totalität nicht überzeugend kritisiert. Voraussetzung und Folge ist, dass die Fragen zur Negation des Rechts nicht erörtert werden. Es ist wie bei Reichelt 30 Jahre zuvor nicht nur ein Problem der Schwerpunktsetzung, sondern auch der Methode einer Rechtsformableitung, die zentrale Elemente von Recht und vor allem von Rechtlosigkeit nicht erfassen kann.

III. Ansätze für Auswege aus den Problemen der ‚Rechtsableitung‘ und ‚Critical Legal Studies‘

Die drei im Folgenden untersuchten Beiträge, die Monografie „Warenform und Rechtsform. Zur Rechtstheorie von Eugen Paschukanis“ von Andreas Harms (2000), der Aufsatz „Zur Aktualisierung kritischer Rechtstheorie – die Bedeutung des Rechts in der materialistischen Theorie“ (2004) von Sonja Buckel und „Der Wert des Souveräns. Zur Staatskritik von Eugen Paschukanis“ (2003) von Alex Gruber und Tobias Ofenbauer gelangen über die Probleme der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und der ‚Critical Legal Studies‘, ökonomistisch funktionalistische bzw. formabsolutistische Systemkritik und handlungstheoretische Ideologiekritik bzw. Wesensphilosophie des Rechts, hinaus. Diese Beiträge sind folglich von großer Bedeutung für meine Untersuchung der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ gewesen. Vor allem an Buckels Beitrag kann ich somit weniger als bei den bisherigen Arbeiten das Ausbleiben von wichtigen Reflexionen monieren, sondern es gibt für mich lediglich Anlass zur Kritik an einigen Ihrer Reflexionsergebnisse. Die Konzentration auf meine Kritik an den drei Beiträgen soll also nicht darüber hinwegtäuschen, dass ich von allen besonders viel profitieren konnte.²⁰⁵

1. Harms‘ Auseinandersetzung mit Paschukanis und dessen Rezeption

Harms untersucht in seiner Dissertation vor allem eine beeindruckende Menge marxistisch rechtstheoretischer Arbeiten, um die Rezeption von Paschukanis umfassend aufzuarbeiten. Dabei behandelt er, wie schon in Teil B ausgewiesen, einige der auch von mir untersuchten Beiträge der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ sowie Balbus‘ Beitrag. Auf diese Weise und in der Auseinandersetzung mit Paschukanis‘ Rechtskritik selbst arbeitet er präzise einige der Probleme heraus, die auch ich, u. a. durch seine Arbeit beeinflusst, in den Beiträgen zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘ ausgemacht habe. Zudem gehört er zu den wenigen Autoren, die sich der Frage nach der Möglichkeit der Negation des Rechts für Emanzipation in dem von mir akzentuierten Sinn explizit stellen, nämlich und auch anders als in diesem Teil Taiwo, im Hinblick auf das, was dieser Negation im Bestehenden entgegensteht. Wie sich schon in seiner Beurteilung der Arbeiten von Reichelt, Negt und Tuschling gezeigt hat, können seine Problemlösungen allerdings nur zum Teil überzeugen. Diese Lösungen, zugleich Fragmente seiner eigenen materialistischen Rechtstheorie, präsentiert er vor allem in Kapitel 4, „Dogmatismus und Aktualität von Allgemeine Rechtslehre und Marxismus“ (2000: 143ff.). Sie sollen im Folgenden im Zusammenhang untersucht werden.

Überzeugend stellt er in diesem Kapitel den übergreifenden, empirisch-überempirischen Charakter der kapitalistischen Rechtsform heraus, also einen zentralen Teil des Wesens des kapitalistischen Rechts, den so viele der in dieser Arbeit behandelten Autoren nicht erfassen. Es fehlt allerdings der Begriff der Vermittlung, was sich letztlich rächen wird, weil damit das Form-Inhalt-Problem nicht ins Blickfeld gerät. Im Zusammenhang mit dem überempirischen Charakter der Rechtsform spricht er sogar von einer „Totalität“ des Rechts, ein Begriff, dem ich angesichts der zumindest empirisch deutlichen Lücken in der Verrechtlichung den des Übergreifens vorziehe. Dabei stellt er auch knapp den Zusammenhang zum Kapital her, das er als „sich selbst verwertenden Wert“ (Marx) auffasst, ohne allerdings genauer auf die Formfunktionalität und das Problem von Theorien inhaltlicher, ökonomistischer Funktionalität einzugehen. Viele weitere von mir geteilte, aber

²⁰⁵ Die in meiner Untersuchung insofern überproportional vorhandene Kritik ist dem Umstand geschuldet, dass es in diesem Teil, wie in seiner Einführung vorausgeschickt, weniger als in Teil A und B um die umfassende, und mehr um die nur zweckgebundene Vorstellung der Werke geht. Der Zweck ist die Erörterung und Beantwortung meiner Ausgangsfragen.

meines Erachtens weniger wichtige Thesen, die so auch in der einen oder anderen Arbeit in Teil A und B aufgetaucht sind, könnten angeführt werden.

In Konzentration auf Harms' entscheidende Ausführungen bezüglich meiner Ausgangsfragen gelangt man zu seiner Kritik von Paschukanis' Variante der These vom „Absterben“ des Rechts. Dabei richtet Harms sich – zumindest explizit – nicht generell gegen die Vorstellung, dass Recht für Emanzipation abgeschafft werden müsse. Vielmehr stellt er sich der Frage nach der Möglichkeit der Negation des Rechts im Hinblick auf das, was im Bestehenden der Negation entgegenstehen könnte insofern, als er demonstriert, wie ‚Negationen‘ des Rechts in den kapitalistischen Formen aufzugehen drohen. Er untersucht nämlich, inwieweit Paschukanis in der Entfaltung seiner These der bestehenden Rechtsförmigkeit verhaftet bleibt. Paschukanis geht nämlich davon aus, dass, „technische Regeln“ im Kommunismus notwendig seien. Unter „technischen Regeln“ versteht Paschukanis Zweckbestimmungen, die nur in dem Sinn normativ seien, als ihre Befolgung nötig sei, um bestimmte Ergebnisse auf der Basis eines allgemein geteilten Zwecks zu erreichen (Paschukanis 2003 [1924]: 77ff.). Insofern überschneidet sich sein Begriff mit dem von Neumann (s. Anm. 95). Die alleinige Geltung „technischer Regeln“ wird von Paschukanis aber, anders als von Neumann, ausschließlich als emanzipatorisches Ziel ausgegeben. Das wird deutlich, wenn er sich über einen Spezialfall der „technischen Regeln“, die „soziale Schutzmaßnahme“ auslöst (Paschukanis 2003 [1924]: 188ff.). Sie beruhe nicht, wie das kapitalistische Strafrecht, auf dem Prinzip der äquivalenten Vergeltung, sondern bestimme den Zweck des Schutzes der Gesellschaft und der Heilung des Delinquenten. Der notwendige „Zwang“ sei dann ein „reiner Zweckmäßigkeitssakt“ (a. a. O.: 189).

Hier setzt Harms mit seiner Kritik an und wendet zurecht ein, dass spätestens mit dem Zwang eine abstrakte Allgemeinheit handfest auf den Plan trete, also etwas, das rechtsförmiger Staatsgewalt gleichkomme. Er bringt seine Kritik an Paschukanis' Begriff der „technischen Regeln“ auf den Punkt, indem er schreibt: „[E]inerseits erscheint der Begriff überflüssig, wenn er gesellschaftlich vermitteltes Wissen von technischen oder sozialen Vorgängen und daraus folgende instrumentelle Regeln bezeichnen soll. Andererseits wird es missverständlich, wenn er den Normbegriff im Kelsenschen Sinne lediglich ersetzt bzw. lediglich anders etikettiert.“ (Harms 2000: 148). Hinzuzufügen ist allerdings, dass auch Harms' Begriff der „instrumentellen Regeln“ im Mindesten missverständlich ist, weil er den Herrschaftscharakter dieser Regeln begrifflich nicht ausschließt. Eine solche, auf der gegenwärtigen Unbegreifbarkeit herrschaftsfreier Vermittlung durch Abstraktion beruhende Kritik des Begriffs der „technischen Regeln“ bei Paschukanis trifft sich mit meiner Kritik an den verbreiteten Vorstellungen von ‚Emanzipation‘ mittels Recht. Im Übrigen muss diese Kritik auch Neumanns Begriff der „technischen Regeln“ treffen.²⁰⁶ Allerdings weist Harms nicht auf die gegenemanzipatorische Gefahr hin, die solche Vorstellungen bergen. Damit ist man meines Erachtens auf eine zentrale Leerstelle seiner Argumentation gestoßen: Die Gefahr und zugleich das theoretische Problem unvermittelter Konkurrenz, Herrschaft und / oder Identität. Diese Leerstelle verweist auf ein weiteres Defizit von Harms' Beitrag, nämlich auf die mangelhafte Reflexion der in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ vielfach erörterten empirischen Abweichungen von

²⁰⁶ Zwar verbindet er seine „technischen Regeln“ nicht unmittelbar mit Kommunismus. Indem er seinen Begriff ahistorisch fasst, die Regeln damit auch für Emanzipation offen hält, hat er aber umso deutlicher eine formunkritische und damit affirmative Schlagseite (vgl. Anm. 95). Diese Kritik muss auch die diesbezügliche Unterreflektiertheit Janet Campbells treffen. Sie setzt sich in ihrer Monografie „An Analysis of Law in the Marxist Tradition“ intensiv mit dem Charakter von „regulation“ auseinander und sieht diese u. a. im Anschluss an Paschukanis nicht als Recht an (Campbell 2003: 321f.). Einerseits deckt sich das, wie im Fall von Paschukanis, mit der hier entwickelten These von der Notwendigkeit der Negation des Rechts für Emanzipation. Andererseits ist ihr Begriff von Regulierung ähnlich problematisch wie bei Paschukanis, und zwar im Hinblick auf den kapitalistische affirmativen Gehalt des Regel-Begriffs. Das wird besonders deutlich, wenn sie für das Nicht-Recht der „Regulierung“ eine eigene Art von „jurisprudence“ ausruft (a. a. O.: 320). Im Übrigen geht sie nicht explizit rechtsformkritisch vor und reflektiert vor allem die Verselbständigung des Rechts und kapitalistische Formtotalität nicht. Daher kann sie etwa Regulierung im Kibbutz als Beispiel emanzipatorischer Rechtlosigkeit heranziehen (a. a. O.: 256ff).

abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts.

Um mit dem letztgenannten Problem zu beginnen: Diese Reflexion fällt bei Harms nicht völlig aus: Eine weitere Kritik von ihm an Paschukanis lautet nämlich, dass dieser das kapitalistische Strafrecht auf äquivalente Vergeltung reduziere, so dass er übersehe, dass auch im Kapitalismus Strafen auf andere Zwecke zielen könnten, und zwar u. a. auf Schutz der Gesellschaft vor den Tätern. Reichs Vorwurf, dass Paschukanis eine „Zivilrechtstheorie“ entworfen habe, bestätige sich auf diese Weise, denn jede Regel, die nicht den Privatinteressen der Warensjekte diene, werde somit vom Rechtsbegriff abgespalten – abgesehen vom Strafrecht, das Paschukanis allerdings auch allein der Äquivalenzlogik zuordne (Harms 2000: 148). Das trifft sich mit meiner Kritik an den ‚Critical Legal Studies‘ und Reichelt, dass diese sich nämlich auf so genanntes liberales Recht bzw. das abstrakt Liberale des kapitalistischen Rechts, also rechtliche Formalität, abstrakte Freiheit und Gleichheit, fixieren mit dem Ergebnis der Ideologiekritik des „liberalen“ Rechts bzw. einer formabsolutistischen Rechtskritik. Auf diese Weise werden, wie im letzten Teil von mir herausgearbeitet, die Abweichungen übersehen, die sich aus der Natur einiger Rechtsgebiete, insbesondere von Teilen des öffentlichen Rechts, ergeben. Zum anderen geht es um Abweichungen in historischer Perspektive. Doch auf sie geht Harms nur in einem Satz ein, wenn er nämlich von „moderner Sozialstaatlichkeit“ spricht (a. a. O.: 153).

Völlig außer Acht lässt er unvermittelte Rechtlosigkeit. Damit wäre man bei dem ersten oben genannten Defizit von Harms' Beitrag angelangt: An die Erörterung von Rechtlosigkeit müsste sich eine Erörterung der Gefahr von Gegenemanzipation anschließen, und zwar im Hinblick auf gegenemanzipatorische Potenziale im bestehenden Recht. Dass Harms auf die Abweichungen von der abstrakten Liberalität der Rechtsform nicht ausreichend eingeht, deutet – wie schon seine in Teil B angeführte Rezeption von Reichelt, Negt, Reich und Tuschling – an, dass er nicht oder zumindest nicht konsequent den unbedingten Zusammenhang der Rechtsform mit ihrer Nichtidentität berücksichtigt, geschweige denn erörtert, inwieweit diese Nichtidentität wesentliche, also auf Gegenemanzipation und Emanzipation zielende Potenziale zur Konsequenz haben könnte. Das ist zugleich der tiefere Grund, warum seine Antworten auf die Frage nach dem Charakter von empirischen Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts bzw. nach der Bedeutung von „technischen Regeln“ und „sozialen Schutzmaßnahmen“ (Paschukanis) nicht völlig befriedigen können. An einigen Stellen scheint er sogar seiner Kritik an dem Reduktionismus von Paschukanis Rechtsbegriff zu widersprechen: Um den empirisch-überempirischen Charakter der Rechtsform herauszuarbeiten, greift er auf Marx' Warenhüter-Theorem zurück (s. Anm. 131). Diese Rezeption mündet bei ihm in die These: „Die Arbeit setzt das Subjekt als Form ihrer Vermittlung und damit die Kategorie des Rechts, welche also als eine der Zirkulation zu begreifen ist.“ (Harms 2000: 162). Was macht Harms hier anderes, als die Rechtsform allein auf die Warensbjektivität zurückzuführen, als also genau das zu tun, was er Paschukanis wenige Seiten zuvor als „Zivilrechtstheorie“ (Reich) angekreidet hat? Wie schon in Auseinandersetzung mit Reichelt in Teil B ausgeführt, muss eine allein am Warenhüter-Theorem orientierte ‚glatte‘, formabsolutistische Ableitung an der Empirie des kapitalistischen Rechts vorbeiziehen. Wenngleich Negts Insistieren auf dem Zusammenhang des Rechts mit der Produktion handlungstheoretische und ahistorische Züge hat, verweist es auf die zumindest auf empirischer Ebene unbestreitbare Nichtidentität des kapitalistischen Rechts – wie ich Harms' einseitiger, seinen formabsolutistischen Tendenzen geschuldeter Kritik entgegengehalten habe (s. Anm. 182).

Allerdings verweisen auch Harms' Ausführungen zumindest an einigen wenigen Stellen auf diese Nichtidentität, wenn er etwa schreibt: „Wie der Begriff des Geldes den blinden Marktmechanismus des kapitalistischen Selbstverwertungsprozesses repräsentiert, verweist der abstrakte Begriff der Geltung auf die staatliche Macht, welche weder von Gott noch von einer anderen Vernunft abgeleitet werden kann.“ (Harms 2000: 154). Davon dass hier Gott als Vernunft bezeichnet wird, sollte man sich nicht ablenken lassen. Auch wenn Harms es nicht so intendiert haben mag, benennt er hier mit der Geltungsgarantie eine nicht der Rechtsform oder anderer kapitalistischer Formen unterworfenen Seite des Staats. Andernfalls wäre der Staat allein aus der „Vernunft“ der Formen ableitbar. Wirklich zum Ausdruck kommt diese Seite meines Erachtens

aber eben erst in Abweichungen staatlicher Akte von rechtlicher Formalität, die Harms gerade nicht thematisiert. An anderer Stelle beschreibt Harms das kapitalistische Subjekt als „in sich widersprüchliche, freie und gleiche, aber doch unfreie und ungleiche, nach außen als abgeschlossene Einheit“ (a. a. O.: 168). Hier treibt er also die Nichtidentität von Form und Inhalt sogar bis zum Widerspruch, wobei aus vorhergehenden Ausführungen in meiner Arbeit entnommen werden kann, dass es – wie in Tuschlings und Reichelts Beiträgen – der Widerspruch zwischen Wirtschafts- und Staatsbürgerlichkeit sein könnte. Allerdings ist unklar, in welcher Weise er hier den Widerspruchsbegriff verwendet – ob als bloßen Gegensatz oder als Widerspruch im strengen Sinn, der das Recht in seiner Existenz gefährdet. Das gilt vor allem deshalb, weil er an anderer Stelle, wie von bloßer totaler Vermittlung und in dieser Hinsicht von Reichelts Argumentation ausgehend, ausführt, individuelle Zwecksetzungen seien insofern „abstrakt“ (im Hegelschen Sinn konkret) bzw. nur schein konkret, als sie dem Individuum eine „Selbstobjektivierung“ auferlegten. Er bezieht sich dabei positiv auf die Systemtheorie Luhmanns (a. a. O.: 166), also auf jene Theorie, die – anders als Reichelt: in affirmativer Absicht – unreflektiert jegliche wesentliche Differenz der Inhalte und von Form und Inhalt bzw. System und Element, aus dem Recht streicht und in der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ in ihrer funktionalistischen Variante marxistische Versionen findet. Im Übrigen kritisiert Harms Paschukanis genau dann, wenn dieser eine Nichtidentität der Rechtsform durchblicken lässt, indem er auf den Charakter des Staates als „Organisation der Klassenherrschaft“ hinweist: „Auf diese Weise spaltet er den Untersuchungsgegenstand Staat in zwei Hälften. Dabei begründet sich dies Spaltung für ihn nicht aus zwei unterschiedlichen Methoden der Betrachtung, z. B. soziologisch oder juristisch, sondern aus einem doppelten Charakter des Staates selbst.“ Dieser doppelte Charakter ist meines Erachtens schlicht Ausdruck der Nichtidentität der kapitalistischen Rechtsform und der kapitalistischen Formen überhaupt, also Ausdruck dessen, dass vermittelte und unvermittelte Herrschaft im kapitalistischen Staat und im kapitalistischen Recht vereint sind.

Mit der Nichtidentität übersieht Harms aber nicht nur die Gefahr unvermittelter Klassen- und staatlicher Herrschaft, sondern Klassen können für ihn wie für Breuer generell nur „Oberflächenphänomene“ sein (a. a. O.: 152). Der Klassengegensatz ist also nicht einmal mehr der Gegensatz durch den sich die Kapitalform (und mit ihr in bestimmter, erläuteter Hinsicht die Rechtsform) reproduziert, sondern er spielt bei ihm keinerlei Rolle, „die Prinzipien bürgerlicher Vergesellschaftung gründen sich eben auf mehr und anderes als den Anerkennungskampf des Großsubjekts Arbeiterklasse.“ Den Beweis, dass Arbeiter somit nur Erscheinungen der kapitalistischen (Rechts-)Form sind, also bloße „Ware-Geld-Monaden“, wie Harms schreibt (a. a. O.: 168), kann er aber nicht liefern. Zwar entgeht er so unzweifelhaft handlungstheoretischen Marxismen. In dieser Eindeutigkeit streicht er aber die Nichtidentität von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts überhaupt und damit jegliche Indeterminiertheit nicht nur von Arbeitern.

Harms’ Rechtskritik lässt sich also deutlicher als die bisher behandelten als Rechtsformkritik im in dieser Arbeit entwickelten Sinn charakterisieren: als eine Rechtskritik, die das empirisch-überempirische Wesen des Rechts erkennt, aber nicht als Wesensphilosophie. Dabei reflektiert er noch mehr als Reichelt die kapitalistische Totalität und das Übergreifen der kapitalistischen Rechtsform. Trotzdem geht er auch auf Abweichungen von abstrakter Liberalität dieses Rechts ein, den Prüfstein eines Begriffs vom kapitalistischen Recht, der dieses als historisch wesentlich bestimmt erfasst und in eine kapitalistische Totalität einbezieht. Doch seine Reflexion dieser Empirie wie auch die Reflexion der Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts gehen meines Erachtens nicht so weit, dass er den Horizont der formabsolutistisch systemkritischen Variante der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ deutlich überschreitet. Das führt am Ende dazu, dass seine Rechtsformkritik im Zuge einer tendenziellen Auslöschung einer wesentlichen Nichtidentität von Form und Inhalt im kapitalistischen Recht – wohl ungewollt – im Determinismus einer Systemkritik des Rechts enden muss. Er erörtert entsprechend das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik nicht. Wenn er trotzdem an Kritik und Emanzipation festhalten will – in dieser Hinsicht ist er nicht ganz eindeutig – steht auf der einen Seite die Frage im Raum, woher gemäß seiner Theorie das Potenzial für Widersprüche und Indeterminiertheit kommen soll. Auf der anderen Seite geht, wie gezeigt, mit der mangelnden Reflexion der Frage nach dem Form-Inhalt-

Verhältnis im kapitalistischen Recht der weitgehende Ausfall der Erörterung der Gefahr der Gegenemanzipation einher.

2. Buckels Rechtsformkritik

Noch weitergehende Antworten auf die Probleme mit einem Begriff von Recht und von Rechtlosigkeit im Hinblick auf meine Ausgangsfragen bietet Sonja Buckel in ihrem Aufsatz „Zur Aktualisierung kritischer Rechtstheorie – die Bedeutung des Rechts in der materialistischen Theorie“ (Buckel 2004). Sie rezipiert dabei einige der von mir in Teil B untersuchten Beiträge und knüpft vor allem an Paschukanis, Balbus, Gramsci und Poulantzas sowie an Poststrukturalismus an. Wie Harms von Paschukanis und seiner Rezeption ausgehend, sucht sie, ebenfalls wie Harms, den übergreifenden Charakter der kapitalistischen Rechtsform zu erfassen. Dabei gibt sie, auch in meiner Arbeit behandelte Kritiken an Paschukanis aufarbeitend, explizit als Aufgabe vor, ein „Basis-Überbau-Theorem“ wie auch eine „Zivilrechtstheorie“, also eine Fixierung auf abstrakte Liberalität, und einen „Ökonomismus“ mittels einer „Rechtsformanalyse“ zu vermeiden (Buckel 2004: 33ff.). Außerdem reflektiert sie, ausgehend von einer Rezeption von Gramscis „Kräfteverhältnisse“-Theorem, die Bedeutung der Subjekte im kapitalistischen Recht (a. a. O.: 39f.). Schließlich berücksichtigt sie, vor allem in Auseinandersetzung mit Poststrukturalismus, Abweichungen von abstrakter Liberalität bis hin zu Rechtlosigkeit durch staatliche Willkür (a. a. O.: 40f.). Dieser kurze Abriss macht bereits deutlich, dass sie besonders viele der auch in dieser Arbeit aufgeworfenen Probleme eines Begriffs des kapitalistischen Rechts angeht.

Ausgehend von einer generellen Problematisierung des „Basis-Überbau-Theorems“ (a. a. O.: 33), setzt sich Buckel zunächst mit Paschukanis und – wie in Teil B schon aufgegriffen – mit der auch in dieser Arbeit verhandelten Kritik an ihm durch Negt, Reich und Poulantzas auseinander. Im Gegensatz zur ‚Rechtsableitungsdebatte‘ liefert sie hier, gestützt auf Balbus, einen eindeutigen rechtsformkritischen Vorschlag, um die über Ökonomisches hinausgehenden Inhalte des Rechts sowie die (tatsächlichen oder vermeintlichen) Abweichungen von der abstrakten Liberalität der kapitalistischen Rechtsform zu erfassen: „Es ist also der konkrete Partikularismus der kapitalistischen Gesellschaft, der die bloß abstrakte Allgemeinheit bedingt, in welcher die Einzelnen in ihrer fensterlosen Isoliertheit erst über abstrahierende Verfahren miteinander vermittelt werden.“ (a. a. O.: 36). Weiter heißt es: „Wenn der von Paschukanis beschrittene Weg der Rechtsform weitergeführt wird, dass Recht als eine soziale Form, als ein Träger gesellschaftlicher Synthesis, eine prinzipiell von Herrschaft und Ausbeutung durchzogene unbewusste Vergesellschaftung prozessierbar macht, so zeigt sich, dass sowohl das Warenhüter-Theorem [von Marx] selbst als auch der produktionsvermittelte Tausch [aus der Theorie von Negt] eine viel zu verengte Totalitätsauffassung beinhalten. Fassen wir hingegen die kapitalistische Vergesellschaftung als ganze als erst über Verfahren oder Träger notdürftig produzierte auf, als das Getriebe, das sich durch die Antagonismen und den immanent-gesamtgesellschaftlichen Bruch hindurch knirschend, stöhnend, mit unsäglichen Opfern, bis heute erhält, so lassen sich auch Strafrecht und Staatsrecht erklären. Weder die Mehrwertproduktion noch die Klassenvergesellschaftung oder andere gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse wie Sexismus oder Rassismus fielen aus dem Analyseraster.“ (a. a. O.: 37). Dieser Begriff des kapitalistischen Rechts überschneidet sich weitgehend mit dem in den letzten beiden Teilen dieser Arbeit von mir herausgearbeiteten. Zum einen ist die wesentliche, also auch überempirische, historische Bestimmtheit in der kapitalistischen Rechtsform mit dem Begriff der „abstrakten Allgemeinheit“ angedeutet und der Begriff der Vermittlung mit dem des Verfahrens. Zum anderen versteht Buckel diese Rechtsform nicht freiheitsemphatisch, so dass von abstrakter Freiheit und Gleichheit abweichende Teile des Rechts zumindest in Reichweite dieses Begriffs geraten. Als Emanation einer Totalität verstanden, wie hier angedeutet, erfasst die Rechtsform zudem die gesamte gesellschaftliche Empirie, alles Besondere, auch die besonderen Herrschaftsverhältnisse und Gegensätzlichkeiten. Das steht im Einklang mit meiner These von der Verselbständigung der kapitalistischen Formtotalität durch die übergreifende Rechtsform hindurch.

Problematisch ist, dass Buckels Begriff des kapitalistischen Rechts im Hinblick auf den Charakter der wesentlichen Vermittlung unscharf zu werden droht. Begriffe von Vermittlung und realer, historischer Wesentlichkeit werden von ihr, wie gesagt, nur angedeutet. Die „abstrakte Allgemeinheit“ ist nur Teil dieser Vermittlung und wenn sie von „Verfahren“ spricht, deutet dass nur auf Erscheinungen dieser Vermittlung. Erfasst man den Vermittlungscharakter aber unvollständig und tendenziell auf der empirischen Ebene, so kann die Totalität gerade nicht vollständig erfasst werden, es sei denn der Verfahrensbegriff wird völlig entleert. Vor allem aber sind durch diese begrifflichen Mängel die emanzipatorischen und gegenemanzipatorischen Potenziale im kapitalistischen Recht nicht zu erkennen. Zwar erwähnt sie in ihrem Aufsatz, dass die formale Gerechtigkeit des kapitalistischen Rechts eine Emanzipation von unmittelbarer Herrschaft bedeute (a. a. O.: 40). Den Aspekt der Rechtsform, mit der Vermittlung durch Abstraktion die Voraussetzung abstrakter Freiheit und Gleichheit, aber möglicherweise auch ein Potenzial für eine zwanglose Vermittlung durch Abstraktion, also für Individualität in freier Assoziation, zu liefern, kann sie mit ihrem Rechtsbegriff jedoch nicht herausarbeiten. Umgekehrt ist dergestalt zumindest nicht explizit der Herrschaftscharakter der Vermittlung durch Recht im Kapitalismus benannt. Deshalb nimmt ihre Kritik allein die zu vermittelnde Herrschaft ins Visier, und nicht auch die Herrschaft der Vermittlung selbst. Auf diese Weise bleibt im Mindesten unklar, wie sie Unvermitteltheit, also Unterdrückung oder Liquidierung von Individualität, mit ihrer Vorstellung von Emanzipation entgehen will.

Mit ihrer Erkenntnis der Formtotalität verfährt Buckel nicht wie Reichelt oder Breuer und diverse andere Autoren, die in formabsolutistischer oder ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik des Rechts enden und deshalb weder Widerspruchspotenzial und indetermierte Subjektivität noch Möglichkeiten von Emanzipation oder Gefahren der Gegenemanzipation erkennen lassen. Buckel geht von Beginn ihres Aufsatzes von Antagonismen und Brüchen der kapitalistischen Formen im Allgemeinen und der kapitalistischen Rechtsform im Besonderen aus. Sie geht auch auf Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts und auf indetermierte Subjektivität ein. Wichtig für die Erörterung meiner Ausgangsfragen ist, wie sie Antagonismen und Indeterminiertheit angesichts von Formtotalität begründet. In dieser Hinsicht sind für sie zunächst die in meiner Arbeit im Zusammenhang mit Freeman, Tushnet und Reich angesprochenen Theorien zentral, die nämlich im Anschluss an Gramsci und in (überwindender) Weiterentwicklung des marxistischen Strukturalismus „Kräfteverhältnisse“ untersuchen (a. a. O.: 39f.). In Übereinstimmung mit Poulantzas, dem von Buckel am intensivsten rezipierten Vertreter dieser Theorie bezieht sie den Begriff der „Kräfteverhältnisse“ nicht nur auf Klassenverhältnisse, sondern auf all jene oben genannten, vom Recht zu vermittelnden Verhältnisse. Als ersten Grund dafür, auf diese Ansätze zu rekurrieren, führt sie Folgendes an: „Sowohl der formanalytische als auch der strukturalistische Ansatz sind Strukturtheorien auf einem hohen Abstraktionsniveau, welches von handelnden Akteur(inn)en so gut wie nichts zur Kenntnis nimmt. Damit bleibt jedoch auch die Geschichte und die konkrete Gesellschaftsformation außen vor.“ (a. a. O.: 39). Diese Kritik trifft sich zum Teil mit meiner Kritik an Reichelts Formabsolutismus. Das Problem ist jedoch, dass die kritisierte Abstraktheit zugleich eine Realität darstellt, die Buckel wenige Seiten zuvor theoretisch zu erfassen gesucht hat. Von dieser ihrer Erkenntnis ausgehend, müsste freilich trotzdem die Frage gestellt werden, was mit dem Konkreten, Besonderen oder Inhaltlichen angesichts totaler Vermittlung geschieht. Die Erörterung dieser Frage, die zugleich meine Ausgangsfrage nach der Möglichkeit der Negation des kapitalistischen Rechts ist, leistet Buckel nicht wirklich, wenn sie feststellt: „Marx hatte jedoch ein dialektisches Verständnis von Struktur und Handlung vor Augen, in welcher der Klassenkampf der Motor der Geschichte sei und die Menschen ihre eigene Geschichte machen, wenn auch unter vorgegebenen Bedingungen.“ (a. a. O.). Die Frage ist, wie diese Dialektik aussieht, ohne dass sie, wie in mehreren in dieser Arbeit untersuchten Beiträgen, in ahistorischer Handlungstheorie endet, womit man an Widersprüchen und indeterminierter (Klassen-)Subjektivität festhalten zu können meint. Buckel kann mit ihrer oberflächlichen Proklamation von Dialektik meines Erachtens nicht verhindern, dass sie die Formen oder Strukturen des Rechts von der konkreten Gestalt, den Brüchen und den Subjekten dieses Rechts trennt und somit die Frage nach der Nichtidentität von Form und Inhalt dualistisch, also undialektisch beantwortet. Das korrespondiert mit dem Rechtsbegriff, der auf „Verfahren oder

Träger“ konzentriert ist und positivistisch zu enden droht. Diesem Verdacht entspricht, dass sie die Thematisierung von Macht und Gewalt in erster Linie dem Poststrukturalismus überlässt, also nicht die Nichtidentität von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts von der Formbestimmtheit ausgehend kritisiert.

Nichtsdestotrotz finden sich bei Buckel zumindest Andeutungen, den Zusammenhang von historisch wesentlicher Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der kapitalistischen Rechtsform einerseits und der Nichtidentität dieses Rechts herzustellen. Dazu führt sie die Erörterung der Gefahr unvermittelter Gewalt: „Jener Rückfall in Gewalt droht jedoch auch durch die prinzipielle Unmöglichkeit, die gesellschaftlichen Machtverhältnisse in rechtliche aufzulösen, was Franz Neumann nicht weniger als Foucault erkannt hat. So könnte man höchstens von Landgewinnen der normativen Zähmung sprechen, die aber durch gesellschaftliche Krisenprozesse aufgezehrt werden können.“ (a. a. O.: 40). Andererseits muss sich auch hier sogleich die Frage anschließen, warum diese „prinzipielle Unmöglichkeit“ besteht und wie sie sich mit ihrer Erkenntnis von verselbständigter Rechtsform und Formtotalität vertragen oder nicht vertragen.

Einerseits geraten Buckel somit kompletter als allen bisher in dieser Arbeit untersuchten Autoren die zentralen Probleme im Hinblick auf die Fragen zur Negation des Rechts und damit im Hinblick auf einen Begriff von Recht und Rechtslosigkeit ins Blickfeld. Vor allem tauchen in ihrem Beitrag empirische Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts bis hin zu gegenemanzipatorischer Rechtslosigkeit nicht als Randproblem auf. Doch mangels präziser Erfassung von Wesentlichkeit und Vermittlung im kapitalistischen Recht ist die formkritische Reflexion der Gefahr von Gegenemanzipation durch die Negation des Rechts dürftig. Die Reflexion der übrigen Fragen zur Negation des Rechts umso mehr. Daher kann sie ähnlich wie Harms der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ und den ‚Critical Legal Studies‘ immerhin, aber nur zum Teil Überzeugendes hinzufügen.

3. Kritik totaler volksstaatlicher Souveränität bei Gruber et al.

Alex Gruber und Tobias Ofenbauer schlagen in ihrer Einleitung zu einer Neuauflage von Paschukanis ‚Allgemeine Rechtslehre und Marxismus‘, ‚Der Wert des Souveräns. Zur Staatskritik von Eugen Paschukanis‘ (Gruber et al. 2003), insofern eine andere Richtung als alle bisherigen Beiträge in dieser Arbeit ein, als sie in ihrer Rechtskritik einen Akzent auf staatliche Souveränität legen. Mit Bezug auf den Nationalsozialismus und den ‚Postnazismus‘ (s. Anm. 173) gehen sie dabei – anders als alle bisherigen Autoren – vor allem auf die volksstaatliche Variante dieser Souveränität ein. Indem sie diese Defizite beheben, sind sie besonders wichtig für meine Arbeit. Zugleich reflektieren sie kapitalistische Formtotalität, so dass zu fragen ist, wie sie beides – Formtotalität und Souveränität in ihrer Kritik zusammenbringen.

Zu Beginn machen sie klar, dass sie – ihrer Ansicht nach im Unterschied zu vielen Linken (in dieser Arbeit besonders im Unterschied zu den ‚Critical Legal Studies‘) – Staatskritik und Kritik von kapitalistischer Totalität im Zentrum ihrer Rechtskritik verortet sehen wollen. Zunächst liefern sie eine aus meiner Arbeit bereits vertraute, eng an Paschukanis angelehnte und in vielen Punkten überzeugende Ableitung der Rechtsform aus Formen der kapitalistischen Ökonomie. Sie birgt allerdings einige vertraute Ungenauigkeiten: So zitieren sie Paschukanis zustimmend, dass der „Inhalt des Rechtsverhältnisses“ ein „ökonomischer“ sei (Gruber et al. 2003: 10) und legen so das Recht auf Ökonomisches fest oder machen zumindest nicht deutlich, wie seine Verselbständigung, auch vom Ökonomischen, zu erklären sei. Sie scheinen nämlich dabei die inhaltliche Funktionalität für den kapitalistischen Warentausch ins Zentrum zu rücken – das Subjekt als Bedingung der Möglichkeit des einzelnen Warentausches – also sogar auf einen positivistischen Funktionalismus zuzugehen. Aber das ist nicht eindeutig, sondern eindeutig ist nur, dass sie hier das Zusammengehen von Funktionalität und Verselbständigung nicht durchdenken. Folglich können sie auch „Freiheit und Gleichheit“ „formell“ als „Gegenteil von Herrschaft und Ausbeutung“

verstehen und „materiell“ als „deren ideologische Darstellung“ (a. a. O.: 11), ohne die von mir in dieser Arbeit mehrmals aufgeworfene Frage zu erörtern, woher der Maßstab der Kritik von Ausbeutung und Herrschaft angesichts einer Formtotalität, die jene spezifische Freiheit und Gleichheit konstituiert, zu gewinnen ist – die Frage nach den emanzipatorischen Potenzialen. Allerdings gehen sie auch auf die Formbestimmtheit der „Realität“ materieller Ungleichheit ein und schreiben sogar: „Als Sinnlich-Konkrete zählen die Individuen nur als Material, an dem die Subjektform erscheinen kann.“ (a. a. O.: 13). Auf diese Weise behaupten sie wiederum eine extreme Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform, die nämlich die Inhalte zu bloßem Vermittlungsmaterial, bloßen Erscheinungen der Form, werden lässt. Die Frage nach dem Verhältnis von Form und Inhalt in der kapitalistischen Rechtsform wird auf diese Weise nicht erörtert, sondern widersprüchlich beantwortet.

Das in dieser Arbeit häufig auftretende Hin und Her zwischen Form-Inhalt-Identität und -Nichtidentität, zwischen bloßen Form-Inhalt-Gegensätzen und –Widersprüchen im strengen Sinn, zwischen determinierender Formbestimmtheit und Indeterminiertheit setzen die Autoren weiter fort: Hinsichtlich staatlicher und subjektiver Krisenreaktion gehen sie wiederum von einer Widersprüchlichkeit von Form und Inhalt aus. Bei allen Ungereimtheiten ihrer Reflexion des Form-Inhalt-Verhältnisses im Recht liegt aber die große Stärke des Aufsatzes in der Fokussierung von Krise und gegenemanzipatorischer Krisenreaktion. Dass die kapitalistischen Formen und speziell die Rechtsform nicht mit sich identisch sind und es daher notwendig mindestens zu kapitalismusimmanenten Abweichungen von rechtlicher Formalität, Gleichheit und Freiheit kommen muss, ist bei Tuschling, Preuß und Buckel schon genauer herausgearbeitet worden. Aber bei Gruber et al. wird mit der Thematisierung von Nationalsozialismus und ‚Postnazismus‘ auf die ganze Tragweite dieser Krisenhaftigkeit des Rechts sowie auf die über den Gegensatz von Bourgeois und Citoyen hinausgehende Fragilität des kapitalistischen (Rechts)-Subjekts hingewiesen.

Zunächst geht es dabei vor allem und in ähnlicher Weise wie in dieser Arbeit (s. A.III.3. und VIII. 3.) um gegenemanzipatorische Ideologien und ihren Grund: „Die Individuen in der bürgerlichen Gesellschaft, denen ihr Subjektstatus nur dann zukommt, wenn sie sich permanent als erfolgreiche Exekutoren des Zwangs, staatsloyal und kapitalproduktiv zu sein erweisen, versuchen mittels Nationalismus und Rassismus jene positive und konkrete Identität zu gewinnen, die durch die Konstitution der Gesellschaft ständig verneint wird.“ (a. a. O.: 20). Die bereits angeführte Antisemitismuskritik von Postone aufnehmend, fügen sie hinzu: „Damit zwangsläufig einhergehend, ist der Kampf gegen das abgespaltene Abstrakte der bürgerlichen Vergesellschaftung und dessen Vergegenständlichung, das die angestrebte Verbundenheit der Einzelnen mit ihrem Kollektiv permanent zu entlarven und zu hintertreiben droht. Gehaßt wird, was an die Künstlichkeit von Staat und Gesellschaft und an die eigene Individualität gemahnt: Die Auflösung ursprünglicher Einheit, Geld und Geist, die Errungenschaften zivilisatorischer Verkehrsformen samt ihrer Glücksversprechen. Die Transformation von Gesellschaft in Gemeinschaft ist somit ohne Antisemitismus nicht denkbar.“ (a. a. O.: 21). Das bleibt alles, dem begrenzten Umfang des Aufsatzes geschuldet, oberflächlicher als andernorts und weitgehend ohne Bezug zum Recht (s. A.III.3. und A.VIII.3.). Doch es handelt sich um den einzigen in meiner Arbeit untersuchten Beitrag materialistischer Rechtskritik, der die gegenemanzipatorischen Ideologien überhaupt thematisiert. Das verweist auf die bereits hervorgehobenen Leerstellen der Rechtskritiken der ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘.

Des Weiteren merken Gruber et al. hinsichtlich des Rechts im Nationalsozialismus an: „Der Fetischismus des Rechts wird zur Fetischisierung der totalen Souveränität: Der im Liberalismus festgehaltene Anspruch auf individuelle Verfolgung des Eigennutzes wird ersetzt durch die bedingungslose Unterordnung unter das vom Staat repräsentierte und unmittelbar exekutierte Allgemeinwohl. Hierbei stellt das deutsche Modell der Krisenbewältigung den Zenit dieser allgemeinen Entwicklung dar: In der vom nationalsozialistischen Staat in Tateinheit mit der sich so zur Volksgemeinschaft transformierenden Bevölkerung durchgeführten Vernichtung des europäischen Judentums wird die Verschmelzung von Staat und Gesellschaft bis zur letzten

Konsequenz vollzogen.“ (a. a. O.: 23). Hier wird also wie in meiner Arbeit (s. VI.3.) die Gefahr der Gegenemanzipation als Gefahr einer Unvermitteltheit, und zwar insbesondere in ihrer deutschen, volksstaatlichen Variante, erkannt. Allerdings wird dabei kaum der Bezug zu den genannten gegenemanzipatorischen Ideologien hergestellt und dadurch ebenso wenig der Bezug zur kapitalistischen (Rechts-)Subjektivität bzw. zur Rechtsform. Die gegenemanzipatorischen Potenziale im kapitalistischen Recht werden so nicht deutlich.

Insbesondere ihre Reflexion (volks)staatlicher Souveränität, die im Zentrum ihrer Kritik steht, ist Ungereimtheiten hinsichtlich der Reflexion des Form-Inhalt-Verhältnisses im Recht ausgesetzt. Zunächst beziehen sie den „bürgerlichen Allgemeinwillen“, auf Rousseau rekurrierend, allein auf den Staat, statt wie etwa Reichelt und Meyer genauso auf Gesetze. Diese abstrakte Allgemeinheit im Willen ist aber tatsächlich zentrales Element aller kapitalistischen Formen, also kapitalistischer Formtotalität, somit auch des diesen Formen unterworfenen Staats, aber ebenso auch der Rechtsform. Worauf die Autoren ohne genauere Erläuterung hinauswollen, ist die These, dass der Staat als dieser Allgemeinwillen umstandslos eine „nicht ableitbare Instanz“ sei (a. a. O.: 15). Damit ebnen sie einerseits den Weg für eine Rechtskritik, die nicht alle staatlichen Akte in kapitalistischer Formtotalität, kapitalistischem System oder gar abstrakter Liberalität aufgehoben weiß. Doch sie gehen mit ihrer umstandslosen Annahme der staatlichen Souveränität schlicht der in dieser Arbeit erörterten Frage (s. A.VI.2.) aus dem Weg, wie diese mit der von ihnen eingeforderten Kritik kapitalistischer Totalität einhergehen kann.

Statt einer Erörterung dieser Frage wird im Widerspruch zur These von der Unableitbarkeit des Staats, die Uneindeutigkeit hinsichtlich des Form-Inhalt-Verhältnisses fortsetzend, in Richtung einer unvermittelten Identität von Staat und Kapital im postnazistischen Deutschland argumentiert. Diese unvermittelte Identität mit dem Kapital erinnert an Breuers Ansatz. Entsprechend beginnen sie den Abschnitt über den Staat des Nationalsozialismus und des Postnazismus mit der These von der Institutionalisierung totaler Vergesellschaftung (a. a. O.: 19). Weitergehend führen sie aus: „Während im klassischen Liberalismus der Staat nur abstrakt den Rahmen der Akkumulation in Form von formellen, allgemein-gültigen Gesetzen vorgibt, ist er aber ab einem gewissen Zeitpunkt und speziell in Momenten der Krise gezwungen, die Gesellschaft unmittelbar und direkt den Sachzwängen des Kapitals gemäß zu formieren, um so die Verwertung auch weiterhin zu garantieren. Darin liegt die Möglichkeit der faschistischen und letzten Endes nationalsozialistischen Lösung der Krise begründet.“ (a. a. O.: 20). Hier verliert der Staat der Gegenemanzipation seine Souveränität und tritt sie, wie bei Breuer, zugunsten einer paradoxen total kapital- und damit formbestimmten, aber unvermittelten Kapitalidentität ab. Auf diese Weise trifft hier aber auch zu einem nicht unerheblichen Teil die Kritik an Breuers Theorie. Zentral ist das Problem, dass ein Begriff von Kapital, Kapitalismus und seinem Recht ohne Vermittlung durch Abstraktion vertreten wird. Somit können die Autoren aber noch weniger als Breuer, der die Rolle des Staats nicht ins Zentrum gerückt hat, angeben, wodurch sich ihr Kapital von unvermittelter Mehrproduktabpressung durch den Staat unterscheiden soll. Dazu gesellt sich eine hier viel knappere Empirie als bei Breuer, die umso weniger den Untergang von Vermittlung durch Abstraktion im Postnazismus belegen kann. Ebenfalls wie bei Breuer ist der Blick auf den historischen Liberalismus verklärt – als habe sich der kapitalistische Staat jemals als bloßes Element von rechtlicher Formalität, abstrakter Freiheit und Gleichheit gezeigt.

Keine Rede ist in dem ganzen Beitrag von Klassenherrschaft und Klassensouveränität. Die Frage, inwieweit der Nationalsozialismus trotz Volksstaat noch eine Klassengesellschaft gewesen ist, kann hier nicht geklärt werden. Unabhängig davon ist es zwar sinnvoll, die volksstaatliche Option nicht von vornherein einer Klassentheorie unterzuordnen. Doch da Gruber et al. von u. a. durch Recht vermittelter Ausbeutung sprechen, müssten sie thematisieren, welche Rolle der Klassengegensatz in der Gegenemanzipation spielt. Noch wichtiger ist aber, dass sie im Hinblick auf die Brüchigkeit des (Rechts-)Subjekts und die volksstaatliche Souveränität wieder von nicht ableitbarer Subjektivität bzw. staatlicher Willkür ausgehen, die hier noch offensichtlicher als hinsichtlich der oben angesprochenen nicht ableitbaren Staatsgewalt auf einer wesentlichen Nichtidentität von Besonderem und Allgemeinem basiert. Diese wird aber im Theorem von der

Kapitalunmittelbarkeit gestrichen.

Der Aufsatz von Gruber et al. zeichnet sich also vor allem dadurch aus, die Nichtidentität des kapitalistischen Rechts hinsichtlich der Gefahr der Gegenemanzipation zu betonen. Antisemitische Ideologie und volksstaatliche Souveränität werden dabei als ein Gipfel der gegenemanzipatorischen Gefahr erkannt und somit endlich in einem Beitrag die Wirklichkeit von Recht *und* Rechtlosigkeit, also auch samt gegenemanzipatorischer Potenziale, ins Zentrum gerückt. Meine Ausgangsfrage nach der Gefahr der Gegenemanzipation wird somit in vielen Punkten überzeugend beantwortet. Das Widersprüchliche an dem Beitrag von Gruber et al. ist allerdings, dass sie einerseits die These von der unmittelbaren Unterwerfung des Staats unter das Kapital und des entsprechenden Untergangs der kapitalistischen Rechtsform verfolgen, dass sie andererseits aber mit den Stellen, an denen sie die souverän-willkürliche, den kapitalistischen Rahmen sprengende Seite des Staats behaupten, diese These nicht so konsequent identitätsphilosophisch wie Breuer in der totalen Identität unter der vollendeten Herrschaft des Kapitals zu Ende denken. Dadurch entgehen sie der unsympathischen Aussicht, Emanzipationshoffnungen begraben zu müssen. Letztlich erörtern aber auch sie somit das Form-Inhalt-Problem materialistischer Rechtskritik im Angesicht kapitalistischer Totalität nicht.

IV. Fazit

In der Zusammenfassung der behandelten Beiträge aktueller marxistischer Rechtskritik ergibt sich folgendes Bild: Taiwo betont mit seiner Theorie die historische Wesentlichkeit des kapitalistischen Rechts die Bedeutung der liberalen Mindeststandards als konstitutives Element des Kapitalismus und liefert eine Kritik, die in Teilen mit der in meiner Arbeit gegen ökonomistisch funktionalistischen und handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus übereinstimmt. Doch letzterem bleibt er in einigen Punkten selbst verhaftet. Reichelts und Meyers Beiträge sind ähnlich wie Reichelts Beitrag etwa 30 Jahre zuvor verdienstvoll, weil sie die kapitalistische Rechtsform und ihren formlogischen und -funktionellen Zusammenhang mit dem Kapital analysieren. Ebenfalls wie ähnlich Reichelt bereits 30 Jahre zuvor, sparen sie aber alle empirischen Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts aus und drohen an einigen Stellen einer ökonomistisch funktionalistischen, vor allem aber einer formabsolutistischen Systemtheorie aufzusitzen. Was den ökonomistischen Funktionalismus betrifft, sind Harms und vor allem Buckel deutlich in ihrer Abgrenzung, indem sie den übergreifenden Charakter der kapitalistischen Rechtsform und die überempirisch-empirische Formfunktionalität des kapitalistischen Rechts deutlicher, wenngleich auch nicht immer deutlich genug herausarbeiten. Sie gehen zudem mehr (Buckel) oder weniger (Harms) intensiv auf Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts ein, Buckel auch auf gegenemanzipatorische Entwicklungen hin zu unvermittelter Herrschaft und Gewalt. Doch stellt auch Buckel nichtsdestotrotz den Zusammenhang zwischen der kapitalistischen Rechtsform und ihrer zumindest empirischen Nichtidentität nicht ausreichend her, um die Frage nach der Wesentlichkeit dieser Nichtidentität, das Form-Inhalt-Problem, zu klären. Harms hingegen reflektiert als einer der wenigen in dieser Arbeit behandelten Beiträge die affirmative Seite von vielen ‚Emanzipationsvorstellungen‘, indem er Paschukanis’ Idee „technischer Regeln“ und „sozialer Schutzmaßnahmen“ kritisiert. Er unterstreicht dadurch zugleich die Erkenntnis, dass zwanglose Vermittlung durch Abstraktion mit den bestehenden Instrumenten, wie Regeln, nicht erreichbar zu sein scheint. Der Beitrag von Gruber et al. ist der einzige in dieser Arbeit und einer der wenigen existierenden marxistischen überhaupt, der rechtliche Entwicklungen im Nationalsozialismus und im Postnazismus ins Zentrum seiner Rechtskritik rückt. Damit zeigen die Autoren eine zentrale Lücke in den übrigen in dieser Arbeit untersuchten Werken auf, die zugleich die gegenemanzipatorischen Züge vermeintlicher Emanzipationsvorstellungen in einigen der in Teil A und B untersuchten Beiträge miterklärt. Dass Gruber et al. konsequent die Erfahrungen und Gefahr von Gegenemanzipation berücksichtigen, führt aber zu ihrer einseitigen Empirie „totaler Souveränität“ von Staat und Volksgemeinschaft für Nationalsozialismus und Postnazismus. Zudem entwickeln sie wie Breuer einen

Kapitalismus(un)begriff unvermittelter Herrschaft und Identität. Diese Unvermitteltheit soll aber, anders als bei Breuer, nicht allein aus totaler Vermittlung durch das Kapital folgen, sondern auch aus volksstaatlicher Herrschaft.

Die aktuellen Beiträge marxistischer Rechtskritik gelangen in einigen Fällen also vor allem, was die Kritik an ökonomistischem und handlungstheoretischem Marxismus, die Reflexion affirmativer ‚Emanzipationsvorstellungen‘ und die Thematisierung von Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts bis hin zu gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit angeht, über die Beiträge der frühen ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ hinaus. Für die aktuelle marxistische Rechtskritik gilt folglich, dass sie der Erörterung meiner Ausgangsfragen einige wertvolle Erkenntnisse beisteuert bzw. bisher in dieser Arbeit von mir Herausgearbeitetes bestätigen kann. Die in Teil A entwickelte Aufgabe, die Einsicht in die Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts im Angesicht der Formtotalität zu vertiefen, um der Empirie der Autonomie und Funktionalität wie auch den Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der Rechtsform bis hin zu unvermittelter Rechtlosigkeit gerecht zu werden, konnten die Beiträge auf je verschiedene Weise aber nicht vollständig erfüllen. Entsprechend bleiben das Form-Inhalt-Verhältnis im Recht und die Fragen zur Negation des Rechts mangelhaft erörtert.

Implizite und / oder mangelhaft erörterte ‚Lösungen‘ des Form-Inhalt-Problems und ‚Antworten‘ auf meine Ausgangsfragen werden, wie es für marxistische Rechtskritiken selbstverständlich ist, da sie nach Emanzipation streben, nichtsdestotrotz in diesen Arbeiten ebenso wie in denen in Teil A und B behandelten geliefert. Betrachtet man diese drei Teile meiner Arbeit im Zusammenhang, so lassen sich die Antworten, wie gezeigt, um die folgenden beiden Extreme gruppieren: Mit der handlungstheoretischen Ideologiekritik des Rechts ist Negation von Recht auf der Basis von Gegensätzen und indeterminierter Subjektivität möglich, aber ist für Emanzipation dank ahistorischer (Un)Bestimmtheit des Rechts nicht notwendig. Die Gefahr der Unvermitteltheit wird übersehen und mit Emanzipationsvorstellungen auf der Grundlage von Recht, das das Materiale, Konkrete, Inhaltliche retten soll, auf die Spitze getrieben. Folgt man konsequent formabsolutistischer oder ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik des Rechts, droht die gegenemanzipatorische Negation nur von objektiven Faktoren. Die Möglichkeit von emanzipatorischer Negation, die wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts, ist in dieser Kritik beseitigt. In diesem Determinismus wird aber (Rechts-)Kritik überhaupt ein prekäres, wenn nicht unmögliches Geschäft.

Knapp zusammengefasst sind die zentralen theoretischen Voraussetzungen des einen Extrems der untersuchten Beiträge ein positivistischer Dualismus von Rechtsform und Rechtsinhalt samt darauf bezogener ‚liberaler‘ oder vermeintlich emanzipatorischer Ideologie andererseits. Die entsprechende handlungstheoretische Ideologiekritik des ‚liberalen‘ Rechts ist Teil eines ebensolchen Marxismus und fügt sich teilweise in das soziologische Paradigma der Handlungstheorie. Auf diese Weise besonders blind für die historisch wesentliche Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts ist Kennedy. Das andere Extrem der Beiträge geht von einem determinierenden kapitalistischen System aus und endet so in formabsolutistischer oder ökonomistisch funktionalistischer Systemkritik. Die erstgenannte Variante ist am weitesten von Reichelt verwirklicht, die zweitgenannte von Breuer. Damit wird ein Marxismus vertreten, der sich teilweise in das soziologische Paradigma funktionalistischer Systemtheorie fügt. Die Konsequenz der handlungstheoretischen Ideologiekritik ist eine ahistorische und damit herrschaftsunkritische (Un-)Bestimmtheit des Rechts. Diese führt teilweise bis zu einer metaphysischen Hypostasierung des vermeintlich unvermittelten Inhaltlichen, das der Form, positivistisch verstanden als erscheinende Formalität des Rechts, entgegengesetzt wird. Formabsolutistische oder ökonomistisch funktionalistische Systemkritik führen zu einer deterministischen Bestimmtheit des Rechts. Die Unvermitteltheit von Herrschaft und Identität ist in diesem Determinismus nicht denkbar bzw. wird als unvermittelte, somit explizit oder implizit begrifflich anders als etwa von Marx und Paschukanis gefasste, kapitalistische Herrschaft begriffen. Die meisten untersuchten Beiträge bewegen sich zwischen den Extremen, ohne diese Positionen ganz zu besetzen, allerdings im Fall der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ mit einer Tendenz zur formabsolutistischen oder ökonomistisch

funktionalistischen Systemkritik und im Fall der ‚Critical Legal Studies‘ mit einer Tendenz zur handlungstheoretischen Ideologiekritik des „liberalen“ Rechts, also jeweils mit einer Tendenz zu den Extremen. Im folgenden Teil werden die Hauptdefizite dieser Extreme, die mangelhafte (Selbst-)Reflexion hinsichtlich des Form-Inhalt-Problems und hinsichtlich der Fragen zur Negation des Rechts abschließend zu beheben versucht. Davon ausgehend werden sich Antworten auf die übrigen Probleme, insbesondere die empirischen Befunde gleichzeitiger Autonomie und Allgegenwart des Rechts einerseits und Funktionalität dieses Rechts und Abweichungen von seiner abstrakten Liberalität bis hin zur unvermittelten Rechtlosigkeit andererseits finden lassen.

TEIL D: ZUR TOTALITÄT DER FORM DER IDENTITÄT UND ZUR NICHTIDENTITÄT DES KAPITALISTISCHEN RECHTS

Die Erörterung meiner Ausgangsfragen zur Negation des Rechts und entsprechend vor allem des Form-Inhalt-Problems materialistischer Rechtskritik wird in diesem Teil abgeschlossen. Zum einen wird dies geschehen, indem der Begriff kapitalistischer Formtotalität und die Verortung des kapitalistischen Rechts in dieser Totalität, damit die Einsicht in die Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts, vertieft werden. Damit untrennbar zusammenhängend soll dem Form-Inhalt-Problem, dem „Problembegriff Nichtidentität“ (Ritsert), somit der Frage nach dem ontologischen Status der rechtlichen Inhalte und der Bedeutung der beiden Formbegriffe sowie dem Form-Inhalt-Verhältnis des kapitalistischen Rechts nochmals nachgegangen werden. Für diese Reflexionen wird zunächst die Hilfe von Kant, Hegel und materialistischer Erkenntnis- und Rationalitätskritik in Anspruch genommen, um anschließend vor allem Marx und ‚Kritische Theorie‘ heranzuziehen. Dabei wird die Empirie von Autonomie und Allgegenwart einerseits sowie von Funktionalität des Rechts andererseits nochmals zu berücksichtigen sein. Vor allem werden die empirischen Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts Prüfstein der zu entwickelnden Kritik der Wirklichkeit von Recht und Rechtlosigkeit bleiben. Indem in diesem Teil die großen Fragen und Probleme dieser Arbeit abschließend erörtert werden, wird hier auf Vieles aus den anderen Teilen Bezug genommen. Einige Fäden werden so zusammenlaufen, vollständig werden sie aber erst im Schluss zusammengeführt.

I. Kants Abbildung der Formtotalität in der Erkenntniskritik und sein Form-Inhalt-Problem

Versucht man die kapitalistische Formtotalität auf den Begriff zu bringen, wie er in dieser Arbeit entwickelt worden ist, so ist ein zentrales Element und zugleich zentrales Problem, dass sie Identität des Inhaltlichen – des Besonderen, Konkreten – in der Form – dem Allgemeinen, dem Abstrakten – eine kapitalistisch formbestimmte Identität von Form und Inhalt konstituiert. Diese Form der Identität ist, auch das wurde herausgestellt, Voraussetzung von kapitalistischen Subjekten und Objekten. Die kapitalistische Form der Identität und die entsprechenden Subjekte und Objekte sind wiederum Voraussetzung und Resultat einer spezifischen Rationalität, die nur ein anderer Ausdruck für Eigenschaften der kapitalistischen Formen ist. Nicht gemeint ist damit jedoch Balbus’ bloß „formale Rationalität“ in dem Sinn, dass allein die empirische Formalität der Formen begrifflich erfasst werden soll. Es geht vielmehr um kapitalistische oder „instrumentale Rationalität... einer zweiten Wirklichkeit sui generis“ (Adorno 1998 [1966]: 304). Es geht um den gesamten empirisch-überempirischen Formprozess der herrschaftlich übergreifenden und verselbständigten Vermittlung durch Abstraktion, der auch Materialität – Konkretes, Besonderes oder Inhaltliches – erfasst.²⁰⁷

Dass Hegel besonders intensiv und herausfordernd auf diese Totalität und das entsprechende Recht reflektiert hat, ist, wie in der Einleitung erläutert, einer der Gründe, warum er eine große Rolle in meiner Arbeit spielt. Er wird entsprechend auch im Folgenden nochmals zur Vertiefung der Kritik herangezogen. Auf den Zusammenhang von Identitäts-, Subjekt- und Objektkonstitution mit kapitalistischer Rationalität hat aber sehr früh und besonders genau Immanuel Kant reflektiert – wenngleich noch weniger als Hegel mit einem Begriff des Kapitalismus. Auch weil Hegel unmittelbar an Kant angeknüpft hat, soll im Folgenden knapp auf Kants Theorie der Rationalität

²⁰⁷ Vor allem der Begriff der „Wirklichkeit“ verweist wieder auf mehr als bloß erscheinende Formalität, sondern auch auf deren wesentliche Bestimmtheit. In dieser Hinsicht, wenngleich, wie noch sichtbar wird, sich nicht vollständig mit meinen Begriff dieser Rationalität deckend, verwendet Wolfgang R. Müller den Term „Rationalität“ intensiv (1977: 140ff.).

eingegangen werden. Dabei muss von seiner Erkenntnistheorie in der „Kritik der Reinen Vernunft“ ausgegangen werden (Kant 1983 [1781]).

Zentrales Charakteristikum von Kants Theorie ist, dass er Rationalität von der Bewusstseinstätigkeit der in bestimmter Weise beschaffenen Subjekte ausgehen sieht (vgl. Müller 1977: 168; Postone 2003 [1994]: 330). Die durch diese Subjekte bzw. ihr Bewusstsein erzeugte Rationalität bedeutet zunächst nicht mehr und nicht weniger, als dass sich (mit sich) identische Subjekte und (mit sich identische) Objekte gegenüberstehen (vgl. Müller 1977: 146, 168). Das heißt auch, dass von der Bewusstseinstätigkeit der Subjekte ausgehend ein Objektbereich konstituiert wird, zu dem auch das Subjekt gehört, außer als Gegenstand des Selbstbewusstseins. Die zentrale Eigenschaft der bestimmten Beschaffenheit der Subjekte bzw. ihres Bewusstseins und damit die zentrale Voraussetzung dieser Rationalität bei Kant ist vertraut: Es handelt sich um die (Bewusstseins-)Form der Einheit oder Identität, nämlich die „synthetische Einheit des Bewusstseins“ (Kant 1983 [1781]: B 138), in anderen Worten: „Das: Ich denke, muß alle meine Vorstellungen begleiten können“ (a. a. O.: B 132; vgl. Daniel 1984: 113; Müller 1977: 171). Die zerstreuten empirischen Vorstellungen des Individuums werden also zu seinen Vorstellungen zusammengefasst und konstituieren so eine Form der Identität des Individuums als Subjekt und der Erkenntnisgegenstände als Objekte. Diese Synthetisierung muss aber als „reine“ (Kant 1983 [1781]: B 140) in der „transzendentalen Einheit des Bewußtseins“ geleistet werden (a. a. O.). Nur auf dem Weg der Abstraktion von der mannigfaltigen Empirie kann nämlich nach Kant ihre Vereinheitlichung und damit die Identitätskonstitution erreicht werden. Daher spricht Kant vom „transzendentalen Subjekt“ (a. a. O.: A 350, A 355). Dieses Subjekt, das jedes empirische Subjekt und Objekt in ihrer Form der Identität konstituiert, ist überempirisch und damit unbestimmt, inhaltslos. Im Bezug dieser „Gedankenformen“ des transzendentalen Subjekts (a. a. O.: B 288) auf die Empirie, auf die Inhalte, wird laut Kant Erkenntnis, die Erfassung der Welt in Allgemeinbegriffen, erst möglich. Diese berühmte, gleichzeitig Rationalismus und Empirismus überwindende ‚Kopernikanische Wende‘ der Erkenntnistheorie ist verbunden mit der These, dass das „transzendente“ – wesentliche – „Subjekt“ „reine Verstandesbegriffe“, also überempirische Begriffe, bereitstellt. Sie sind nach Kant im Zusammenhang mit der Form der Identität von Subjekt und Objekt die Bedingung der Möglichkeit logischer Verknüpfungen als notwendige und allgemeine Sätze reiner Theorie, die logischerweise nicht durch Empirie begründet werden können (a. a. O.: B 3f.; vgl. Müller 1976: 167f.).²⁰⁸ Dazu gehört die bereits thematisierte Kausalität (A.VII.2.), die sich ebenso wenig aus Empirie ergeben kann (Kant 1983 [1781]: B 3f.). Sowohl eine Form der Identität als auch die Möglichkeit der Trennung von Inhalt und Form, von Konkretem und Abstraktem, Besonderem und Allgemeinem sowie Materielem und Formalem, deren Reflexion sich durch meine Arbeit zieht, ist also durch jene Erkenntnis-Rationalität bedingt.

Davon, dass Kant Erkenntnistheorie und keine Kapitalismuskritik betrieben und das „transzendente Subjekt“ als göttliches Apriori verhimmelt hat (a. a. O.: BXXIXff), sollte man sich in dem Versuch, auch mit seiner theoretischen Hilfe kapitalistische Formtotalität materialistisch ‚darzustellen‘ (s. Anm. 75), nicht abschrecken lassen. Mit dieser knappen Skizzierung einiger Gedanken der Erkenntnistheorie Kants eröffnet sich nämlich die noch heute ungeheuerliche Erkenntnis, dass das gesamte moderne Denken sich in einer spezifischen Form der Identität und den darauf aufbauenden Begriffen abspielt. Sogar – notwendig partielle – empirische Abweichungen von den abstrakten Erscheinungen dieser Rationalität bleiben negativ darauf bezogen. Man könnte aber gegen diesen weiteren Schritt, kapitalistische Formtotalität, die Totalität kapitalistischer Rationalität, mit Hilfe von Kants Rationalitätstheorie darzustellen, außerdem einwenden, mit sich identische Subjekte und Objekte habe es schon vor kapitalistischen Zeiten gegeben. Demnach wäre kapitalistische Spezifik nicht zu erkennen.

Doch zunächst wäre gerade der universale Charakter ein erstes kapitalistisches Spezifikum dieser Formen. Das wird auch in mehreren Beiträgen, vor allem von Reichelt, hinsichtlich der Rechtsform

²⁰⁸ Identität konstituierende Allgemeinbegriffe stellen die erste und zentrale logische Verknüpfung dar, nämlich nach dem logischen Identitätsprinzip.

angesprochen und ist in meinem von Marx übernommenen Begriff des Übergreifens der kapitalistischen Rechtsform und der empirischen Befunden von Universalisierung der Rechtsbegriffe, Allgegenwart des Rechts enthalten. Entscheidend ist aber, dass mit der quantitativen auch eine qualitative Veränderung einhergeht: Die kapitalistische Rationalität zeichnet sich, wie Eske Bockelmann erkannt hat, dadurch aus, dass Identität vermittels des Transzendentalsubjekts und Transzendentalobjekts durch eine Abstraktion konstituiert wird, die asymmetrisch und rein relational ist. Man kann folglich auch von einer funktionalen Relation sprechen.²⁰⁹ Das transzendente Subjekt als Bezugspunkt der Abstraktion ist derart „reine, für sich bestehende und in sich bestimmte Einheit“ (Bockelmann 2004: 224)²¹⁰. Es bestimmt also ohne jeglichen inhaltlichen Bezug die Subjekteigenschaft der Gesellschaftsmitglieder sowie damit ihr Denken und Handeln, also die „reine Synthesis“ und die „reine Vernunft“, von der Kant spricht. Dass auf der einen Seite der Relation eine unbestimmte Form steht, die die Vielheit der Inhalte auf der anderen Seite der Relation bestimmt, macht die Asymmetrie dieser Relation aus. Kants ‚Kopernikanische Wende‘ ist somit teils Reflexion, teils Reflex der realen, kapitalistischen ‚Revolution‘ von einer inhaltlich gebundenen zur funktionalen Abstraktion.²¹¹

Die „Reinheit“ dieser kapitalistischen Rationalität umfasst, wie schon der Begriff des Transzendentalsubjekts, den überempirischen Charakter. Nur so lässt sich erklären, dass trotz einer Totalität der rein relationalen Rationalität im Kapitalismus alle Arten von Abstraktionen, auch inhaltlich substantiierte, vollzogen werden. Zum einen ist zu beachten, dass die rein relationale Abstraktion nicht als solche erscheinen kann, sondern nur im Gewand verdinglichter Erscheinungen, die einen inhaltlichen Bezug vortäuschen können. Zum anderen ist es eine Selbstverständlichkeit, dass Rechtssubjekte in ihren spezifischen Eigenschaften bestimmte Rechte haben; sie erlangen also in dieser Hinsicht ihren Status durch Abstraktion mit inhaltlichem Bezug.²¹² Doch auch diese Abstraktion können sie unter Bedingungen kapitalistischer Formtotalität praktisch und theoretisch nur als universale Rechtssubjekte herstellen, so dass auch die diversen Abstraktionen mit inhaltlichem Bezug an die Totalität der rein relationalen Rationalität gebunden bleiben. Ob das auch für Erscheinungen gilt, die jeglicher Abstraktion entbehren, also vor allem für unvermittelte Rechtlosigkeit, wird weiter zu klären sein.

Die funktional Identität konstituierende Rationalität ist zentral und vermutlich historisch zuerst im Kapital zu verorten. Das Kapital konstituiert Produkte und Arbeiten jeweils als kapitale Warenobjekte und mit ihnen die Akteure als kapitale Subjekte, indem sie auf den sich selbst

²⁰⁹ Im strengen Sinn heißt hier im mathematischen Sinn. Es handelt sich bei dieser Relation um genau die funktionale Relation oder kurz: *Funktion*, die aus der (Schul-)Mathematik bekannt ist. Hier muss das Terrain von Wolfgang R. Müllers wichtigem Beitrag verlassen werden. Seine und mit ihr alle weitere bisherige Kritik dieser Rationalität hat nämlich die Spezifik der kapitalistischen Identitätskonstitution als asymmetrische, rein relationale, also funktionale, nicht erkannt. Das hat präzise erst Eske Bockelmann in „Im Takt des Geldes“ getan (2004). Erst recht defizitär sind in dieser Hinsicht Alfred Sohn-Rethels Arbeiten, denen ich nichtsdestotrotz ebenfalls wichtige Erkenntnisse für meine Kritik der Formtotalität verdanke. Sohn-Rethel erahnte zwar auch den funktionalen Charakter dieser Rationalität (vgl. Sohn-Rethel 1970: 56). Seine Theorie ist aber allein deshalb problematisch, weil sie gerade nicht von einer Formtotalität ausgeht, sondern im Sinn des handlungstheoretisch ideologiekritischen Marxismus die vermeintlich unberührte Produktion der kapitalistischen Zirkulation gegenüberstellt (Postone 2003: 275f.).

²¹⁰ An dieser zitierten Stelle geht es bei Bockelmann um den im Geld verdinglichten „absoluten Wert“, aber er bezieht diese Rationalität auch auf die Subjekt-Objekt-Konstitution (2004: 386ff.; 1994: 23ff.). Im Einzelnen umfasst diese Rationalität weitaus mehr Elemente, die Bockelmann entfaltet hat (2004), auf die hier aber nicht eingegangen werden kann.

²¹¹ Dementsprechend ist die mathematische Funktion erst mit dem Kapitalismus entstanden, genauso wie im Übrigen zahlreiche nicht als kapitalistisch erscheinende Rationalitätsarten, wie etwa der uns geläufige Takt oder die moderne Naturwissenschaft (Bockelmann 2004: 12ff., 312ff.). Daniel Butscher bezeichnet, Bockelmann rezipierend und auf Ernst Cassierer abhebend, diesen „revolutionären Wandel... als Wendung von Substanz- zu Funktionslogik“ (Butscher 1998: 17).

²¹² So erlangen Rechtssubjekte etwa als Mitglieder eines bestimmten Vereins bestimmte Rechte, z. B. in diesem Verein.

reproduzierenden Wert, den reinen, „absoluten Wert“, verdinglicht im kapitalistischen Geld, bezogen werden (Bockelmann 2004: 226).²¹³ Mit der Mehrwertproduktion und Mehrwertverteilung existiert auch die materielle Grundlage der Reproduktion dieser Rationalität.

Die Brücke zur kapitalistischen Rechtsform ist nun also schon mehrmals geschlagen, es ist lediglich eine hinsichtlich der asymmetrischen und rein relationalen Eigenschaft neue Charakterisierung entfaltet worden. Im Übrigen handelt es sich um eine Vertiefung von bereits zuvor in dieser Arbeit Herausgearbeitetem. Es geht um den herrschaftlich übergreifenden, verselbständigten und real in Rechtsbegriffen abstrahierenden Charakter der kapitalistischen Rechtsform der Identität. Die funktionale Identitätskonstitution bedeutet dann, dass die einzelnen Rechtssubjekte und ihre empirischen Verdinglichungen in Normen und Rechtsentscheiden zu solchen nur in reiner Relation zum übergreifenden, vom Inhaltlichen völlig reinen, also unbestimmten, Rechtssubjekt, konstituiert werden, nicht etwa in Relation zum Subjektstatus einer bestimmten Gruppe, die diesem Rechtssubjekt wie auch den einzelnen Rechtssubjekten eine Inhaltlichkeit verleihen würde.²¹⁴ Die Reproduktion dieser Form ist an die Mehrwertproduktion und Mehrwertverteilung durch das Kapital formfunktionell gebunden. Damit ist sie aber gerade nicht inhaltlich gebunden, weil sich letztlich durch Kapital und Rechtsform die Formtotalität reproduziert. Als Emanation der Totalität ist die Rechtsform so zugleich verselbstündigt – wie an anderer Stelle in dieser Arbeit ausgeführt, ist die Verselbstündigung nur ein anderer Begriff für die Loslösung von der spezifischen Qualität der Inhalte, damit auch von den verschiedenen gesellschaftlichen Bereichen (A.IV.2.).

Die Defizite von Kants Rationalitätstheorie eröffnen die Perspektive auf das zentrale Probleme im Zusammenhang mit meinen Ausgangsfragen und damit auch mit dem Begriff der Verselbstündigung.²¹⁵ Dabei geht es auch um Kants offensichtliches Defizit eines subjektiven Idealismus, der die kapitalistische Rationalität als eine Erkenntnisrationalität vom Handeln trennt (Becker 1997: 87; Postone 2003 [1994]: 330). Vor allem geht es aber um Kants Freiheitsantinomie, dass Freiheit darin bestehe, überempirischen, reinen und entsprechenden empirischen, praktischen Gesetzen zu folgen (Adorno 1998 [1966]: 246)²¹⁶, und um die Konstruktion, dass das Erkennen des

²¹³ Bockelmann sieht den Ursprung der rein relationalen asymmetrischen Abstraktion im kapitalistischen Geld und entsprechenden Ware-Geld-Tausch (2004: 229f.). Indem er dieses Geld als Verdinglichung des absoluten Werts, Bezugspunkt der universalen rein relationalen Abstraktion, versteht, offenbart er aber, dass er das Kapital mitdenkt. Ob dieser Zusammenhang in seinen Schriften ausreichend hergestellt ist, kann hier nicht erörtert werden. Das gleiche gilt für die Frage, ob historisch der Ursprung dieser Rationalität tatsächlich im kapitalistischen Ware-Geld-Verkehr bzw. dem Kapital zu verorten ist, wofür Bockelmann gute Argumente zusammenträgt (2004: 157ff.).

²¹⁴ „Das Ich denke, das alle meine Vorstellungen muss begleiten können“, die transzendente Apperzeption, ist die Rechtsperson.“, schreibt dementsprechend Krahl (1971: 324). Genauer wäre meiner Ansicht, aber: ‚ist auch die Rechtsperson.“.

²¹⁵ Hier wird erneut deutlich, dass Müllers Beitrag als Basis einer Kritik der Formtotalität nicht ausreicht, da er meines Erachtens die Begrenztheit der Perspektive einer materialistisch gewendeten „Kritik der Reinen Vernunft“ nicht erkennt, Hegels Kritik an Kant nicht ausreichend reflektiert und entsprechend das Problem der Differenz zwischen Form und Inhalt nicht erörtert. Letzteres gilt zwar weitgehend auch für Bockelmann, der im Übrigen auch die prozessierende Verselbstündigung explizit genauso wenig reflektiert wie die Bedeutung des Kapitals. Aber in seinem Werk finden sich im Hinblick auf die Form-Inhalt-Problematik doch einige Anknüpfungspunkte, vor allem wenn er einen „Widerspruch“ der Form, nämlich „als Inhaltliches zugleich rein nicht-inhaltlich bestimmt zu sein“, ausmacht (2004: 433). Die Brillanz der Entfaltung eines Begriffs kapitalistischer Rationalität durch Bockelmann verlangt im Übrigen eine tiefer gehende Auseinandersetzung, die hier nicht möglich ist. Im Hinblick auf Alfred Sohn-Rethel kann von vornherein auf sein zentrales Defizit hingewiesen werden, Denk- und Realabstraktion zu trennen, die Einheit von Denk- und Handlungsform als Element kapitalistischer Rationalität zu verkennen (Bockelmann 1994: 4ff.; Müller 1977: 364), was bei seinen beiden zitierten Kritikern gerade nicht der Fall ist.

²¹⁶ „So ist Freiheit vorweg so kompromittiert, dass sie kaum einen anderen Ort hat als die Gefügigkeit des Bewusstseins dem Gesetz gegenüber.“, schreibt Adorno über diese Antinomie. Weiter heißt es: „Daß Freiheit sein müsse, ist die höchste iniuria des rechtsetzenden autonomen Subjekts. Der Inhalt seiner eigenen Freiheit... ist eins mit dem Muß, dem Gesetz, der absoluten Herrschaft.“ (Adorno 1998 [1966]: 248)

Erkenntnisvermögens Vorbedingung der Identität konstituierenden Rationalität ist (Postone 2003 [1994]: 330). Damit im Zusammenhang steht die in Teil A angesprochene dualistische Konstruktion, dass die „Dinge an sich“ von den Formen der Rationalität unerkannt und unberührt bleiben, dass somit „noumena“ und „phaenomena“, Form und Inhalt dualistisch nebeneinander stehen (Kant 1983 [1781]: B 307). Dies ist eine Parallele zur handlungstheoretischen Ideologiekritik der ‚Critical Legal Studies‘. Diese Defizite zeigen also zunächst Kants handlungstheoretische und ahistorische Seiten, die gerade Formtotalität verfehlen. Allerdings ist für Kant völlig formlose Erkenntnis nicht möglich, sondern nur eine Nichtbefolgung der Verstandesgesetze, so dass es ihm nicht um eine Rettung der „Dinge an sich“ geht und gehen kann. Vielmehr ist die rationale Reinheit – als Freiheit im Sinn der Aufklärung – das Ziel. Die Frage gilt damit einmal mehr dem ontologischen Status der Rechtsinhalte und der Nichtidentität bzw. dem Form-Inhalt-Verhältnis der kapitalistischen Rechtsform. Doch für die weitere Erörterung muss nun auf Hegels Philosophie zurückgegriffen werden.

II. Hegels Abbildung der Formtotalität als totale dialektische Vermittlung und sein Form-Inhalt-Problem

Auch Hegel meinte nachweisen zu können, dass eine universale Rationalität existiert, die er vor allem „Begriff“, „Vernunft“, „Idee“ oder „Geist“ nannte (vgl. Marcuse 1985: 183). Der Höhepunkt dieser „Vernunft“, die alles durchwalte, ist in Hegels „Grundlinien der Philosophie des Rechts“ erreicht (Adorno 1998 [1966]: 303; Labebriink 1981: 6). Das spiegelt wider, dass das Recht ein besonderes pars pro toto der kapitalistischen Formtotalität ist, sozusagen als Krone der kapitalistischen Vermittlung durch Abstraktion. Nichtsdestotrotz musste Hegel mit Kants ‚Lösungen‘ unzufrieden sein, weil er in seiner Dialektik, wie schon mehrfach in dieser Arbeit thematisiert, die Formen der Rationalität überhaupt erst als Vermittlung reflektierte. Die rein relationale Identitätskonstitution der kapitalistischen Rationalität, die mit Hilfe von Kant und Bockelmann herausgearbeitet werden konnte, wird so als asymmetrische und rein relationale Vermittlungsleistung erkannt, die nur prozessierend denkbar ist. Die Form der Identität ist in Hegels Dialektik dementsprechend die „Identität von Identität und Nichtidentität“ (vgl. A.III.4.), also ein Prozess, der auch die „Dinge an sich“ erfasst und sie zu „Dingen für sich“ vermittelt (vgl. Postone 2003 [1994]: 331ff.). Hegel löst so Kants Dualismus von Form und Inhalt und die diversen entsprechenden Dualismen, wie den zwischen Form und Inhalt, Subjekt und Objekt auf, indem das monistische (Identität) mit dem erscheinenden dualistischen Form-Inhalt-Verhältnis (Nichtidentität) in der Dialektik „konkreter Allgemeinheit“ des „Geistes“ wesentlich vermittelt wird.²¹⁷

Dass er mit seiner Dialektik in der relational Identität konstituierenden Rationalität der kapitalistischen Rechtsform denkt – teils als Reflexion, teils als Reflex – lässt sich von Beginn an in seiner „Philosophie des Rechts“ deutlich erkennen. Der „Ausgangspunkt“ des Rechts, „der Wille“ (Hegel 1970 [1821]: 46) enthalte „a) das Element der reinen Unbestimmtheit oder der reinen Reflexion des Ich in sich; die schrankenlose Unendlichkeit der absoluten Abstraktion oder Allgemeinheit, das reine Denken seiner selbst.“ (a. a. O.: 49). Hier geht es mit dem Willen des spezifisch abstrakten „Ich“ um den Rechtswillen des (Rechts-)Subjekts. Dieser Willen ist bei Hegel genauso wenig wie ‚sein‘ transzendentes (Rechts-)Subjekt – also die abstrakte Allgemeinheit – bestimmt, sondern bloße Abstraktion. Er ist als unbestimmter bestimmend hinsichtlich der Einzelsubjekte, die wiederum nur in Bezug auf diese bestimmende Allgemeinheit bestimmt sind:

²¹⁷ Hegel versucht, die klassische theoretische Dichotomie von Subjekt und Objekt zu überwinden, indem er die Wirklichkeit in ihrer Gesamtheit: Natürliches wie Gesellschaftliches, Subjektives wie Objektives, als durch Praxis konstituiert begreift, genauer: als die vergegenständlichte Praxis des Geistes“ (Postone 2003 [1994]: 123).

„ß) Ebenso ist Ich das Übergehen aus unterschiedsloser Unbestimmtheit zur Unterscheidung, Bestimmen und Setzen einer Bestimmtheit ... Durch diese Setzen seiner selbst als seines bestimmten tritt Ich in das Dasein überhaupt;“ (a. a. O.: 52). Diese funktional Identität konstituierende Vermittlungsleistung, also die Vermittlung des besonderen Willen oder „Ich“ mit dem Allgemeinen durch Bezug des einzelnen Willen auf den allgemeinen Willen, lautet zusammengefasst: „die Selbstbestimmung des Ich, in Einem, sich als das Negative seiner selbst, nämlich als bestimmt, beschränkt zu setzen und bei sich, d. i. in seiner Identität mit sich und Allgemeinheit zu bleiben und in der Bestimmung sich nur mit sich selbst zusammenzuschließen.“ Weiter heißt es: „er ist erst Wille als diese in sich vermittelnde Tätigkeit und Rückkehr in sich.“ (a. a. O.: 54). Den Unterschied zu Kants Theorie dieser Rationalität als Dualismus, nämlich die wesentliche Vermittlung und damit die prozessierende Einheit von Allgemeinem und Besonderem zu erkennen, stellt Hegel im selben Paragraphen heraus: „Jene beiden ersten Momente, daß der Wille von Allem abstrahieren könne und daß er auch bestimmt sei... werden leicht zugegeben und gefaßt, weil sie für sich unwahre und Verstandes-Momente sind; aber das Dritte, das Wahre und Spekulative... ist es, in welches einzugehen sich der Verstand weigert.“²¹⁸

Somit sind also, um auf die Probleme von Kants Rationalitätstheorie zurückzukommen, überhaupt erst Denken und Handeln – vermittelt – verbunden,²¹⁹ Freiheit ist nicht mehr an abstrakte Gesetze gebunden, sondern an konkrete, also von – vermittelten – Subjekten verinnerlichte. Die Formung der Individuen zu Subjekten gemäß der Totalität der „Vernunft“ vollzieht jene Totalität durch die Subjekte hindurch.²²⁰ Das ist auch in mehreren der behandelten Rechtskritiken, vor allem von Reichelt bzw. von Marx und Paschukanis, reflektiert worden. Die asymmetrische und rein relationale, also die funktionale, Eigenschaft der Rationalität geht so trotz Erfassung der Inhalte nur auf den ersten Blick verloren. Vielmehr werden die Inhalte so erfasst, dass ihre je spezifische Inhaltlichkeit keine Rolle spielt, sondern nur ihre Formidentität. Durch die Figur des prozessierenden Vermittelns wird die asymmetrische und relational Identität konstituierende Reinheit nicht nur gewahrt. Zugleich wird der Gegensatz von dieser reinen Form und den Inhalten so prozessierbar gemacht, dass am Ende die rein relationale Formidentität steht. Indem er die handlungstheoretischen Seiten von Kant vermittelnd überwindet, erfasst Hegel nicht nur den

²¹⁸ Nur auf der Basis der Hegelschen Überwindung von Positivismus, entsprechender wissenschaftlicher Rationalität mittels seiner Dialektik kann somit die Kritik der kapitalistischen Rationalität bzw. Formtotalität, also Formkritik, begonnen werden. Es handelt sich um die in dieser Arbeit oftmals thematisierte „innere Vermittlung“ im Kapitalismus (Adorno, s. auch Anm. 71f.). „Dem Standarddenken hält Adorno“, so Ritsert, Adornos Bezug zu Hegels Kritik des Verstandes-Denkens in der zitierten Stelle herausarbeitend, „bloß verständige Denk- und Darstellungsstile vor, die kritik- und umstandslos bei Dualismen (wie etwa dem von Form und Inhalt), Dichotomien und/oder strikten Disjunktionen stehen bleiben, statt vermittlungslogisch weiterzudenken.“ (Ritsert 1997: 156). Die Rationalität ist als „reale Metaphysik“ (Krahl), also als Eigenleben entfaltende und herrschaftliche, zugleich irrational. Marx spricht deshalb von einer „verrückten Form“ (Marx 1982 [1890]: 90; vgl. Backhaus 2000: 26f., 28f., 35). Das Recht ist das „Urphänomen irrationaler Rationalität“ (Adorno 1998 [1966]: 304), weil es am offensichtlichsten die kapitalistische Rationalität umsetzt.

²¹⁹ Mit dem abstrakten Recht und der Moralität geht in Hegels „Philosophie des Rechts“ „die Sphäre der bürgerlichen Gesellschaft... in den Staat über... in der Entwicklung der bürgerlichen Gesellschaft gewinnt die sittliche Substanz ihre unendliche Form... der Allgemeinheit, welche in der Bildung ist, der Form des Gedankens, wodurch der Geist sich in Gesetzen und Institutionen, seinem gedachten Willen als organische Totalität objektiv und wirklich ist.“ (Hegel 1970 [1821]: 397f.). Allerdings hat erst Marx die alltägliche Unbewusstheit als Teil des Zwangscharakters dieser formbestimmten Einheit, und zwar bezüglich des kapitalistischen Warentauschs, herausgestellt. „Sie wissen es nicht, aber sie tun es.“, heißt es etwa bei ihm und präziser bei Bockelmann: Die Rationalität „wirkt als die selber unbewusste Formung bewussten Denkens, als etwas im Bewussten Unbewusstes. Die Schranke zwischen beidem ist ihr keine: Sie überschreitet sie... Vom Bewussten reicht es ins Unbewusste, von den Begriffen bis in die Wahrnehmung, vom rationalen Handeln bis in den emotionalen Reflex.“ (Bockelmann 2004: 242f.).

²²⁰ „Wenn man nun sagt, die Menschen ließen sich wider ihre Interessen, Zwecke, Absichten regieren, so ist dies ungereimt, denn so dumm sind die Menschen nicht; es ist ihr Bedürfnis, es ist die innere Macht der Idee, die sie selbst gegen ihr anscheinendes Bewußtsein dazu nötigt und in diesem Verhältnis erhält.“ (1970 [1821]: 451)

Totalitätscharakter deutlicher, sondern damit den Herrschaftscharakter der kapitalistischen Formen, den er allerdings in seinem „objektiven Idealismus“ (Adorno) als monistische Durchsetzung der „Idee der Vernunft“ missversteht.²²¹

Eine materialistische Rechtskritik, die Hegels Reflexion der kapitalistischen Formtotalität aufnimmt, kann, wie in Teil A und B herausgearbeitet, das Recht zunächst als wesentlich in der kapitalistischen Rechtsform bestimmt auffassen. Auch Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der Rechtsform bleiben an die Formtotalität, die entsprechende Rationalität und damit auch letztlich an die Existenz der Rechtsform gebunden, und zwar in empirisch-überempirischer Weise, also auch als *wirkliche Totalität* gemäß einem Überempirischen und Potenzielles erfassenden, aber die Empirie akzentuierenden Wirklichkeitsbegriff. Zentral vollzieht sich diese Rationalität nämlich in der Kapitalform, aber in ihrer Totalität in jedem gesellschaftlichen Bereich, so dass kein staatliches (wie sonstiges) rechtlich unvermitteltes, also völlig von abstrakter Liberalität abweichendes Handeln denkbar ist, das nicht in irgendeiner Weise auch empirisch dieser Form unterworfen ist. Das kommt vor allem in den Beiträgen von Tuschling, Preuß, Harms und Buckel zum Ausdruck. So wird deutlich, dass die Formtotalität als mehr als eine rein überempirische Angelegenheit gedacht werden kann, als mehr als „reale Metaphysik“ (Krahl). Sie schlägt sich so also auch empirisch nieder.

Kants „Dinge an sich“ – die Inhalte – verlieren bei Hegel aber nicht nur ihre Unberührtheit, sondern zumindest in der „identitätsphilosophischen Interpretation“ (Ritsert) werden sie lückenlos zu Besonderheiten konkretisiert, genauer: Das Einzelne wird zum Besonderen in Bezug auf das Allgemeine bestimmt, das so zur „Totalität“ einer „konkreten Allgemeinheit“ vermittelt wird.²²² Der „Inklusionsmythos“ (Ritsert) läuft so auf eine wesentliche Identität der Inhalte in der Form und damit von Form und Inhalt hinaus. Anders formuliert werden die Inhalte zu bloßen Erscheinungen der Form, und die Differenz zwischen Inhalt und Form wird in einer solchen „identitätsphilosophischen Interpretation“ Hegels (Ritsert) im Wesentlichen genauso gestrichen wie die Differenz zwischen Wesen und Erscheinung, Begriff und Sache. Eine Tautologie der Vermittlung ist dann nicht von der Hand zu weisen. Nichtidentität wird zur bloßen Bedingung von Identität, Widersprüche letztlich zu bloßen Gegensätzen als Bedingung der Reproduktion des Formprozesses. Konsequenz zu Ende gedacht, mündet dieser Begriff der Totalität darin, dass alle Inhalte und ihre Gegensätze Vermittlungsmaterial sind, also ihrer spezifischen Qualität beraubt oder gar – wenn man so wie Breuer will – zur Unvermitteltheit vermittelt sind, so dass die Form selbstreferenziell prozessiert. Entsprechend gilt für die genannten Beiträge der ‚Rechtsableitungsdebatte‘, dass sie – abgesehen von Breuer ohne es zu wollen – in der totalen bzw. systemischen Determiniertheit enden.

Doch damit ist hier endgültig die Frage nach dem ontologischen Status der Inhalte, nach der Bedeutung von „Nichtidentität“ (Adorno) und dem Verhältnis von Form und Inhalt in der kapitalistischen Rechtsform – oder, wie Ritsert in Bezug auf Hegel formuliert: das „Referenzproblem“ (s. A.III.4.) – eröffnet.²²³ Die Alternativen eines ahistorisch

²²¹ „Was vernünftig ist, das ist“ für Hegel bekanntlich „wirklich; und was wirklich ist, das ist vernünftig.“ (Hegel 1970 [1821]: 24). Dieser Wirklichkeitsbegriff muss über Empirie und Bestehendes zugunsten emanzipatorischer Potenziale hinweggehen (vgl. Einleitung; Anm. 5).

²²² S. Anm. 50 und A.III.4. Den Charakter der Vermittlung, die alles Besondere erfasst, spricht Hegel deutlich in seiner „Philosophie des Rechts“ aus: „Die bürgerliche Gesellschaft ist vielmehr die ungeheure Macht, die den Menschen an sich reißt, von ihm fordert, daß er für sie arbeite und daß er alles durch sie sei und vermittle ihrer tue.“ (Hegel 1970 [1821]: 238). In der „Philosophie des Rechts“ ist sie allerdings auf Staat und Recht bezogen: „Der Staat, als Geist eines Volkes, zugleich das alle seine Verhältnisse durchdringende Gesetz, die Sitte und das Bewußtsein seiner Individuen ist“ (a. a. O.: 440). Damit spiegelt er den übergreifenden Charakter der kapitalistischen Rechtsform als Emanation der kapitalistischen Formtotalität wider, wenngleich bei ihm der Staat als Instanz des Geistes der letzte Grund statt des Kapitals ist.

²²³ Es sei an das Zitat von Johann Gottlieb Fichte erinnert: „Dies, daß der endliche Geist notwendig etwas Absolutes außer sich setzen muß (ein Ding an sich) und dennoch von der andern Seite erkennen muß, daß

handlungstheoretischen Dualismus einerseits und funktionalistischer oder formabsolutistischer Identität von Form und Inhalt andererseits stellen, wie sich gezeigt hat, ein althergebrachtes Thema dar: Kant betont – wenngleich widersprüchlich – indeterminierte Subjektivität in der Konstitution der Rationalität und damit einen Dualismus der Subjekte und ihrer Form, ebenso einen still gestellten Widerspruch zwischen „Dingen an sich“ und Dingen der Erkenntnis rein relational Identität konstituierender Rationalität, zwischen „phaenomena“ und „noumena“. Hegel hingegen transformiert in der „identitätsphilosophischen Interpretation“ die Subjekte zu Erscheinungen des „Geistes“ und seiner „Vernunft“, so dass der Widerspruch zwischen Form und Inhalt, aber auch indeterminierte Subjektivität, prozessierend aufgehoben wird. Die Frage nach dem ontologischen Status der Inhalte, insbesondere der Individuen, ist also eine Frage, die sich zwangsläufig mit der Annahme einer wesentlichen Form, erst recht einer Formtotalität stellt. Es geht dabei auch um die Gleichzeitigkeit der Empirie einer Autonomie des kapitalistischen Rechts einerseits und einer kapitalistischer Funktionalität sowie vor allem von Abweichungen von abstrakter Liberalität dieses Rechts andererseits; es geht um die Gleichzeitigkeit von systemkritischen Reflexionen der Empirie auf der einen und von handlungstheoretisch ideologiekritischen auf der anderen Seite; schließlich geht es um die Gleichzeitigkeit des Befunds der Reproduktion des kapitalistischen Rechts einerseits und der Erfahrungen von Rechtlosigkeit in unvermittelter Herrschaft und Identität, vor allem im Nationalsozialismus, andererseits.

Diese Aufzählung der Gleichzeitigkeiten illustriert aber nicht die schlichte Erkenntnis, dass beide Alternativen der Kritik zugleich etwas treffen und an etwas vorbeizielen.²²⁴ Es bleibt dabei, dass das kapitalistische Recht, in der kapitalistischen Rechtsform derart bestimmt ist, dass auch noch Abweichungen von seinen abstrakt liberalen Erscheinungen mit bestimmt werden. Gegenemanzipatorische Unvermitteltheit kann auch auf objektive Grenzen zurückgeführt werden, so dass die entsprechende Gefahr nicht an eine wesentliche Nichtidentität der Inhalte und damit von Form und Inhalt geknüpft ist. Es ist aber die Notwendigkeit, auf die eine – bewusst oder unbewusst – vertretene Identitätsphilosophie bestehend konsequent hinausläuft, die mir problematisch erscheint. Das Ergebnis einer geradezu formlogisch zwangsläufigen Auslöschung wesentlicher Nichtidentität, nämlich gemäß der identitätsphilosophischen Logik, dass Nichtidentität bloß konstitutiv für die Form der Identität sei, damit die Auslöschung von indeterminierter Subjektivität, Klassen- und staatlicher Souveränität, Widerspruchspotenzialen sowie von Emanzipation und Gegenemanzipation ist das Problem.

III. Die wesentliche Nichtidentität des kapitalistischen Rechts als Grenze der Rechtsformkritik, bestimmte und unbestimmte Negation des Rechts

Es ist dagegen zum einen der *Herrschaftscharakter* der Vermittlung zu betonen, der bedeutet, dass die Inhalte zwar einerseits formbestimmt sind, andererseits aber in den Formprozess hineingezwungen werden müssen und deshalb auf Differenz und entsprechende Nichtidentität des Prozesses verweisen. Vor allem ist aber schlicht darauf zu insistieren, dass die kapitalistische Form-Inhalt-Vermittlung, auch im Recht, dieser *Prozess* ist. Man mag diesen Prozess Dialektik nennen, entscheidend ist an dieser Stelle ein Blick darauf, der die kontinuierliche Bewegung ohne Anfang und Ende erkennt. Jeder Dualismus widerspricht dem, weil es gar nicht zur Vermittlung kommt. Aber eben auch eine totale Identität – sei sie auch durch (nicht als Widersprüche verstandene) Gegensätze hindurch konstituiert – muss diesen Prozess still stellen. Das ist bezüglich Hegel in diesem Teil schon angesprochen worden. Selbst Gegensätze wären dann nämlich bloße

dasselbe nur für ihn da sei (ein notwendiges Noumen sei) ist derjenige Zirkel, den er in das Unendliche erweitern, aus dem er aber nie herausgehen kann.“ (Fichte 1961 [1797 / 98]: 198).

²²⁴ Das würde auf einen bekannten problematischen Kompromiss zwischen Handlungstheorie und Systemtheorie hinauslaufen.

Verselbständigungsbedingung der Formtotalität, also als Scheinwidersprüche im Wesentlichen vermittelt. In der marxistischen Variante dieser Identitätsphilosophie, der ökonomistisch funktionalistischen Systemkritik, wird die kapitalistische Vermittlung in eine Linearität vom unvermittelten Anfang zum paradoxen Ende totaler Vermitteltheit / Unvermitteltheit transformiert oder unbewusst so konstruiert. Dass dieses Ende die Realität einer gegenemanzipatorischen Rechtlosigkeit trifft, wie sie im Nationalsozialismus mehr als aufgeschienen ist, soll damit keinesfalls bestritten werden. Gerade im Hinblick auf die Erkenntnis der historischen Besonderheit des Nationalsozialismus und seiner Folgewirkungen im Postnazismus kann Kapitalismus – in empirischer wie begrifflicher Hinsicht – nicht als ein bloßes Verschwinden von Vermittlung durch Abstraktion gedacht werden. Wenn man den Hoch- oder Spätkapitalismus und sein Recht als lückenlose, also totale Vermittlung durch Abstraktion ansieht, belässt das also weder unvermittelte Residuen, noch führt das zur totalen Unvermitteltheit.

Prozess im angesprochenen Sinn bedeutet nämlich, dass immer wieder aufs Neue Subsumtion, Formung, also Vermittlung der Inhalte in einem tatsächlich nicht nur oberflächlichen, sondern wesentlichen Sinn möglich ist. Die Inhalte sind aber so in ihrer Spezifik, ihrer Differenz zur Form, nicht greifbar oder nur auf einer den Dualismus vortäuschenden Erscheinungsebene, da immer im Prozessieren begriffen. Das bedeutet ebenso, dass die Subjekte immer, auch in ihren vermeintlich konkretesten oder widersprüchlichsten Handlungen, rechtsformbestimmt sind. Aber als indeterminierte und potenziell widersprüchliche Subjekte bergen sie individuelle Momente, die dazu führen, dass sie überhaupt noch geformt, durch Abstraktion vermittelt, subsumiert werden müssen. Diese Momente an den Subjekten, an den formbestimmten Inhalten überhaupt, können in der totalen Vermittlung nicht als inhaltliche Entitäten, etwa als unvermittelte, konkrete ‚Menschlichkeit‘, erscheinen, sondern sind eben nur Momente solcher notwendigerweise formbestimmter Entitäten, wie etwa Rechtssubjekte. Daher ist der ontologische Status der rechtlichen Inhalte tatsächlich ein unwesentlicher, da sie wesentlich bestimmt durch die Rechtsform und somit Erscheinungen dieser Form sind. Nur die inhaltlichen Momente, also das Ungreifbare, das in der Vermittlung immer wieder aufs Neue untergeht, haben einen wesentlichen Status. Deshalb sind diese Momente besser als wesentliche Nichtidentität oder wesentliche Differenz von Form und Inhalt zu erfassen. Sie sind als diese Nichtidentität allerdings zugleich die schon zu Beginn der Arbeit angesprochene Grenze des kapitalistischen Vermittlungsprozesses, die gerade in dem totalen Prozessieren bewahrt bleibt.

Diese Grenze zu erkennen, Herrschaft und Vermittlungsbewegung der Form trotz oder gerade wegen des Hinabsteigens in die Untiefen der Totalität zusammen zu kritisieren, hat meines Erachtens und wie in dieser Arbeit bereits mehrfach aufgezeigt (und noch aufzuzeigen sein wird) schon Marx vorgemacht. Sein Fetischbegriff zielt zumindest auch auf die Kritik der Herrschaft des Formprozesses ab, und er berücksichtigt aber auch die Grenzen dieses Prozesses, besonders deutlich, wenn er in der Erstfassung des Kapitals zur Wertformdialektik schreibt: „Es zeigt sich an diesem Punkt bestimmt, wie die dialektische Form der Darstellung nur richtig ist, wenn sie ihre Grenzen kennt.“ (Marx 1980 [1858]: 91). Noch mehr gilt das aber für die ‚Kritische Theorie‘, insbesondere Adornos, und einige ihrer Nachfolger. Auf die Kritik der Herrschaft der Form der Identität durch Adorno, seinen Begriff der „inneren Vermittlung“ und sein „konsequentes Bewußtsein von Nichtidentität“ ist in dieser Arbeit bereits mehrfach eingegangen worden (und wird es noch). Seine Kritik an Identitätsphilosophie bringt er folgendermaßen auf den Punkt: „Hegel zufolge bedarf es konstitutiv des Nichtidentischen, damit Begriffe, Identität zustande kommen; so wie es umgekehrt des Begriffs bedarf, um eines Nichtbegrifflichen, Nichtidentischen sich bewusst zu werden. Nur verletzt er seinen eigenen Begriff von Dialektik, der gegen ihn zu verteidigen wäre, indem er ihn nicht verletzt, ihn zur obersten widerspruchsfreien Einheit zusammenschließt... Durch ihre Aufhebung wird die Wechselseitigkeit in Einseitigkeit zurückgebildet. Aus der Wechselseitigkeit ist auch nicht ins Nichtidentische zu springen; sonst vergäße Dialektik ihre Einsicht in die universale Vermittlung. Aber das Moment des Nichtaufgehenden, das in ihr mitgesetzt ist, vermag sie nicht ohne Münchhausenstück wegzuschaffen. Was ihr Ärgernis bereitet, ist der Wahrheitsgehalt, der ihr erst abzugewinnen wäre.“

Stimmig würde sie einzig in der Preisgabe von Stimmigkeit aus der eigenen Konsequenz“ (Adorno 1998 [1957-1963]: 375).²²⁵

Die Formfunktionalität für die liberalen Mindeststandards ist bei einem solchen Begriff von Recht, Rechtsform und Formtotalität nicht allein Funktionalität für bloße abstrakt liberale Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform und damit nicht bloße Formtautologie. Die unterschiedlichen Ausmaße an Formalität, abstrakter Freiheit und Gleichheit in der Form bis hin zu ihrer Beseitigung und damit auch der Form verweisen nunmehr auf die Momente von indeterminierter Subjektivität²²⁶, Momente oder zumindest Potenziale von Widersprüchen²²⁷ und damit auf die wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt. Der formfunktionelle Bezug der Rechtsform zum Kapital ist damit auch nicht bloßer Vollzug der Verselbständigung der Formtotalität oder gar einer determinierenden Herrschaft der kapitalistischen Produktion. Er ist – momentweise – auch Ergebnis der Entscheidungen der Subjekte für das Kapital und die Formtotalität sowie einer momentweise auch unvermittelten Klassen- und staatlichen Herrschaft. So macht auch der Begriff der Verselbständigung der kapitalistischen Formtotalität durch die Rechtsform hindurch einerseits erst wirklich Sinn: Es kann überhaupt von einer momentweisen spezifischen Qualität der Inhalte und damit des außerrechtlich Gesellschaftlichen die Rede sein, von denen sich die kapitalistische Rechtsform loslösen kann. Mit der Verselbständigung, dem Zentrum „realer Metaphysik“ (Krahl), bestätigt sich so die Irrationalität der kapitalistischen Rationalität, und zwar im Recht als „Urphänomen irrationaler Rationalität“ (Adorno). Andererseits findet diese Verselbständigung in den inhaltlichen Momenten, die mehr als bloße Erscheinung des Wesens in der Rechtsform sind,

²²⁵ An anderer Stelle heißt es weiter: „Den dialektischen Widerspruch, Ausdruck des unauflöslich Nichtidentischen, wiederum durch Identität glätten heißt soviel wie ignorieren, was er besagt, in reines Konsequenzdenken sich zurückbegeben.“ Das sei „Denken, das an Identität irre ward,“ (1998 [1966]: 162f.). Darauf dass Marx sowohl die Einheit oder gar Identität von Form und Inhalt in der Warenform reflektiert, aber auch einen positivistischen Dualismus in seine Reflexionen aufnimmt, ist hier schon aufmerksam gemacht worden (s. A.III.4.). Mit der Erkenntnis der Nichtidentität, die auf Identität verwiesen ist, aber doch daraus hervorrage, macht dann auch überhaupt Marx’ Insistieren auf Klassenkampf trotz Kritik kapitalistischer Formtotalität Sinn. Krahl schreibt auf dieser Argumentationslinie: „Vermittlung ist nie als reine, sondern sie vermag... Existenz nur durch die Dinge zu gewinnen.“ (1971: 60). Das Form-Inhalt-Problem reflektiert Postone auch in dieser Hinsicht, wenn er schreibt, dass „das, was als entfremdete Gebrauchswertdimension der gesellschaftlichen Arbeit konstituiert wurde, in anderer Form weiterbestehen könnte.“ (Postone 2003 [1994]: 540). Das kann zwangsläufig nur der Fall sein, wenn der Inhalt, die Gebrauchswertdimension, in seiner Formbestimmtheit nicht völlig in der Tauschwertdimension, der die Inhalte vermittelnden Form, aufgeht. Allerdings ist hier präzisierend ‚möglicherweise und je nach Einzelfall‘ hinzuzufügen, weil sonst – entgegen Postones Absicht – der Eindruck eines allein emphatischen Gebrauchswertbegriffs und einer Generalanknüpfung an den Gebrauchswert entstehen könnte. Nicht zuletzt ist an Ritserts Diskussion von Hegels und Adornos Dialektik zu verweisen, im Zuge derer er „Nichtidentität“ als „Problembegriff“ im hier gemeinten Sinn herausarbeitet (Ritsert 1997: 161f.).

²²⁶ Ob damit die Hegel-Interpretationen Recht behalten, die ihn nicht identitätsphilosophisch interpretieren (s. Anm. 89), ist zweifelhaft, entscheidend ist aber, dass sie für das Verhältnis Bürger und Recht, Klassen und Recht sowie Staat und Recht etwas treffen, wenn sie indeterminierte Subjektivität bewahrt sehen wollen. Auf jeden Fall kommen Kants nicht (be)greifbare „Dinge an sich“ und seine „phaenomena“ als Grenze der Vermitteltheit zu neuen Ehren, was entsprechend auch für Adornos Insistieren auf der Nichtidentität gegen Identitätsphilosophie gilt: „Daß es gleichwohl des nicht unter die Identität zu Subsumierenden – nach der Marxschen Terminologie: des Gebrauchswertes – bedarf, damit Leben überhaupt, sogar unter den herrschenden Produktionsverhältnissen fort-dauere, ist das Ineffabile der Utopie.“ (1998 [1966]: 22; vgl. Becker 1997: 23; Stahl 1991: 179, 221ff.).

²²⁷ *Widerspruch* also im Sinn einer dritten Negation (oder zweiten, aber nicht affirmativen Negation, s. Anm. 33), nämlich auch des kapitalistischen Wesens des Rechts. Das bedeutet, dass es nicht auf eine nur vermeintlich höhere Stufe gehoben wird, letztlich also affirmativ bleibt, sondern seiner Nichtidentität überführt und auf dieser Basis negiert wird. Die Kritik kapitalistischer Identität auf der Basis der Reflexion ihrer Nichtidentität sowie entsprechender Widerspruchs- und Subjektivitätspotenziale mag man auch „negative Dialektik“ nennen, die „den Gegenstand auch dort, wo er den Denkregeln nicht willfahrt“, respektiert und die ihren Erfahrungsgehalt „am Widerstand des Anderen gegen die Identität“ hat (Adorno 1998 [1966]: 144, 163).

eine Grenze, bzw. der Verselbständigung kann derart durch die individuellen Akteure eine Grenze gesetzt werden. Es handelt sich also bei der Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform nicht um Formselbstreferenz. Die wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt kann der Form auch entgegenstehen. Das bedeutet auch, dass die Geltung des Rechts nicht allein auf einem monistischen Sein-Sollen, einer verselbständigten Normativität basiert, sondern mit den Grenzen dieser Verselbständigung momentweise indeterminierte Subjekte, aber vor allem unvermittelte Klassen- und staatliche Herrschaft die ‚Einheit der Rechtsordnung‘ gefährden können und zugleich herstellen müssen. Wie sich im Folgenden zeigen wird, findet so aber auch die Irrationalität des kapitalistischen Formprozesses eine Grenze.²²⁸

Entscheidend für die Erörterung meiner Ausgangsfragen ist, dass gerade dank der wesentlichen Nichtidentität nicht nur von Widerspruchspotenzial und indeterminierter Subjektivität die Rede sein kann. Auch emanzipatorische, aber genauso gegenemanzipatorische Potenziale,²²⁹ die ich erläutert habe (s. A.VI.3.), sind so *wirklich* denkbar, letztlich überhaupt Vermittlung durch Abstraktion.²³⁰ Die wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts ist zugleich Grund der Fragilität der kapitalistischen Formen und damit für mehr als unwesentliche Krisen. Abweichungen vom abstrakt Liberalen des kapitalistischen Rechts wie auch entsprechende Krisen des Rechtsstaats sind daher exakt dafür Indizien, nämlich für die wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt, die Bedingung ihrer Identität ist, aber darin nicht aufgeht. Auch die Rede vom doppelt herrschaftlichen Charakter dieser Vermittlung erweist sich so erst als treffend, weil überhaupt noch etwas durch Abstraktion vermittelnd beherrscht werden und unvermittelte Klassen- und staatliche Herrschaft in die Vermittlung eingehen können.²³¹ Erst die emanzipatorischen und gegenemanzipatorischen Potenziale machen wiederum letztlich die Unterscheidung zwischen kapitalistischem Recht und kodifizierter wie nicht kodifizierter gegenemanzipatorischer Rechtlosigkeit unter den Bedingungen kapitalistischer Formtotalität sinnvoll. Anders formuliert, wird die Frage beantwortet, was es praktisch für einen Unterschied ausmacht, ob es sich um einen weitgehend nicht-liberalen, also rechtlich entformalisierten und rechtliche Freiheit und Gleichheit verletzenden, etwa autoritär staatsorientierten Kapitalismus oder um gegenemanzipatorische

²²⁸ Reichelts Programm einer „Kritischen Theorie“, nämlich die überzeugende Explikation der Verselbständigung, wurde entsprechend – anders als in Reichelts Versuch – von Adorno auch in Bezug auf die Nichtidentität umgesetzt.

²²⁹ Obwohl Hegel in seiner „Philosophie des Rechts“ von Beginn die Allgemeinheit, also den sittlichen Staat und sein Recht, im Blick hat, tauchen auch dort diese Potenziale und ihre Anknüpfungspunkte, gerade auch im Zusammenhang mit der Differenz zwischen Allgemeinem und Besonderem auf, wenngleich allein als Bedrohung: „Die Besonderheit für sich, einerseits als sich nach allen Seiten auslassende Befriedigung ihrer Bedürfnisse, zufälliger Willkür und subjektiven Beliebens, zerstört in ihren Genüssen sich selbst und ihren substantiellen Begriff; andererseits als unendlich erregt und in durchgängiger Abhängigkeit von äußerer Zufälligkeit und Willkür sowie von der Macht der Allgemeinheit beschränkt, ist die Befriedigung des Notwendigen wie des zufälligen Bedürfnisses zufällig.“ (Hegel 1970 [1821]: 341; vgl. Daniel 1983: 156).

²³⁰ Es ist nämlich – wenn auch nicht greifbares und nur aufscheinendes – Etwas, ein *Moment*, von dem abstrahiert wird. In dieser Hinsicht macht auch die Kritik des frühen Marx an Hegels Rechtsphilosophie Sinn, die darauf verweist, dass ohne die Nichtidentität der Identität Hegels die Kritik unmöglich wird, etwa wenn er darauf besteht, dass der Staat von Menschen gemacht und nicht bloßes (rechts)formbestimmtes vernünftiges Eigenleben sei (Hyppolite 1975 [1955]: 447). Krahl spricht von „indirekt ontologischen Implikaten“, mittels derer die reale, im Innern des kapitalistischen Produktionsprozesses an den individuellen Produzenten und den konkreten Gebrauchswerten sich vollziehende Darstellung der gesellschaftlichen Abstraktion analytisch erst der Kritik zugänglich ist“. (1971: 39). Diese „Implikate“ oder Momente überschneiden sich begrifflich mit Adornos „Nichtidentischem“ (s. Anm. 241).

²³¹ Wie bereits betont wurde, bedeutet – in umgekehrter Richtung – erzwungene, herrschaftliche, gewaltsame Form der Identität Nichtidentität, die wiederum auf die Fragilität des Rechts verweist, oder, wie Benjamin es ausdrückt: „Denn in der Ausübung der Gewalt über Leben und Tod bekräftigt mehr als in irgendeinem andern Rechtsvollzug das Recht sich selbst. Eben in ihr aber kündigt zugleich irgend etwas Morsches im Recht am vornehmlichsten dem feineren Gefühl sich an, weil dieses sich von Verhältnissen, in welchen das Schicksal in eigener Majestät in einem solchen Vollzug sich gezeigt hätte, unendlich fern weiß.“ (Benjamin 1971 [1955]: 43).

Rechtlosigkeit handelt: Es geht um jenes Mindestmaß an rechtlicher Vermitteltheit und entsprechend an abstrakter Liberalität, ohne das, wie mehrfach erläutert, weder die Reproduktion des kapitalistischen Rechts noch Kapitalismus überhaupt denkbar wären. Genau dieses Mindestmaß macht aber zugleich den Unterschied ums Ganze aus, nämlich Potenziale zur Negation des Kapitalismus und seines Rechts für Emanzipation und damit auch ein Zipfel emphatischer Rationalität. Allerdings können sich diese Potenziale wegen der kapitalistischen Formtotalität nicht positivieren, sondern nur höchstens aufblitzen. In erster Linie, aber nicht allein oder gar notwendig äußern sie sich negativ im Leiden an Unterdrückung von Individualität. Die Potenziale sind in dieser Hinsicht die Möglichkeit des Endes vom Leiden, worauf das Leiden wiederum negativ verweist.²³²

Die Potenziale machen aber nicht nur die praktische Negation des Rechts möglich, sondern letztlich materialistische Kritik im negatorischen Sinn überhaupt, will sie sich nicht in der angesprochenen Aporie eines Existenzialismus verlieren. Damit wird keinesfalls die Totalität kapitalistischer Formen bestritten.²³³ Die materialistische Rechtskritik muss deshalb die Nichtidentität erfassen und trotzdem oder gerade deshalb immanent in dem Sinn sein, dass sie das kapitalistische Recht mit sich selbst, also seinen realen emanzipatorischen Potenzialen in der Rechtsform aufgrund der wesentlichen Nichtidentität des Rechts konfrontiert.²³⁴ Sie ist somit nicht immanent im Sinn einer Kritik der ‚schlechten Realität‘ im Namen der ‚guten Idee‘ bürgerlicher Ideale wie Gerechtigkeit: Zum einen brechen die Potenziale als Maßstab vor allem eines Endes von Leiden mit diesen Idealen, indem sie auf eine Individualität ermöglichende Vermittlung durch Abstraktion verweisen und nicht auf bürgerliche Gerechtigkeit. Diese Zwanglosigkeit ist wegen der Formtotalität nur denk-, nicht konstruierbar.²³⁵ Zum anderen geht die kapitalistische

²³² Das kommt in Adornos Forderung an Philosophie zum Ausdruck, „gegen die universale Selbstentfremdung das hoffnungslos Entfremdete geltend“ zu machen (Adorno 1998 [1966]: 34).

²³³ Für Adorno ist deshalb „Totalität... keine affirmative, vielmehr eine kritische Kategorie. Dialektik möchte retten oder herstellen helfen, was der Totalität nicht gehorcht, was ihr widersteht oder was, als Potenzial einer noch nicht seienden Individuation, erst sich bildet.“

²³⁴ „wenn wir nicht in der Gesellschaft, wie sie ist, die materiellen Produktionsbedingungen und ihnen entsprechenden Verkehrsverhältnisse für eine klassenlose Gesellschaft verhüllt vorfinden, wären alle Sprengversuche Donquichoterie.“ (Marx 1983 [1939-1941]: 93). Einen solchen Begriff der immanenten Kritik ausführend, schreibt Postone: „Will eine Theorie, wie die von Marx, die die Gesellschaft kritisiert und von der gesellschaftlichen Konstitution des Menschen ausgeht, konsistent bleiben, so kann sie weder implizit noch explizit von einem Standpunkt ausgehen, der vorgibt, außerhalb ihres eigenen Gesellschaftszusammenhangs zu liegen. Sie muß sich vielmehr selbst als in diesen Kontext eingebetteten Gegenstand begreifen.“ (Postone 2003 [1994]: 146). Es geht dabei wegen der Erkenntnis der Differenz zwischen Form und Inhalt trotzdem nicht völlig der Charakterzug der Kantisch auf Verstandesdenken beruhenden Kritik als „Scheidekunst“ verloren (Marx). Auch Adorno insistiert auf „immanenter Kritik“, die die „Differenz zwischen der Sache und ihrem Begriff“ – eine nur andere Akzentuierung der Differenz zwischen Form und Inhalt (s. Anm. 65) – als „das Bewegende“ hat (Adorno 1998 [1967]: 276). Zur Kritik von Musik merkt er entsprechend an: „Das Verfahren ist immanent: die Stimmigkeit des Phänomens, in einem nur an diesem selber zu entwickelnden Sinn, wird zur Bürgschaft seiner Wahrheit und zu Gärstoff seiner Unwahrheit.“ Er fügt jedoch hinzu, dass „gegen die universale Selbstentfremdung... kaum mehr eine Sache selbst redet.“ (Adorno 1998 [1949]: 34f.) Einerseits ringt somit auch Adorno wie einige Vertreter der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ mit einer Verfallsgeschichte der Vermittlung durch Abstraktion, die die immanente Kritik erschwere. Andererseits zeigt das „kaum“ jedoch, dass er an dieser Stelle wie an vielen anderen nicht eine totale Identität, wie Breuer, annimmt.

²³⁵ So erweist sich Heinrichs Ablehnung von immanenter Kritik mit Maßstäben wie Gerechtigkeit wie auch normativer Kritik überhaupt (s. Anm. 124) als mit meinem Kritikbegriff übereinstimmend. Das gilt auch für seine „politische Kritik“, die zum negativen Maßstab hat, dass „elementare Lebensinteressen der Arbeiter und Arbeiterinnen verletzt“ werden (Heinrich 2001 [1991]: 384). Bei dieser Verletzung kann es sich nur um einen negativen Maßstab handeln, wenn die Potenziale für ihre Beendigung, die Entfaltung von Individualität, angenommen werden. Doch wenn Heinrich diese Kritik von seiner so genannten „wissenschaftlichen Kritik“ trennen will (s. Anm. 193), macht das keinen Sinn: Der Gegenstand der wissenschaftlichen Kritik birgt die emanzipatorischen Potenziale und kann nur mit ihnen als Maßstab eine konsistente negative Bewertung liefern. Mit dem Rekurs auf die „Lebensinteressen“ bewahrt im Übrigen

Formbestimmtheit, wie gezeigt, mit jenem Begriffsrealismus einher, der Begriff und Sache, Idee und Realität im Vermittlungsprozess zwanghaft verbindet, so dass das eine nicht gegen das andere ausgespielt werden kann. Umgekehrt betrachtet ist somit den emanzipatorischen Potenzialen auch in den bürgerlichen Idealen nachzuspüren, dies aber nur im Bewusstsein, dass diese Ideale in erster Linie Teil der herrschaftlichen Vermittlung sind und somit ‚an sich‘ nicht auf Emanzipation verweisen.²³⁶ Die Potenziale sind als Verweis auf Emanzipation zugleich jener Zipfel emphatischer Rationalität, ohne den Kritik nicht möglich wäre.²³⁷ Die Negation des Rechts für Emanzipation muss folglich bestimmte Negation sein.²³⁸ Bestimmt wäre sie, indem sie die emanzipatorischen Potenziale der kapitalistischen Vermittlung dadurch zur Entfaltung bringt, dass sie das Unwesen des kapitalistischen Rechts, die Herrschaft der Vermittlung und die vermittelte Herrschaft, beseitigt. Eine unbestimmte, abstrakte Negation würde sich als ‚große Verweigerung‘ auch gegen das richten, dessen Potenzial für Emanzipation gerade freigesetzt werden muss.²³⁹ Um eine bestimmte Negation zu sein, die also emanzipatorische Potenziale entfaltet, muss sie notwendig auf einem wesentlichen Status von inhaltlichen Momenten basieren, die diese Vermittlung ermöglichen, sich ihr aber zugleich momentweise entziehen.²⁴⁰ Die bestimmte Negation bedeutet damit selbstredend zugleich die möglichst weitgehende Liquidierung gegenemanzipatorischer Potenziale.

auch Heinrich ein Minimum an – wenngleich evidenten – Normativität, die er somit im Hinblick darauf unreflektiert attackiert. Vor allem aber macht er sich keinerlei Gedanken darüber, warum diese Interessen aus den kapitalistischen Formen herausführen sollen, reflektiert also nicht das Form-Inhalt-Problem. Auch Marx hat sich mehrfach gegen eine immanente Kritik im Namen bürgerlicher Ideale gewandt (s. Anm. 124). Adorno wendet sich entsprechend gegen die „Durkheimsche Version der Immanenz“, die auf dem „Unterschied zwischen der Wirklichkeit der Gesellschaft und dem Bewusstsein, daß sie von sich selbst hat“ beruhe (Adorno 1998 [1967]: 276). Marx und Adorno waren in dieser Hinsicht aber nicht konsequent. So erläutert Adorno an einer Stelle immanente Kritik zumindest missverständlich als „Konfrontation dessen, als was eine Gesellschaft auftritt und was sie ist.“ (Adorno 1998 [1966]: 347) (Marx: s. Anm. 36).

²³⁶ Ideologiekritik ist somit die Konfrontation des Realbegriffs mit sich selbst, mit seinen emanzipatorischen Potenzialen (vgl. Institut für Sozialforschung 1956: 18, 169).

²³⁷ „Ideologiekritik, als Konfrontation der Ideologie mit ihrer eigenen Wahrheit“ ist „nur soweit möglich, wie jene ein rationales Element enthält. Das gilt für Ideen wie die des Liberalismus, des Individualismus, der Identität von Geist und Wirklichkeit.“ (Institut für Sozialforschung 1956: 169)

²³⁸ Marx fordert entsprechend im „Nachwort“ zur zweiten Auflage des Kapitals von 1873, dass die Kritik „in dem positiven Verständnis des Bestehenden zugleich auch das Verständnis seiner Negation... einschließt.“ (Marx 1982 [1890]: 28). Einen solchen Begriff der „bestimmten Negation“ interpretierend, spricht Postone treffend von der „Schaffung neuer Strukturen, die sich als historische Möglichkeiten aufgetan haben, aber die Abschaffung der Grundlage der kapitalistischen Ordnung als Bedingung ihrer realen, faktischen gesellschaftlichen Existenz erfordern.“ (Postone 2003 [1994]: 542). Dabei kann es selbstverständlich nicht um eine identitätsphilosophische Variante der bestimmten Negation gehen, bei der Voraussetzung und Resultat dieser Negation im Wesentlichen identisch sind. Es kann sich aber auch nicht um ein „reine Prozessualität“ handeln, die die „Kraft zum Prozessieren aus sich selbst nimmt.“, wie Michael Theunissen in seiner Hegel-Interpretation ausführt (Theunissen 1978: 156). Beide Varianten würden der Erkenntnis von der wesentlichen Differenz zwischen Form und Inhalt und damit dem entsprechenden Widerspruchs- und Subjektivitätspotenzial sowie meinem Emanzipationsbegriff widersprechen.

²³⁹ „Der Tod des Einen, der den Widerspruch nach einer Seite auflöst, durch die abstrakte, daher rohe Negation der Unmittelbarkeit, ist so nach der wesentlichen Seite, dem Dasein des Anerkennens, welches darin zugleich aufgehoben wird, ein neuer Widerspruch, und der höhere als der erste.“ (Hegel 1970 [1821]: 221).

²⁴⁰ „Kritik bedeutet“ dementsprechend „Konfrontation des Gegenstands mit seinem eigenen Begriff“ – nach meiner Interpretation: des Inhalts mit der Form und den darin enthaltenen Potenzialen – „das Messen der Dinge an dem, was sie selber sein wollen“: „bestimmte Negation“ (Institut für Sozialforschung 1956: 18, 169). Bezogen auf die Terme Wesen und Erscheinung – ebenfalls nur eine andere Akzentuierung der Differenz zwischen Form und Inhalt (s. Anm. 71) – bekräftigt Krahl: „Eindimensionalisierung, die Einebnung der Differenz von Wesen und Erscheinung... bedeutet die Eskamotage der emanzipatorischen Dimension.“ (1971: 130). An anderer Stelle: „Marx hat die Differenz zwischen Wesen und Erscheinung zum Inbegriff der Kritik gemacht.“ (Krahl 1971: 373).

Handlungstheoretische Ideologiekritik sowie entsprechende Ahistorizität im Sinn der Leugnung dieser Totalität müssen daher herrschafts- und identitätsunkritisch sein und entsprechend Elemente herrschaftlicher Identität in Emanzipationsvorstellungen mitschleppen bzw. die Gefahr der Affirmation bis Gegenemanzipation übersehen. Sie zielen auf unbestimmte (bzw. nicht-emanzipatorisch) bestimmte Negation des Rechts. Geht man jedoch entsprechend der Empirie sowie dem Prozess- und Herrschaftscharakter der kapitalistischen Vermittlung von der Nichtidentität der kapitalistischen Rechtsform aus, so bleiben handlungstheoretische und positivistische Momente der Reflexion ahistorischer (Un)bestimmtheit, wie vor allem in Bezug auf die erste Natur der Subjekte, möglich. Diese Reflexionsmomente sind also den inhaltlichen Momenten geschuldet, die sich der herrschaftsförmigen Vermittlung entziehen, und sind so Teil der Möglichkeit von Emanzipation. Nichtsdestotrotz ist die Nichtidentität, die mit den inhaltlichen Momenten gemeint ist, wiederum nicht ohne Bezug auf den Formprozess Realität und darstellbar. Sie können, wie ausgeführt, nicht als Entitäten erscheinen, sondern sind eben nur Momente solcher notwendigerweise formbestimmter Entitäten, wie etwa Rechtssubjekte. Das bedeutet, dass weiterhin gilt, dass der positivistische, auf verdinglichte abstrakte Liberalität bezogene Rechtsformbegriff in seinem dualistischen Verhältnis zu den rechtlichen Inhalten über die wesentliche Formbestimmtheit hinwegtäuscht. Die verdinglichte abstrakte Liberalität des kapitalistischen Rechts wird so nicht zum Angriffspunkt der bestimmten Negation, sondern die ihr innewohnende Herrschaft, die wiederum nicht von den Erscheinungen des Konkreten, der Inhalte zu trennen ist. Umgekehrt sind die emanzipatorischen Potenziale nicht in den verdinglichten Erscheinungen des abstrakt Liberalen oder des Konkreten, sondern nur in ihrer wesentlichen Vermittlung aufzuspüren. Die Form-Inhalt-Nichtidentität auf der Erscheinungsebene ist aber nicht nur Indiz, sondern Ausdruck und Bedingung ihrer wesentlichen Nichtidentität und so zugleich Differenz zwischen Wesen und Erscheinung. Damit verbunden ist die Differenz zwischen Begriff und Sache, die in ihrer rein positivistischen Fassung ebenfalls über die wesentliche Formbestimmtheit bzw. den kapitalistischen Begriffsrealismus hinwegtäuscht. Doch ohne positivistische Reflexionsmomente wären mit der totalen Identität des Begriffs die emanzipatorischen Potenziale theoretisch kassiert.

Diese Momente repräsentieren im Übrigen keinesfalls das per se Gute, sondern können in ihrem wesentlichen Nichtidentität konstituierenden Status auch auf Gegenemanzipation verweisen, sind somit auch nicht metaphysisch aufgeladen zu verstehen.²⁴¹ Indeterminierte Subjektivität ist

²⁴¹ Krahl stellt entsprechend fest: „Hegels vernichtendes Urteil, es seien die Dinge an sich nur aller endlichen Bestimmungen entkleidete ‚wahrheitslose leere Abstraktionen‘ setzt sich jedoch spekulativ über Kants antidogmatische Intention hinweg, das rational nicht Auflösbare terminologisch zu bezeichnen, an das alle sinnlich begründete Erfahrung affektiv gebunden ist, ohne seiner jemals empirisch habhaft zu werden.“ (1971: 52). Weiter heißt es: „Während Hegel letztlich jegliches nicht-identische Ansich-Sein formalisierend auflöst, wohnt dem Gebrauchswert ein unauflöslich materielles Moment inne.“ (1971: 58). Diese Momente sind meines Erachtens nicht gleichbedeutend mit Adornos „*Nichtidentischem*“, das zu bestimmen ist als das, was „erst hervorträte, nachdem der Identifikationszwang verging.“ (1998 [1966]: 398; vgl. Becker 1997: 23). Ich interpretiere Adorno in dieser Hinsicht so, dass das Nichtidentische diese Momente und ihren Verweis auf eine andere Vermittlung allein im emphatischen Sinn meint. Das bedeuten diese Momente in der von mir vertretenen Rechtskritik zwar auch; aber genauso bedeuten sie, die Fragilität des Rechts mitkonstituierend, die Gefahr der Gegenemanzipation. Ob Adorno einerseits in seinem Bezug auf das „*Nichtidentische*“ wiederum immer die Grenze zu einer Affirmation des bloß Inhaltlichen wahrt und sich so an jedem Punkt vor seiner Rezeption für eine romantizistische Utopie des Konkreten schützt, oder ob er andererseits nicht umgekehrt auch teilweise einen Totalitätsbegriff verfolgt, nach dem das Nichtidentische so erfasst ist, dass es letztlich doch auf eine Identitätsphilosophie hinausläuft, kann hier nicht geklärt werden (kritisch Postone 2003: 286). Auf jeden Fall betont Adorno, wie gezeigt, an diversen Stellen immanente Kritik, bestimmte Negation, Emanzipation als neue Vermittlungsform und Bilderverbot des Nichtidentischen. Das Nichtidentische ist dann – wenngleich rein emphatisch gefasst – weder ein Unberührtes außerhalb der kapitalistischen Formtotalität, noch völlig in der Formtotalität aufgehend. Es ist weder das bloß Inhaltliche, noch bloße gegensätzliche Form, es ist Moment am Formprozess, das bedeutet, „daß die Totalität in sich widersprüchlich ist..., daß sie ihrem Wesen gemäß eine widersprüchliche Identität von Identität und Nicht-Identität bleibt und nicht zu einer einheitlichen Identität geworden ist, die das Nicht-Identische vollkommen assimiliert habe.“ (Postone 2003 [1994]: 286, allerdings gegen Adorno gerichtet).

selbstredend auch an diese Offenheit, nicht zuletzt an die nur im Prozessieren totale, also zugleich begrenzte Vermittlung der ersten durch die zweite Natur, gebunden.²⁴² Aber auch für einen anderen als im kapitalistischen Wesen aufzuhebenden Widerspruch muss das gleiche gelten. Leiden und Kämpfe der Subjekte inklusive ihrer ersten Natur, insbesondere gegen das Zentrum der Formtotalität im Kampf gegen das Kapital, finden notwendig im Formprozess statt, der so aber nicht mit sich identisch ist. Umgekehrt haben dergestalt die Subjekte ihren Verursachungsanteil an ihrer Konstituierung als Subjekte einer Formtotalität oder an gegenemanzipatorischen wie emanzipatorischen Entwicklungen in der Geschichte des Kapitalismus.

Daher haben alle meine Kritiken der handlungstheoretischen Ideologiekritik der ‚Critical Legal Studies‘ ihre Grenze in der Unhintergebarkeit dieser Nichtidentität. Die Individuen bleiben so in der (Rechts-)Subjektform auch Individuen und Klassenmitglieder, wenngleich davon nur etwas aufscheinen bzw. die Erscheinung Wesentlichkeit zumeist nur vorgaukeln mag. Deshalb bleibt überhaupt die Kritik von Ausbeutung und Klassenherrschaft sowie von Rudimenten unvermittelter Herrschaft und Identität²⁴³ in emanzipatorischer Perspektive notwendig. Sie kann aber, will sie auf Emanzipation zielen, keine Kritik der Ausbeutung und Herrschaft am Maßstab der Gleichheit oder Freiheit eines zu verwirklichenden Rechts sein, wie sie teilweise die ‚Critical Legal Studies‘ betreiben. Die Gleichheit und Freiheit des Rechts ist im Kapitalismus, wie gezeigt, reale Ideologie und steht somit als Maßstab der ‚guten Idee‘ zur Kritik der ‚schlechten Realität‘ der Ungleichheit oder Unfreiheit nicht in emanzipatorischer Perspektive zur Verfügung. Vielmehr sind Ausbeutung und Klassen- genauso wie staatliche Herrschaft Voraussetzung und Folge des Unwesens der kapitalistischen Formtotalität, gegen das nur die emanzipatorischen Potenziale in der Form als Maßstab dienen können. Die rechtsförmige Vermittlung all dessen im Formprozess nachvollziehend, muss betont werden, dass ‚Kritik‘, die Herrschaft und entsprechende Ideologie aus der Formtotalität isoliert, und die wesentliche Bestimmtheit all dessen in der Herrschaft der Vermittlung verkennt, genauso unkritisch wird wie eine Kritik, die nur noch die Vermitteltheit im Blick hat.²⁴⁴ Daher muss es dabei bleiben, dass Maßstab und Ziel emanzipatorischer Kritik nicht rechtliche Freiheit und Gleichheit oder eine neue ideologische Bestimmung des Rechts sein können, weil sie ein Ziel wären, das zu jenem Formprozess gehört, der auch Ausbeutung, Klassenherrschaft und unvermittelte Herrschaft erfasst. Das gleiche gilt für die Rettung des

²⁴² S. auch Anm. 94. „Solange es wehtut, können die Einzelnen, so sehr sie auch Moment der Gesellschaft sind, in ihr nicht aufgehen. Die Möglichkeit der Erfahrung der Gesellschaft wird zum Index der Nichtidentität von Individuum und Gesellschaft. (Kirchhoff 2004: 87). Becker formuliert zusammenfassend: „Unversöhntheit von Mensch und Natur lebt im Subjekt als Unrechtsverhältnis eigener Unversöhntheit von Leib und Seele, herrschaftlichem Selbst und innerer Natur, als Nichtidentität subjektiven Lebens fort.“ (1997: 156, s. auch Anm. 105). Mit Krahl lässt sich hinzufügen: „Kants Begriff des ‚Ding an sich‘... erkennt die Unauflösbarkeit der ersten natur in den Begriff im falschen Gewand der zweiten Natur an“ (1971: 325). Weiter heißt es: „Das Subjekt ist also der Ausdruck des Antagonismus zwischen dem bedürftigen Individuum als empirischem Subjekt und der bedürfnislosen Rechtsperson als dem Tauschwert besitzenden Wareneigentümer. In ihm verschleiert sich auch die wertschöpfende Produktivität des Proletariats, die ambivalente Freiheit des freien Arbeiters.“ (1971: 327). Bezogen auf das Kapital stellt Hirsch zudem nüchtern fest, dass es auf Naturvoraussetzungen basiere, die es weder zu produzieren noch zu garantieren vermag (Hirsch 1994: 167).

²⁴³ Dass Hegel an der Spitze seines Vernunftstaats einen Monarchen souverän walten sehen will, könnte den Frühkapitalismus abbilden, könnte aber auch, ganz wie seine übrigen Ausführungen zur staatlichen Souveränität (s. Anm. 105), genau jene Unvermitteltheit in der totalen kapitalistischen Vermittlung und die entsprechenden gegenemanzipatorischen Potenziale verraten. Sich auf die „Wiederkehr der Natur auf der Spitze des Staats“ beziehend, schreibt Gerhard Bolte über Hegels „Philosophie des Rechts“. entsprechend: „im Staat konstituierte Sittlichkeit versinkt in Naturgeschichte“ (Bolte 1991: 113, 129; vgl. Mayinger 1983: 40).

²⁴⁴ Eine Kritik von Klassenherrschaft im Recht muss also im Gegensatz zum kritisierten handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ genau auf dieser Einsicht basieren, was erst recht nicht für die von mir kritisierten Institutionen- und Professionstheorien gilt.

Konkreten – des Besonderen oder des Inhaltlichen – als Ziel.²⁴⁵ Maßstab und Ziel kann nur das aufblitzende, sich in erster Linie negativ zeigende Potenzial eines anderen, zwanglosen Form-Inhalt-Verhältnisses sein, das Recht zu nennen, wegen des Herrschaftscharakters von Recht mehr als irreführend wäre.²⁴⁶

Das Geschäft negatorischer materialistischer Rechtskritik ist also in der Tat prekär, weil es auf einer Nichtidentität, damit auf Widerspruchspotenzialen und Momenten indeterminierter Subjektivität basiert, die im Prozess der herrschaftlichen Vermittlung kapitalistischer Rationalität nicht greifbar sind, weil es so zum Maßstab hat, was nur als Potenzial existiert, dem obendrein zugleich das gegenemanzipatorische Potenzial gegenübersteht, weil es auf einem Potenzial basiert, das gegenwärtig nicht bewiesen, sondern höchstens plausibilisiert werden kann. Geht man vom wesentlichen Vermittlungscharakter und somit der wesentlichen Nichtidentität aus, die über die Form hinausweist, so ist es aber ebenso wenig unmögliches Geschäft wie die praktische Negation des Rechts für Emanzipation es ist. Gerade weil die emanzipatorischen Potenziale in der Vermittlung durch Abstraktion enthalten sind, birgt die Totalität der Vermittlung sogar totalisierte Anknüpfungspunkte für die Negation des Rechts.

Weil die Inhalte in ihrer wesentlichen Nichtidentität nicht auszumachen sind, nur Widerspruchspotenziale, nicht zwangsläufig Widersprüche hervorbringen, weil sie zugleich indeterminierte Subjektivität konstituieren und weil aber in der kapitalistischen Vermittlung der Inhalte, als wesentlich verschieden von der Form, aber in der Form angenommen, zugleich ein emanzipatorisches Potenzial steckt, muss diese Möglichkeit allerdings präziser als *Bedingung der Möglichkeit* angegeben werden. Wenngleich sich in gegenemanzipatorischer Hinsicht die wesentliche Nichtidentität und die entsprechende auch kollektivsubjektiv verschuldete gegenemanzipatorische Negation historisch schon als erfahrbar zumindest angedeutet hat, bleibt die Frage nach der Möglichkeit der Negation für Emanzipation so nämlich von revolutionärer Praxis abhängig. Diese Praxis ist wiederum durch einen Rest Indeterminiertheit der Subjekte und somit eine Nichtidentität der kapitalistischen Formtotalität bedingt: Es geht um die Entscheidung für oder gegen den „kategorischen Imperativ, alle Verhältnisse umzuwerfen, in denen der Mensch ein erniedrigtes, ein geknechtetes, ein verlassenes, ein verächtliches Wesen sei.“ (Marx 1976 [1844]: 385). Dieser Imperativ zielt entsprechend dem hier entwickelten Begriff von Recht auch auf die Negation von Recht ab. Diese Entscheidung kann, wie gezeigt, an das Bestehende anknüpfen und ist zugleich durch das Bestehende eingeschränkt, sie bleibt aber nichtsdestotrotz auch Entscheidung. Die aus der Entscheidung resultierende Praxis müsste das Kapital, die entsprechende Formtotalität, und damit auch das Recht, bestimmt negieren,²⁴⁷ um zu einer emanzipatorischen, zwanglosen Form-Inhalt-Vermittlung zu gelangen, die individuelle Entfaltung in freier Assoziation ermöglicht. Es geht hier selbstredend nicht um aktionistische Praxis: Die

²⁴⁵ Wenn Adorno also vom „Nichtidentischen“ schreibt, dass es „erst hervorträte, nachdem der Identifikationszwang verging.“ (s. Anm. 241), so interpretiere ich dies als ein Hervortreten in einer neuen – zwanglosen – Vermittlung, was Adornos Betonung der Notwendigkeit von vermittelter Individualität für Emanzipation entspricht (Adorno 1998 [1969]: 280). Damit ist meiner Ansicht das „Nichtidentische“ notwendig im Zusammenhang mit Nichtidentität der kapitalistischen Formen – also in Bezug auf den Formprozess – zu denken und somit ein „Grenzbegriff des Begrifflichen“ (so die Adorno-Interpretation von Anke Thyen (1989: 204) oder genauer: des zwanghaft begrifflichen bzw. geformten und nicht ein Wesensbegriff (so aber die Adorno-Interpretation von Becker 1997: 23).

²⁴⁶ Postone spricht von einer Form, „die nicht notwendigerweise von der Strukturierung durch den Wert befreit ist und folglich sich nicht notwendigerweise in Gegensatz zur Besonderheit stellt – eine Form, die mit der Entwicklung eines neuen Verständnisses von Menschheit als allgemein und dennoch mannigfaltig verknüpft sein könnte.“ (Postone 2003 [1994]: 552). S. auch A.VI.3.).

²⁴⁷ In Interpretation von Marx ergibt sich für Postone folglich, „daß die historische Negation des Kapitalismus nicht die Verwirklichung, sondern die Abschaffung der Totalität bedeutet.“ (2003 [1994]: 134). Und mit Hirsch lässt sich in diesem Sinn hinzufügen: „„Revolutionäres Handeln“ ist also genauso genommen weniger durch besondere materielle Ziele noch durch die Radikalität der materiellen Forderungen, sondern dadurch gekennzeichnet, daß es sich den kapitalistischen sozialen Formen bewußt entgegenstellt und sie durchbricht.“ (1995: 31).

Praxis wäre als kritiklose den Gefahren der Affirmation und Gegenemanzipation ausgesetzt.²⁴⁸ Insofern sind Maßstäbe für eine Kritik vonnöten, die wiederum nur auf der Grundlage der Nichtidentität von Form und Inhalt in dem emanzipatorischen Potenzial der kapitalistischen Formen gefunden werden können. An diesem Punkt zeigt sich die ganze Bedeutung der Erörterung meiner Ausgangsfragen, der Selbstreflexion von theoretischer und praktischer Negation des Rechts: Die Negation soll zur bestimmten werden.

Das hier Herausgearbeitete bedeutet auch, dass Marx' in der Einleitung zitiertes Wort vom „Kommunismus“ als „wirkliche Bewegung“ nur Sinn macht, wenn der Wirklichkeitsbegriff, wie in dieser Arbeit geschehen, empirisch-überempirisch verstanden wird: Er kann dann auch emanzipatorische Potenziale und diese, zumindest negativ, auch als Maßstab von Kritik einschließen. Allerdings sollte man in wenig emanzipatorisch bewegten Zeiten eher von der *Wirklichkeit des emanzipatorischen Anspruchs* als der Bewegung sprechen, wenn man die empirische Ebene im Wirklichkeitsbegriff nicht ausblenden, sondern akzentuieren will. Selbst die Wirklichkeit dieses Anspruchs bleibt wie die Kritik prekär genug. All dies bedeutet aber auch, dass die durch eine bestimmte Negation geglückte emanzipatorische Revolution das Wahrheitskriterium für die Antwort auf meine Ausgangsfragen ist (Pohrt 1995: 269ff.). Deshalb hat die hier gegebene Antwort eine begrenzte Bedeutung – sie gibt eben nur die Bedingung der Möglichkeit an, diese wiederum nur plausibilisiert, nicht als strikten Beweis. In emanzipatorisch unbewegten Zeiten, in denen das emanzipatorische Potenzial eher übersehen oder gar ghasst, denn als Aufforderung zur emanzipatorischen Negation des Rechts angenommen wird, ist diese Bedingung der Möglichkeit und das sie begründende emanzipatorische Potenzial aber entscheidend als Maßstab einer Kritik von Affirmation und Gegenemanzipation, die das Potenzial bewahre.²⁴⁹

²⁴⁸ „Die Herrschaft bis ins Denken selbst hinein als unversöhnte Natur zu erkennen aber vermöchte jene Notwendigkeit zu lockern, welcher als zugeständnis an den reaktionären common sense der Sozialismus selbst vorschnell die Ewigkeit bestätigte.“ (Adorno et al. 1998 [1944]: 58).

²⁴⁹ Einerseits lautet die Aufgabe der Kritik also: „In dem Maße wie die immanente Kritik bei der Analyse ihres Kontexts ihre immanenten Möglichkeiten entdeckt, trägt sie zu deren Verwirklichung bei.“ (Postone 2003 [1994]: 149). Andererseits gilt, „daß aus dem Bann, den Praxis um die Menschen legt, allein durch Praxis hinauszugelangen ist, daß sie aber einstweilen zwanghaft als Praxis am Bann verstärkend mitwirkt, dumpf, borniert, geistfern.“ (Adorno 1998 [1969a]: 763).

SCHLUSS

Diese Arbeit hat sich der theoretischen und praktischen Herausforderung eines allgegenwärtigen kapitalistischen *Rechts* in kapitalistischer *Totalität* genauso gestellt wie der davon nicht zu trennenden Herausforderung durch Abweichungen von abstrakter Liberalität dieses Rechts bis hin zur *Rechtlosigkeit*. Es hat sich gezeigt, dass nur auf diese Weise der Versuch unternommen werden konnte, die Wirklichkeit, also die überempirische, aber vor allem auch empirische, die potenzielle und bestehende Dimension von Recht und Rechtlosigkeit im Angesicht kapitalistischer Totalität materialistisch zu kritisieren. Das wiederum heißt, dass auch nur so versucht werden konnte, meine Ausgangsfragen nach der Möglichkeit und Notwendigkeit der *Negation von Recht* für Emanzipation und der Gefahr der Gegenemanzipation durch diese Negation überzeugend zu beantworten. In diesen Versuchen ist der *Wirklichkeit und Prekarität des emanzipatorischen Anspruchs* materialistischer Rechtskritik nachgespürt worden. Wirklich ist dieser Anspruch, solange er durch emanzipatorische Potenzialen im bestehenden Recht eine empirisch-überempirische Grundlage hat. Eine prekäre Wirklichkeit stellt er dar, weil er in der kapitalistischen Totalität, die emanzipatorische soziale Bewegung vermittelt und so integriert, unterzugehen oder gar in Gegenemanzipation zu enden droht. Die kapitalistische Rechtsform ist daher *Wesen und Unwesen* des Rechts zugleich: *Wesen* als herrschaftliche Vermittlung durch Abstraktion, die aber auf individuelle Entfaltung und freie Assoziation verweist; *Unwesen* als Herrschaft, die durch die Vermittlung ausgeübt und die vermittelt wird, somit die Verselbständigung des Rechts bedeutet, aber auch auf unvermittelte Herrschaft verweist. In der Untersuchung der ‚*Critical Legal Studies*‘ und der ‚*Rechtsableitungsdebatte*‘ hat sich gezeigt, dass auch elaborierte marxistische Rechtskritiken teilweise ihren Beitrag zur Prekarität statt zur Wirklichkeit des emanzipatorischen Anspruchs leisten: Sie erörtern das eine *oder* das andere Extrem der Rechtswirklichkeit und damit die Fragen zur Negation des Rechts nicht ausreichend, drohen dergestalt in Affirmation oder gar Gegenemanzipation zu enden. Die Gratwanderung, die eine materialistische Rechtskritik zu leisten hat, um nicht das Gegenteil ihres formulierten Anspruchs zu verfolgen, ist dabei deutlich geworden. Zu hoffen ist aber, dass mit dieser Arbeit trotzdem oder gerade deshalb ein Moment der Wirklichkeit dieses Anspruchs gegen seine Prekarität verteidigt werden konnte und somit weitergereicht zu werden vermag. Reflektierte Kritik statt Resignation oder gar Gegenemanzipation sollte sich deshalb als Gebot der Stunde noch eignen. Folgende Reflexionen meiner Arbeit sollen dafür hervorgehoben werden:

Das kapitalistische Recht ist historisch wesentlich bestimmt in der kapitalistischen Rechtsform als Herrschaft einer kapitalistisch rationalen und zugleich irrationalen Vermittlung.

Man kann den Begriff des kapitalistischen Rechts je nach Schwerpunktsetzung auf verschiedene Weise bestimmen. In dieser Arbeit ist er im Hinblick auf meine Ausgangsfragen und damit hinsichtlich Emanzipation und Gegenemanzipation bestimmt worden. Eine Verrechtlichung, die zur unentrinnbaren Allgegenwart des Rechts führt, und die sichtbare abstrakte Liberalität – Formalität, abstrakte Freiheit und Gleichheit – sind das empirische Indiz für ein zentrales Element dieses Begriffs: die Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der Rechtsform. Sie ist herrschaftlich übergreifende, also überempirisch-empirische und ergo von der spezifischen Qualität der Inhalte verselbständigte, relational Identität konstituierende Vermittlung ihrer Inhalte, des außerrechtlich Gesellschaftlichen. Diese Vermittlung vollzieht sich durch reale Abstraktion in der Allgemeinheit

universaler Rechtsbegriffe, Rechtssubjekt und Rechtsobjekt. Die relationale Identitätskonstitution bedeutet, dass die einzelnen Rechtssubjekte und ihre empirischen Verdinglichungen in Gesetzen und rechtlichen Entscheidungen zu solchen, mit sich und anderer Rechtssubjektivität identischen Entitäten nur in Bestimmung durch das übergreifende, vom Inhaltlichen völlig reine Rechtssubjekt werden. Diese Identitätskonstitution geschieht also nicht etwa in Relation zum Subjektstatus einer bestimmten Gruppe, die diesem Rechtssubjekt wie auch den einzelnen Rechtssubjekten eine Inhaltlichkeit verleihen würde. Die kapitalistische Rechtsform als dieses historische und reale,

kapitalistische Wesen darf nicht verwechselt werden mit der verdinglicht in Normen und rechtlichen erscheinenden abstrakten Liberalität. Auf Letzteres bezieht sich ein positivistischer Formbegriff, der nur die Erscheinungen der wesentlichen Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts erfasst und auch davon nur einen Teil. Der andere Teil ist das außerrechtlich Gesellschaftliche, die Inhalte, die in der Form Rechtsinhalte und damit zugleich Erscheinungen der Rechtsform sind. Die Rechtsform ist damit „Fetisch“ (Marx; Paschukanis) im Sinn der Herrschaft einer kapitalistisch rationalen Vermittlung, die sich als solche „reale Metaphysik“ (Krahl) aber zugleich ihrer eigenen Rationalität entzieht.

Das kapitalistische Recht ist wesentlich bestimmt als Teil kapitalistischer Formtotalität und dadurch herrschaftlich übergreifend und verselbständigt.

Als empirisch-überempirische Form ist die Rechtsform an sich schon herrschaftlich übergreifend, die empirischen Inhalte erfasst sie aber nur im Zusammenhang der kapitalistischen Formtotalität lückenlos – total. Diese Formtotalität stellt den Zusammenhang zwischen kapitalistischer Rechtsform und kapitalistischer Warenform, aber auch kapitalistischer Wissenschaftsform, Moralform etc. her. Das heißt, dass Rechtssubjekt und -objekt einerseits, Warensjekt und -objekt, Erkenntnisobjekt und -objekt wie auch moralisches Subjekt und Objekt andererseits verschiedene Emanationen ein- und derselben Totalität sind. Alle Emanationen sind wiederum Teil der gleichen, formkritisch „dargestellten“ (Marx), Formtotalität. Die empirischen Abweichungen von den abstrakt liberalen Erscheinungen der kapitalistischen Rechtsform – von Einzelfallgesetzen bis hin zu rechtlosen staatlichen Akten – können so nichtsdestotrotz an diese überempirisch verdichtete Formtotalität gebunden sein. Das bedeutet auch, dass sich die Verselbständigung der Rechtsform als Verselbständigung der Formtotalität durch die Rechtsform hindurch darstellt.

Das kapitalistische Recht ist wesentlich bestimmt in einer funktionellen Form für das Kapital und dadurch für kapitalistische Totalität.

Soweit liberale Mindeststandards von rechtlicher Freiheit und Gleichheit für Konkurrenz, abstrakte gesellschaftliche Identität und weitere wesentliche kapitalistische (Klassen-)Interessen und Anforderungen vom kapitalistischen Recht erfüllt werden, besteht eine Formfunktionalität keine inhaltliche Funktionalität. Diese historisch wesentliche Funktionalität entspricht dem verselbständigten Charakter der kapitalistischen Rechtsform. Die Form erweist sich so als „funktionelle Form“ (Marx) für die Kapitalform der Produktion und Verteilung der Güter. In der Kapitalform hat die Verselbständigung der kapitalistischen Rechtsform ihren Grund und ihre Grenze: Die kapitalistische Rechtsform produziert nicht die Mittel ihrer eigenen Reproduktion, sondern ist in dieser Hinsicht auf Mehrwertproduktion und -verteilung angewiesen, die aber wiederum der Rechtsform bedürfen und so nur formvermittelt die rechtlichen Inhalte bestimmen. Letztlich ist es aber die kapitalistische Formtotalität, die sich auf diese Weise durch die Funktionalität der Rechtsform für die Kapitalform reproduziert. Allerdings stellt die Verselbständigung der kapitalistischen Formtotalität durch die funktionelle Rechtsform hindurch eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt, Begriff und Sache, Wesen und Erscheinung in Frage. Der positivistische Formbegriff scheint genauso unwesentlich wie der ontologische Status der rechtlichen Inhalte, die Nichtidentität bloße notwendige Bedingung der Form der Identität. Damit wäre aber die emanzipatorische Negation des Recht mangels indeterminierter Subjektivität und Widersprüchen genauso unmöglich wie subjektives Verschulden einer gegenemanzipatorischen Negation. Hierbei handelt es sich um das Form-Inhalt-Problem oder den „Problembegriff Nichtidentität“ (Adorno; Ritsert) materialistischer Rechtskritik.

Die Formbestimmtheit des kapitalistischen Rechts konstituiert Nichtidentität und damit Fragilität.

Im Hinblick auf das Form-Inhalt-Problem ist nochmals die empirische Dimension der Rechtswirklichkeit zu betonen: Der Begriff des kapitalistischen Rechts, der die wesentliche Bestimmtheit dieses Rechts in der kapitalistischen Rechtsform erfasst, wird wegen der empirisch-überempirischen Qualität der Formbestimmtheit, die auch Rechtlosigkeit noch zu erfassen vermag, dieser Empirie gerecht – und doch nicht gerecht: In der Geschichte des Kapitalismus sind umfassende empirische Abweichungen von abstrakter Liberalität des kapitalistischen Rechts auch in den Metropolen keine Seltenheit, beispielsweise in den zahlreichen konkreten Maßnahmen des öffentlichen Rechts und historischen Rechtsentwicklungen bis hin zu kodifizierter oder nicht-kodifizierter Rechtlosigkeit. Das schränkt den empirischen Befund der Verselbständigung des Rechts ein und zeigt, dass die Herrschaft der Rechtsform nicht bruchlos als Herrschaft des Formalen vonstatten geht. Insbesondere kann man auf dieser Ebene die rechtliche Vermittlung als permanentes, durch die Subjekte vonstatten gehendes Ringen mit den Inhalten erkennen, vor allem im Hinblick auf staatliche Akte. Auf der Erscheinungsebene ist somit die Nichtidentität der Inhalte und die von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts offensichtlich. Doch im Angesicht der Erfahrung völliger Rechtlosigkeit in der kapitalistischen Geschichte und ausgehend von der Annahme, dass sie nicht allein objektiv bedingt war, verweist diese Empirie auch auf eine *wesentliche* Nichtidentität der rechtlichen Inhalte und damit auf eine wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt des kapitalistischen Rechts. Begrifflich ist dabei zum einen der Herrschaftscharakter der kapitalistischen Rechtsform zu betonen. Das bedeutet, dass die Inhalte in die Form gezwungen werden müssen und somit nicht völlig in der Form aufgehen können. Zum anderen ist auf den Charakter prozessierender Vermittlung der Form zu insistieren: In einer Bewegung ohne Anfang und Ende findet immer wieder aufs Neue nicht nur die sichtbare verdinglichte rechtliche Subsumtion der Inhalte statt, sondern auch die herrschaftlich übergreifende, also die wesentliche „innere Vermittlung“ (Adorno). Die Inhalte sind so in ihrer Differenz zur Form nicht greifbar oder nur auf einer einen Form-Inhalt-Dualismus vortäuschenden Erscheinungsebene, da immer im Prozessieren begriffen, sie sind aber trotzdem momentweise eine Realität. Daher ist der ontologische Status der rechtlichen Inhalte tatsächlich ein unwesentlicher, da sie wesentlich bestimmt in der Rechtsform und somit Erscheinungen dieser Form sind. Nur die inhaltlichen Momente, die ungreifbar sind und die so in der Vermittlung immer wieder aufs Neue verschwinden, haben einen wesentlichen Status, der als wesentliche Nichtidentität von Form und Inhalt benannt werden kann. Diese Nichtidentität ist so gleichzeitig Voraussetzung der herrschaftlich übergreifenden und verselbständigten Vermittlung und ihrer Grenze.

Das kapitalistische Recht ist in seiner Formbestimmtheit die herrschaftliche Vermittlung unvermittelter Herrschaft und Identität.

Nur basierend auf der Erkenntnis von der wesentlichen Nichtidentität aufgrund der Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der kapitalistischen Rechtsform kann ihre Differenz zu unvermittelter Herrschaft und Identität und ihr gleichzeitiger Zusammenhang damit erkannt werden: Sie ist zum einen doppelt an Herrschaft gebunden ist – als herrschaftliche Vermittlung und als Vermittlung von Herrschaft – und dabei wiederum doppelt an Klassenherrschaft und staatliche Herrschaft – jeweils als die Rechtsform garantierende Herrschaft und als vermittelte Herrschaft. Zum anderen ist Identität ebenfalls doppelt mit der Rechtsform verbunden – als vermittelte Identität und Identität der Vermittlung. Die Historisierung des Rechts ist damit in erster Linie Kritik von Herrschaft und zwanghafter Identität, die im Hinblick auf das historische Wesen des kapitalistischen Rechts dank dessen durch Übergreifen und Verselbständigung verdichteten Herrschafts- und Identitätscharakters auf die Spitze getrieben werden muss.

Der Begriff des kapitalistischen Rechts umfasst seine Formbestimmtheit und seine Nichtidentität und überschneidet sich so mit dem Begriff unvermittelter Rechtlosigkeit durch das Kriterium

unvermittelter Herrschaft und Identität, um sich letztlich durch das Kriterium der Vermittlung durch Abstraktion von ihm zu unterscheiden.

Ein solcher Begriff des kapitalistischen Rechts kann einerseits der Empirie der Verselbständigung und andererseits der von abstrakter Liberalität abweichenden Empirie bis hin zu den Grenzen des Begriffs, zur kodifizierten oder nicht kodifizierten Rechtlosigkeit gerecht werden. In der doppelten Bindung an Herrschaft und zwanghafte Identität offenbart sich so zugleich die Vermittlung durch Abstraktion einerseits und Unvermitteltheit von Herrschaft und Identität andererseits als Kriterium zur Unterscheidung von Recht und unvermittelter Rechtlosigkeit. Vorkapitalistisches Recht ist in seinen verschiedenen Arten entweder eine solche Rechtlosigkeit oder ein nicht völlig Anderes des kapitalistischen Rechts. Damit ist aber ebenfalls auf den Zusammenhang von Recht und unvermittelter Rechtlosigkeit hingewiesen. Abgesehen vom Befund, dass die genannten Abweichungen wegen der Nichtidentität von Form und Inhalt zum Kapitalismus und seinem Recht zwangsläufig gehören, stellt sich allerdings die Frage, was es praktisch für einen Unterschied ausmachen soll, ob es sich um einen weitgehend nicht-liberalen, also rechtlich entformalisierten und rechtliche Freiheit und Gleichheit verletzenden, etwa autoritär staatsorientierten Kapitalismus oder um nicht-kapitalistische Unvermitteltheit handelt: Es geht um jenes Mindestmaß an rechtlicher Vermitteltheit und entsprechend auch an Formalität, an abstrakter Freiheit und Gleichheit, ohne das weder Verselbständigung und Reproduktion des kapitalistischen Rechts noch Kapitalismus überhaupt denkbar wären. Genau dieses Mindestmaß macht aber den fundamentalen Unterschied aus, nämlich Momente von indeterminierter Subjektivität, Potenziale von Widersprüchen und damit für die emanzipatorische Negation des Kapitalismus und seines Rechts.

Das kapitalistische Recht birgt gegenemanzipatorische und emanzipatorische Potenziale.

Die kapitalistische rechtliche Vermittlung birgt das Potenzial zwangloser Vermittlung des Besonderen als Voraussetzung von individueller Entfaltung in freier Assoziation. In dieser Vermittlung steckt aber eben auch das Potenzial unvermittelter Herrschaft und Identität in Gemeinschaft zur Streichung oder Unterdrückung von individueller Entfaltung. Mit dem Blick auf die Formtotalität und auf den entsprechend verdichteten herrschaftlich übergreifenden Charakter der Rechtsform zeigt sich aber auch, dass die gegenemanzipatorischen Potenziale nicht einfach nur Vorkapitalistisches bergen, sondern dessen kapitalistische Steigerung: totale unvermittelte Herrschaft und Identität. Die antisemitische (Welt-)Verschwörungsprojektion auf ein übergreifend verortetes, biologisch personifiziertes Abstraktes, dem der Rasse nach ‚entwurzelte‘ Individualität und Universalität zugeschrieben wird, ist daher die gegenemanzipatorische Ideologie des Kapitalismus und seines Rechts schlechthin: Sie ist die Ideologie einer sich unbewusst durch die Subjekte, ihren Staat und ihr Recht hindurch internationalisierenden, alle gesellschaftlichen Bereiche erfassenden, eben totalisierten Formherrschaft. Die Formtotalität und die entsprechend übergreifende Rechtsform universalisiert und verdichtet aber umgekehrt auch das Potenzial individueller Entfaltung und freier Assoziation.

Die frühen ‚Critical Legal Studies‘ sind als Teil eines handlungstheoretisch ideologiekritischen ‚Klassenrecht-Marxismus‘ ahistorisch und tendieren so entgegen ihrem Anspruch zu theoretischer Affirmation oder gar Gegenemanzipation.

Die frühen ‚Critical Legal Studies‘ gehen mit ihrer handlungstheoretischen Ideologiekritik des Rechts wie selbstverständlich implizit von einer Form-Inhalt-Differenz des kapitalistischen Rechts aus. Diese Selbstverständlichkeit ist möglich, weil sie allein mit einem positivistischen Form- und Inhaltsbegriff operieren. Sie betonen entsprechend die Widersprüche des Rechts, bei ihnen vor allem zwischen der Ideologie des Liberalismus, die mit der erscheinenden Formalität und Abstraktheit, der positivistisch gefassten Form, verbunden wird, und einer auf ‚Emanzipation‘

zielender Ideologie, die vermeintlich unvermittelter Materialität und Konkretheit, den Inhalten, zugeordnet wird. Schließlich haben sie (Kollektiv-)Subjekte als Akteure der ideologischen Verschleierung durch das ahistorisch (un)bestimmte Recht und als Akteure des gegenideologischen Engagements für ein anderes Recht oder gegen Recht im Sinn. Mit dieser handlungstheoretischen Ideologiekritik sind sie Teil einer ebensolchen Spielart des ‚Klassenrecht-Marxismus‘ und fügen sich teilweise in das soziologische Paradigma der Handlungstheorie. Das Problem von handlungstheoretischer Ideologiekritik und Konzentration auf Liberalismuskritik ist die mangelhafte Reflexion sowohl der kapitalistischen Formbestimmtheit des Rechts in einer Formtotalität als auch seiner Nichtidentität, sowohl der Verselbständigung der kapitalistischen Formtotalität durch die Rechtsform hindurch als auch der Abweichungen von abstrakter Liberalität dieses Recht. Damit drohen sich alle postulierten Widersprüche als Scheinwidersprüche zu erweisen, weil ohne Erkenntnis des kapitalistischen Wesens des Rechts dieses nicht negiert werden kann. Doch das Problem geht weiter: Ausdruck und Folge ihrer Liberalismuskritik, die sich handlungstheoretisch ideologiekritisch an den positivistischen Formbegriff heftet und sich damit allein gegen erscheinenden Formalismus und entsprechende Freiheit und Gleichheit richtet, ist die vermeintlich emanzipatorische Parteinahme für metaphysisch aufgeladene Erscheinungen des Konkreten und Materialen der kapitalistischen Rechtsform. Wenngleich diese Metaphysik als Hypostasierung der konkreten Arbeit wie im entsprechenden Marxismus, als die romantische Verklärung des Ursprünglichen, oder gar als das antisemitische Lob etwa des konkret Deutschen bei Verortung eines jüdischen Wesens im Abstrakten bei den ‚Critical Legal Studies‘ nicht auftaucht, überschneiden sie sich doch mit diesen Pseudo-Kapitalismuskritiken in der genannten Unreflektiertheit und Parteinahme. Hier reichen sich Positivismus und Antipositivismus in ihrer Blindheit für die kapitalistische Formbestimmtheit die Hand. Zugleich erweisen sich so vermeintlich emanzipatorische Perspektiven eines anderen Rechts als Perspektive gegenemanzipatorischer Unvermitteltheit, also von Rechtlosigkeit.

In der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ herrscht, abgesehen von handlungstheoretischen Inkonsequenzen, eine Tendenz zum Determinismus einer teils ökonomistisch funktionalistischen, teils formabsolutistischen Systemkritik des Rechts und damit zur theoretischen Affirmation.

Die Beiträge der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ erkennen die kapitalistische Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts, allerdings nicht oder nicht konsequent als wesentliche Formbestimmtheit, sondern teilweise rekurrend auf den positivistischen Formbegriff als ökonomisch funktionale Bestimmtheit. Die meisten Beiträge haben einen Begriff kapitalistischer Totalität, allerdings entsprechend dem Formbegriff mit der Tendenz, diese positivistisch systemisch zu fassen. Handlungstheoretische Ideologiekritik des Rechts ist so überwiegend ausgeschlossen. Abgesehen von Tendenzen zu einem Formabsolutismus werden empirische Abweichungen von der abstrakten Liberalität des kapitalistischen Rechts thematisiert. Das geschieht im Hinblick auf verschiedene Rechtsgebiete und vor allem im Hinblick auf historische Entwicklungen. In ihrer begrifflichen Erörterung dieser Abweichungen vermögen einige Autoren die Bedeutung der unvermittelten staatlichen Herrschaft, der konkreten staatlichen Maßnahmen und der empirischen Indeterminiertheit der Subjekte als Verweis auf Wesentliches zu erkennen, aber nicht zu begründen: Abgesehen von den Inkonsequenzen, die zu Handlungstheorie und Ahistorizität führen, werden die Abweichungen letztlich dem kapitalistischen System subsumiert oder nicht weiter erläutert. Das ist nicht völlig falsch; wird dabei aber nicht die Wesentlichkeit der Vermittlung durch Abstraktion reflektiert, löscht diese ökonomistisch funktionalistische oder formabsolutistische Systemkritik unter der Hand in ihrem expliziten oder impliziten Determinismus nicht nur Potenziale von indeterminierter Subjektivität und Widersprüchen aus, sondern kann die Verselbständigung des kapitalistischen Rechts nicht erklären. Dergestalt wird identitätsphilosophisch bzw. systemkritisch aus totaler kapitalistischer Vermittlung durch Abstraktion über totale kapitalistische Vermitteltheit totale Unvermitteltheit der Herrschaft der kapitalistischen Ökonomie. Die Abweichungen von abstrakter Liberalität sind dann Ausdruck eines neuen Rechts deterministischer Unvermitteltheit. Aus Kapitalismuskritik wird so zwangsläufig

Affirmation. Derart erörtert auch die ‚Rechtsableitungsdebatte‘ in vielerlei Hinsicht den Charakter des kapitalistischen Rechts in seiner wesentlichen Formbestimmtheit und wesentlichen Nichtidentität nicht ausreichend. Mit den ‚Critical Legal Studies‘ teilt sie ebenfalls, dass sie die Gefahr der Gegenemanzipation kaum in die Kritik mit einbezieht; sie ist hingegen nicht offen für metaphysische Hypostasierungen eines vermeintlich Unberührten des Rechts.

Die Negation des Rechts für Emanzipation ist als bestimmte Negation möglich und notwendig, nicht zuletzt um die Gefahr der gegenemanzipatorischen, unbestimmten Negation des Rechts zu verhindern.

Durch seine wesentliche Formbestimmtheit ist das kapitalistische Recht in einer Formtotalität bestimmt, die in ihrer Rationalität zugleich irrational ist. Nur dank der wesentlichen Nichtidentität von Form und Inhalt, der entsprechenden Vermittlung wie auch ihrer Grenzen und der entsprechenden emanzipatorischen Potenziale kann so überhaupt noch ein Zipfel begrifflicher Rationalität für Rechtskritik ergriffen werden. Mit diesen Potenzialen ist aber auch die theoretische und praktische Negation des Rechts für Emanzipation als bestimmte Negation möglich. Notwendig für

Emanzipation ist sie wegen der wesentlichen Bestimmtheit des kapitalistischen Rechts in der kapitalistischen Rechtsform und wegen der Verwandtschaft anderer Arten des Rechts in ihrem Unwesen, dem Herrschaftscharakter. Dass Gegenemanzipation wiederum mit Rechtlosigkeit verknüpft ist, dafür ebenfalls die Potenziale im Recht liegen, resultiert in die Gefahr der Negation des Rechts. Sie muss also auch deshalb als emanzipatorische eine bestimmte Negation sein. Bestimmt ist sie, indem sie sich gegen Herrschaft und Identität der Vermittlung ebenso wie gegen vermittelte Herrschaft und Identität richtet und damit zugleich die Potenziale zwangloser Vermittlung durch Abstraktion freisetzt.

Die ‚Möglichkeit‘ der Negation des Rechts ist allerdings nur plausibilisierte Bedingung der Möglichkeit, damit in ruhigen oder unruhig gegenemanzipatorischen Zeiten von begrenzter Bedeutung; das die Möglichkeit begründende emanzipatorische Potenzial der kapitalistischen Rechtsform ist aber bedeutsam als Maßstab einer Kritik von Affirmation und Gegenaffirmation.

Die Wirklichkeit des emanzipatorischen Anspruchs ist prekär und damit auch das Geschäft materialistischer Rechtskritik, theoretischer Negation des Rechts: Diese Kritik basiert auf einer Nichtidentität, damit auf Momenten indeterminierter Subjektivität und Potenzialen von Widersprüchen, die im Prozess der herrschaftlichen Vermittlung kapitalistischer Formtotalität nicht greifbar sind; sie hat Leiden zum Maßstab, das nur auf ein Potenzial für ein Ende des Leidens verweist, dem obendrein zugleich das gegenemanzipatorische Potenzial der Steigerung des Leidens gegenübersteht. Geht man vom Vermittlungscharakter und somit der Nichtidentität von Form und Inhalt aus, die über die Form hinausweist, so ist es aber ebenso wenig ein unmögliches Geschäft wie die praktische Negation des Rechts für Emanzipation es ist. Gerade weil die emanzipatorischen Potenziale in der Vermittlung durch Abstraktion enthalten sind, ist der emanzipatorische Anspruch der Kritik trotzdem wirklich, sogar dergestalt, dass die Totalität der Vermittlung totalisierte Anknüpfungspunkte für die emanzipatorische Negation des Rechts birgt. Weil es sich wiederum nur um ein Potenzial handelt, muss diese Möglichkeit allerdings präziser als Bedingung der Möglichkeit angegeben werden. Wengleich sich in gegenemanzipatorischer Hinsicht die wesentliche Nichtidentität und die entsprechende auch kollektivsubjektiv verschuldete Negation historisch schon als erfahrbar zumindest angedeutet hat, bleibt die Frage nach der Möglichkeit der Negation für Emanzipation so nämlich von emanzipatorischer Praxis abhängig, die wiederum durch einen Rest Indeterminiertheit der Subjekte und somit Nichtidentität der kapitalistischen Totalität bedingt ist. Es muss sich dabei um eine Praxis handeln, die sich, bestimmt negierend, gegen das gesamte Unwesen der Formtotalität richtet. Daher muss sie sich gegen das Kapital als Form der Produktion und Verteilung und Grund der herrschaftlichen Verselbständigung der

kapitalistischen Rechtsform wie der gesamten Formtotalität richten. Das bedeutet selbstredend auch, dass die theoretische Negation und die entsprechende Reflexion der Gefahren von Affirmation und Gegenemanzipation die Praxis begleiten müssen. In ruhigen oder gar gegenemanzipatorisch unruhigen Zeiten, in denen das emanzipatorische Potenzial eher übersehen oder gar gehasst denn als Aufforderung zur Emanzipation angenommen wird, ist es so entscheidend als Maßstab einer Kritik von Affirmation und Gegenemanzipation, die das Potenzial zugleich bewahre. Für diese Selbstreflexion der theoretischen und praktischen Negation des Rechts ist die Erörterung meiner Ausgangsfragen zur Negation des Rechts entscheidend. Das Wahrheitskriterium dieser These und ihrer hier zusammengefassten Basis, der Begriffe von Totalität, Recht und Rechtlosigkeit, bleibt aber die geglückte Emanzipation.

LITERATUR

- Abel, Richard 1989 [1981]: A Critique of American Tort Law, in: Hutchinson, A. (Hg.): Critical Legal Studies, Totowa: Rowman & Littlefield, S. 273ff.
- Adorno, Theodor W. 2001 [1964-65]: Zur Lehre von der Geschichte und von der Freiheit, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Nachgelassene Schriften, Abteilung IV, Bd. 13, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1969]: Ästhetische Theorie, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 7, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1969a]: Marginalien zu Theorie und Praxis, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 10.2, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 759ff.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1967]: Einleitung zu Emile Durkheim, ‚Soziologie und Philosophie‘, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 8, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 245ff.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1966]: Negative Dialektik, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 6, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 8ff.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1966a]: Gesellschaft, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 8, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 9ff.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1957-1963]: Drei Studien zu Hegel, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 5, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 247ff.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1954]: Individuum und Organisation, in: Ders. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 8, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 440ff.
- Adorno, Theodor W. 1998 [1949]: Philosophie der neuen Musik, in: Adorno, Th. W. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 12, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Adorno, Theodor W. 1974: Philosophische Terminologie. Zur Einleitung [Hg.: Lippe, R. z.], Bd. 2, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Adorno, Theodor W. / Horkheimer, Max 1998 [1944]: Dialektik der Aufklärung, in: Adorno, Th. W. [Hg.: Tiedemann, R.]: Gesammelte Schriften, Bd. 3, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Arndt, Andreas 2001: Vermittlung, in: Ritter, J. et al. (Hg.): Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 11, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, S. 722ff.
- Backhaus, Hans-Georg 2000: Über den Begriff der Kritik im Marxschen Kapital und in der Kritischen Theorie, in: Bruhn, J. et al. (Hg.): Kritik der Politik. Johannes Agnoli zum 75. Geburtstag, Freiburg: ça ira, S. 13ff.
- Backhaus, Hans Georg 1997 [1970]: Zur Dialektik der Wertform, in: Ders.: Dialektik der Wertform. Untersuchungen zur marxschen Ökonomiekritik, Freiburg: ça ira, S. 41ff.
- Baum, Felix 2004: Unkritische Theorie. Zur falschen Überwindung des „traditionellen Marxismus“, in: Phase 2, Nr. 2.11, S. 37ff.
- Becker, Mathias 1997: Natur, Herrschaft, Recht. Das Recht der ersten Natur in der zweiten. Zum Begriff eines negativen Naturrechts bei Theodor Wiesengrund Adorno, Berlin: Duncker & Humblot.
- Benjamin, Walter 1971 [1955]: Zur Kritik der Gewalt, in: Ders.: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Blanke, Bernhard / Jürgens, Ulrich / Kastendiek, Hans 1975 [1974]: Das Verhältnis von Politik und Ökonomie als Ansatzpunkt einer materialistischen Analyse des bürgerlichen Staates, in: Dies. (Hg.): Kritik der Politischen Wissenschaft, Bd. 2, Frankfurt a. M.: Campus, S. 414ff.

- Blanke, Thomas 1975: Das Dilemma der verfassungspolitischen Diskussion der Linken in der Bundesrepublik, in: Rottleuthner, H. (Hg.): Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 419ff.
- Bockelmann, Eske 2004: Im Takt des Geldes. Zur Genese modernen Denkens, Springe: Zu Klampen.
- Bockelmann, Eske 1994: Die Synthesis am Geld: Natur der Neuzeit, Berlin [unveröffentlichtes Vortragsmanuskript].
- Bolte, Gerhard 1991: Staatsidee und Naturgeschichte. Zur Dialektik der Aufklärung im Hegelschen Staatsbegriff, Lüneburg: zu Klampen.
- Bora, Paola 1990: Struktur, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 4, Hamburg: Meiner, S. 461ff.
- Bosch, Herbert / Rehmann, Jan Christoph 1986 [1979]: Ideologische Staatsapparate und Subjekteffekt bei Althusser, in: Projekt Ideologie-Theorie (Hg.): Theorien über Ideologie, Hamburg: Argument, S. 105ff.
- Boyle, James 1992: Introduction, in: Ders. (Hg.): Critical Legal Studies, Aldershot: Dartmouth, S. xiiiff.
- Brecht, Bertold 1973: Arbeitsjournal, Bd. 1 [Hg.: Hecht, Werner], Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Brentel, Helmut 1989: Soziale Form und ökonomisches Objekt: Studien zum Gegenstands- und Methodenverständnis der Kritik der politischen Ökonomie, Opladen: Westdeutscher.
- Breuer, Stefan 1985 [1983]: Die Metamorphosen des Naturrechts, in: Ders.: Aspekte totaler Vergesellschaftung, Freiburg: ça ira, S. 156ff.
- Breuer, Stefan 1985 [1977]: Politik und Recht im Prozeß der Rationalisierung, in: Ders.: Aspekte totaler Vergesellschaftung, Freiburg: ça ira, S. 109ff.
- Breuer, Stefan 1977: Die Krise der Revolutionstheorie, Frankfurt a. M.: Syndikat.
- Brown, Wendy / Haley, Janet 2002: Introduction, in: Dies. (Hg.): Left Legalism / Left Critique, Durham: Durham Duke University, S. 2ff.
- Buckel, Sonja 2004: Zur Aktualisierung kritischer Rechtstheorie – die Bedeutung des Rechts in der materialistischen Theorie, in: Zeitschrift für Rechtsphilosophie, H. 1, S. 32ff.
- Büllesbach, Alfred 1994 [1977]: Systemtheoretische Ansätze, in: Kaufmann, A. et al. (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg: Müller, S. 371ff.
- Bülow, Friedrich 1964: Grundlinien der Philosophie des Rechts [Erläuterung], in: Hegel G. W. F. [Hg.: Bülow, F.]: Recht. Staat. Geschichte, Stuttgart: Kröner, S. 261ff.
- Burgio, Alberto 1990: Verstand / Vernunft, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 4, Hamburg: Meiner, S. 709ff.
- Butscher, Daniel 1998: Der epistemologische Bruch des 17. Jahrhunderts. Michel Foucaults ‚Les mots et les choses‘, Hannover [unveröffentlichte Magisterarbeit].
- Campbell, Janet 2003: An Analysis of Law in the Marxist Tradition, Lampeter.
- Claussen, Detlef 1994 [1987]: Grenzen der Aufklärung. Die gesellschaftliche Genese des modernen Antisemitismus, Frankfurt: Fischer.
- Collins, Hugh 1982: Marxism and Law, New York: Oxford University.
- Creifelds, Carl / Weber, Thomas 2000: Rechtswörterbuch, München: Beck.
- Daniel, Claus 1984: Kant verstehen. Einführung in seine theoretische Philosophie, Frankfurt a. M.: Campus.

- Daniel, Claus 1983: Hegel verstehen. Eine Einführung in sein Denken, Frankfurt: Campus.
- Dworkin, Ronald 1986: A Matter of Principle, Oxford: Clarendon.
- Ellscheid, Günter 1994 [1977]: Das Naturrechtsproblem. Eine systematische Orientierung, Kaufmann, A. et al. (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg: Müller, S. 179ff.
- Enderwitz, Ulrich 1998 [1991]: Antisemitismus und Volksstaat. Zur Pathogenese kapitalistischer Krisenbewältigung, Freiburg: ça ira.
- Enderwitz, Ulrich 1993: Linker Strukturalismus – Einige Überlegungen zu Postones Antisemitismus-Thesen, in: Kritik und Krise. Materialien gegen Ökonomie und Politik, Nr. 6, S. 45ff.
- Fichte, Johann Gottlieb 1961 [1797 / 98]: Erste und zweite Einleitung in die Wissenschaftslehre, Hamburg: Meiner.
- Flasch, Kurt 1974: Wesen, in: Krings, H. (Hg.): Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Bd. 6, München: Kösel, S. 1687ff.
- Flickinger, Hans Georg 1980, Neben der Macht. Begriff und Krise des bürgerlichen Rechts, Frankfurt a. M.: Syndikat.
- Freeman, Alan 1982 [1978]: Legitimizing Racial Discrimination Through Antidiscrimination Law: A Critical Review of Supreme Court Doctrine, in: Beirne, P. et al. (Hg.): Marxism and Law, New York u. a.: Wiley & Sons, S. 210ff.
- Gabel, Peter 1992 [1980]: Reification in Legal Reasoning, in: Spitzer, S. (Hg.): Research in Law and Sociology, Bd. 3, Greenwich: Jai, 25ff.
- Gerstenberger, Heide 1977: Zur Theorie des bürgerlichen Staates. Der gegenwärtige Stand der Debatte, in: Brandes, V. et al. (Hg.): Handbuch 5. Staat, Frankfurt a. M. u. a.: Europäische Verlagsanstalt, S. 21ff.
- Goldschmidt, Werner 2004: Herrschaft, in: Haug, W. F. (Hg.): Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 6.1, Hamburg: Argument, S. 82ff.
- Gordon, Robert W. 1998 [1982]: The Politics of Law and Their Critics, in: Kairys, D. (Hg.): The Politics of Law. A Progressive Critique, New York: Perseus, S. 641ff.
- Grau, Charles W. 1982: Whatever happened to Politics? A Critique of Structuralist Marxist Accounts of State and Law, in: Beirne, P. et al. (Hg.): Marxism and Law, New York u. a.: Wiley & Sons, S. 196ff.
- Grigat, Stephan 2003: Transformation der postnazistischen Demokratie – Postfaschismus als Begriff der Kritik, in: Ders. (Hg.): Transformation des Postnazismus. Der deutsch-österreichische Weg zum demokratischen Faschismus, Freiburg: ça ira, S. 9ff.
- Gross, Raphael 2000: Carl Schmitt und die Juden, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Gruber, Alex / Ofenbauer, Tobias 2003: Der Wert des Souveräns. Zur Staatskritik von Eugen Paschukanis [Vorwort], in: Paschukanis, E.: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Freiburg: ça ira, S. 7ff.
- Hagen, Marlies 1990: Devianz, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 1, Hamburg: Meiner, S. 544ff.
- Hanloser, Gerhard 2003: Krise und Antisemitismus. Eine Geschichte in drei Stationen von der Gründerzeit über die Weltwirtschaftskrise bis heute, Münster: Unrast.
- Harms, Andreas 2000: Warenform und Rechtsform. Zur Rechtstheorie von Eugen Paschukanis, Baden-Baden: Nomos.

- Hauck, Gerhard 1996: Evolution, Entwicklung, Unterentwicklung, Frankfurt a. M.: Interkulturelle Kommunikation.
- Hauck, Gerhard 1992: Einführung in die Ideologiekritik, Hamburg: Argument.
- Haug, Wolfgang Fritz 1999: Form, in: Ders. (Hg.): Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 4, Hamburg: Argument, S. 588ff.
- Haug, Wolfgang Fritz 1994: Aufhebung, in: Ders. (Hg.): Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 4, Hamburg: Argument, S. 693ff.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Wilhelm 1970 [1830]: Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Dritter Teil: Die Philosophie des Geistes, in: Ders. [Hg.: Moldenhauer, E. et al.]: Werke, Bd. 10, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Wilhelm 1970 [1821]: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, in: Ders. [Hg.: Moldenhauer, E. et al.]: Werke, Bd. 7, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Wilhelm 1970 [1817]: Enzyklopädie der Philosophischen Wissenschaften im Grundrisse. Erster Teil: Die Wissenschaft der Logik, in: Ders. [Hg.: Moldenhauer, E. et al.]: Werke, Bd. 8, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Hegel, Georg Wilhelm Friedrich Wilhelm 1969 [1809]: Wissenschaft der Logik I, in: Ders. [Hg.: Moldenhauer, E. et al.]: Werke, Bd. 5, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Held, Josef 2001: Handlung, in: Haug, W. F. (Hg.): Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 4, Hamburg: Argument, S. 1160ff
- Heinrich, Michael 2004: Kritik der politischen Ökonomie. Eine Einführung, Stuttgart: Schmetterling.
- Heinrich, Michael 2001 [1991]: Die Wissenschaft vom Wert, Münster: Westfälisches Dampfboot.
- Hirsch, Joachim 1995: Der nationale Wettbewerbsstaat. Staat, Demokratie und Politik im globalen Kapitalismus, Berlin u. a.: Edition ID-Archiv.
- Hirsch, Joachim 1994: Politische Form, politische Institutionen und Staat, in: Esser, Josef et al. (Hg.): Politik, Institutionen und Staat, Hamburg: VSA, S. 157ff.
- Hofmann, Hasso 2000: Einführung in die Rechts- und Staatsphilosophie, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.
- Horkheimer, Max 1988 [1937]: Traditionelle und kritische Theorie, in: Ders. [Hg.: Schmidt, A.]: Gesammelte Schriften, Bd. 4, Frankfurt a. M.: Fischer, S. 162ff.
- Horkheimer, Max 1988 [1934]: Zum Rationalismusstreit in der gegenwärtigen Philosophie, in: Ders. [Hg.: Schmidt, A.]: Gesammelte Schriften, Bd. 3, Frankfurt a. M.: Fischer, S. 163ff.
- Horwitz, Morton J. 1977: The Transformation of American Law, Bd. 1, Cambridge / Massachusetts: Harvard University.
- Huguet, Montserrat Galceran 1990: Determinismus, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 1, Hamburg: Meiner, S. 539ff.
- Hunt, Alan 1982: Dichotomy and Contradiction in the Sociology of Law, in: Beirne, P. et al. (Hg.): Marxism and Law, New York u. a.: Wiley & Sons, S. 74ff.
- Hutchinson, Allan 1989: Introduction to Critical Legal Studies, in: Ders. (Hg.): Critical Legal Studies, Totowa: Rowman & Littlefield, S. 1ff.
- Hutchinson, Allan / Monahan, Patrick J. 1984: Law, Politics and the Critical Legal Scholars: The Unfolding Drama of American Legal Thought, in: Stanford Law Review, Bd. 36, S. 199ff.

Hyppolite, Jean 1975 [1955]: Der Hegelsche Staatsbegriff und seine Kritik durch Karl Marx [übersetzt aus dem Französischen], in: Riedel, M. (Hg.): Materialien zu Hegels Rechtsphilosophie, Bd. 2, Frankfurt: Suhrkamp, S. 441ff.

Initiative Sozialistisches Forum 2000: Der Theoretiker ist der Wert. Eine ideologiekritische Skizze der Wert- und Krisentheorie der Krisis-Gruppe, Freiburg: ça ira.

Institut für Sozialforschung 1956: Soziologische Exkurse, Frankfurt a. M.: Europäische Verlagsanstalt.

Inwood, Michael 1992: A Hegel Dictionary, Oxford: Blackwell.

Jäger, Michael 1994: Ableitung, in: Haug, W. F. (Hg.): Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 1, Hamburg: Argument, S. 33ff.

Jessop, Bob 2001 [1980]: On Recent Marxist Theories of Law, the State, and Juridico-Political Ideology, in: Cotterrell, R. (Hg.): Sociological Perspectives on Law, Bd. 1, Aldershot: Dartmouth, S. 233ff.

Joerges, Christian / Trubek, David M. (Hg.) 1989: Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden: Nomos.

Kairys, David (Hg.) 1998 [1982]: Introduction, in: Ders. (Hg.): The Politics of Law, New York: Perseus, S. 1ff.

Kant, Immanuel 1983 [1781]: Kritik der reinen Vernunft, in: Ders.: Werke [Hg.: Weischedel, W.], Bd. 2, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Kaufmann, Arthur 1994 [1977]: Problemgeschichte der Rechtsphilosophie, in: Ders. et al. (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg: Müller, S. 30ff.

Kelman, Mark 1987: A Guide To Critical Legal Studies, Cambridge / Massachusetts u. a.: Harvard University.

Kelsen, Hans 1976 [1934]: Reine Rechtslehre, Wien: Deuticke.

Kelsen, Hans 1960 [1928]: Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre, Aalen: Scientia.

Kennedy, Duncan 1989 [1976]: Form and Substance in Private Law Adjudication, in: Hutchinson, A. (Hg.): Critical Legal Studies, Totowa: Rowman & Littlefield, S. 38ff.

Kerruish, Valerie 1991: Jurisprudence as Ideology, London u. a.: Routledge.

Kirchheimer, Otto 1967: Über den Rechtsstaat, in: Ders.: Politische Herrschaft. Fünf Beiträge zur Lehre vom Staat, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 122ff.

Kirchhoff, Christine 2004: Die Möglichkeit als eine der Wirklichkeit fassen. Über den Erfahrungsbegriff Theodor W. Adornos, in: Dies. et al. (Hg.): Gesellschaft als Verkehrung. Perspektiven einer neuen Marx-Lektüre, Freiburg: ça ira, S. 83ff.

Klaus, Ekkehard / Röhl, Klaus F. / Rogowski, Ralf / Rottleuthner, Hubert 1980: Rezension eines Denkansatzes: Die Conference on Critical Legal Studies, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie, Nr. 1, S. 85ff.

Knieper, Rolf 1982: Die Subjektivität des Rechtssubjekts, in: Gessner, V. et al. (Hg.): Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, Opladen: Westdeutscher, S. 116ff.

Kotatko, Petr 1990: Antinomie, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 1, Hamburg: Meiner, S. 147ff.

Krahl, Hans-Jürgen 1971: Konstitution und Klassenkampf. Zur historischen Dialektik von bürgerlicher Emanzipation und proletarischer Revolution, Frankfurt a. M.: Neue Kritik.

- Labebrink, Bernhard 1981: Einleitung, in: Hegel, G. W. F. [Hg.: Labebrink, B.]: Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Stuttgart: Reclam Jun., S. 3ff.
- Leiter, Brian 1997: Is there an ‚American‘ Jurisprudence?, in: Oxford Journal of Legal Studies, Nr. 17, S. 367ff.
- Luhmann, Niklas 1995 [1993]: Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Lukacs, Georg 1968 [1923], Geschichte und Klassenbewußtsein, in: Ders.: Werke, Bd. 2, Darmstadt u. a.: Luchterhand, S. 161ff.
- Lumer, Christoph 1990: Handlungstheorien, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg: Meiner, S. 511ff.
- Mader, Niels 1990: Nominalismus / Realismus, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 3, Hamburg: Meiner, S. 565ff.
- Maihofer, Andrea 1992: Das Recht bei Marx. Zur dialektischen Struktur von Gerechtigkeit, Menschenrechten und Recht, Baden-Baden: Nomos.
- Malandrino, Corrado 1990: Liberalismus, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 3, Hamburg: Meiner, S. 58ff.
- Mannheim, Karl 1952 [1929]: Ideologie und Utopie, Frankfurt: Schulte-Blumke.
- Marcic, René 1969: Rechtsphilosophie, Freiburg: Rombach.
- Marcuse, Herbert 1985 [1941]: Vernunft und Revolution. Hegel und die Entstehung der Gesellschaftstheorie, Darmstadt u. a.: Luchterhand.
- Martinez, Gustavo Bueno 1990: Ganzes / Teil, in: Sandkühler, H. J. et al. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Hamburg: Meiner, Bd. 2, S. 219ff.
- Marx, Karl 1983 [1939-41]: Grundrisse der Kritik der politischen Ökonomie, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 42, Berlin: Dietz, S. 15ff.
- Marx, Karl 1983 [1894]: Das Kapital. Dritter Bd. [nach der 1. Auflage, Hg.: Engels, F.], in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 25, Berlin: Dietz.
- Marx, Karl 1983 [1893]: Das Kapital. Zweiter Bd. [nach der 2. Auflage, Hg.: Engels, F.], in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 24, Berlin: Dietz.
- Marx, Karl 1983 [1867]: Das Kapital. Erster Bd. [nach der 1. Auflage], in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPDSU et al.]: Marx-Engels-Gesamtausgabe, II. Abteilung, Bd. 5, Berlin: Dietz.
- Marx, Karl 1982 [1890]: Das Kapital. Erster Bd. [nach der 4. Auflage, Hg.: Engels, F.], in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 23, Berlin: Dietz.
- Marx, Karl 1981 [1859]: Zur Kritik der politischen Ökonomie, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 13, Berlin: Dietz.
- Marx, Karl 1980: Zur Kritik der politischen Ökonomie [nach dem ‚Urtext‘], in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der KPDSU et al.]: Marx-Engels-Gesamtausgabe, II. Abteilung, Bd. 2, Berlin: Dietz, S. 36ff.

- Marx, Karl 1976 [1864]: Provisorische Statuten der Internationalen Arbeiter-Assoziation, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 16, Berlin: Dietz, S. 14ff.
- Marx, Karl 1976 [1844]: Zur Kritik der Hegelschen Rechtsphilosophie. Kritik des Hegelschen Staatsrechts, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 1, Berlin: Dietz, S. 203ff, 378ff.
- Marx, Karl 1976 [1844a]: Zur Judenfrage, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 1, Berlin: Dietz, S. 347ff.
- Marx, Karl 1974 [1905-10]: Theorien über den Mehrwert. Erster Teil, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 26.1, Berlin: Dietz.
- Marx, Karl 1967 [1902]: Brief an Ferdinand Lassalle, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 29, Berlin: Dietz, S. 547ff.
- Marx, Karl 1962 [1891]: Randglossen zum Programm der deutschen Arbeiterpartei, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 19, Berlin: Dietz, S. 15ff.
- Marx, Karl / Engels, Friedrich 1969 [1932]: Die deutsche Ideologie, in: Ders. et al. [Hg.: Institut für Marxismus-Leninismus beim ZK der SED]: Marx-Engels-Werke, Bd. 3, Berlin: Dietz, S. 9ff.
- Maus, Ingeborg 1978: Entwicklung und Funktionswandel der Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats, in: Tohidipur, M. (Hg.): Der bürgerliche Rechtsstaat, Bd. 1, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 13ff.
- Mayinger, Josef 1983: Hegels Rechtsphilosophie und ihre Bedeutung in der Geschichte der marxistischen Staats- und Gesellschaftslehre, Bonn: Bouvier.
- Mazurek, Per 1994 [1977]: Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, in: Kaufmann, A. et al. (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg: Müller, S. 404ff.
- Mazurek, Per 1994 [1977a]: Analytische Rechtstheorie, in: Kaufmann, A. et al. (Hg.): Einführung in Rechtsphilosophie und Rechtstheorie der Gegenwart, Heidelberg: Müller, S. 331ff.
- McBride, William Leon 1974: An Overview of Future Possibilities: Law Unlimited?, in: Pennock, J. R. et al. (Hg.): The Limits of Law, New York: Lieber-Atherton.
- Meister, Roland 1990: Souveränität, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 4, Hamburg: Meiner, S. 313ff.
- Mensch, Elizabeth 1989 [1981]: Contract as Ideology, in: Hutchinson, A. (Hg.): Critical Legal Studies, Totowa: Rowman & Littlefield, S. 146ff.
- Mercier-Josa, Solange 1989 [1980]: Übergänge von Hegel zu Marx [übersetzt aus dem Französischen], Köln: Pahl-Rugenstein.
- Metscher, Thomas 1990: Form / Inhalt, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg: Meiner, S. 80ff.
- Meyer, Lars 2004: Arbeit und Eigentum in der Wissensgesellschaft. Überlegungen zum Verhältnis von Ökonomie und moderner Rechtsentwicklung, in: Kirchhoff, C. et al. (Hg.): Gesellschaft als Verkehrung. Perspektiven einer neuen Marx-Lektüre, Freiburg: ça ira, S. 315ff.
- Müller, Rudolf Wolfgang 1977: Geld und Geist, Frankfurt: Campus.
- Murphey, Jeffrie G. / Coleman, Jules L. 1990: Philosophy of Law. An Introduction to Jurisprudence, Boulder u. a.: Westview.
- Negt, Oscar 1975 [1972]: 10 Thesen zur marxistischen Rechtstheorie, in: Rottleuthner, H. (Hg.):

- Probleme der marxistischen Rechtstheorie, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 10ff.
- Neumann, Franz 1984 [1942 / 44]: Behemoth. Struktur und Praxis des Nationalsozialismus 1933-1944 [mit Anhang von 1944], Frankfurt a. M.: Fischer.
- Neumann, Franz 1967 [1937]: Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft, in: Ders. [Hg.: Marcuse, H.]: Demokratischer und autoritärer Staat. Studien zur politischen Theorie, Frankfurt a. M. u. a.: Europäische Verlagsanstalt, S. 31ff.
- Nohlen, Dieter et al. (Hg.) 1998: Politische Begriffe, in: Ders. (Hg.): Lexikon der Politik, Bd. 7, München: Beck.
- Oberkofler, Anja 2001: Kritische Ansätze im amerikanischen Rechtsdenken, in: Utopie kreativ, H. 132, S. 925ff.
- Paschukanis, Eugen 2003 [1924]: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Freiburg: ça ira.
- Pätzold, Detlef 1990: Substanz / Akzidenz, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 4, Hamburg: Meiner, S. 483ff.
- Paul, Wolf 1972: Das Programm marxistischer Rechtslehre – ein kritischer Rekonstruktionsversuch, in: Reich, W. (Hg.): Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, Frankfurt a. M.: Fischer Athenäum, S. 203ff.
- Picciotto, Sol 1982: The Theory of the State, Class Struggle and the Rule of Law, in: Beirne, P. et al. (Hg.): Marxism and Law, New York u. a.: Wiley & Sons, S. 169ff.
- Pohrt, Wolfgang 1995: Theorie des Gebrauchswerts. Über die Vergänglichkeit der historischen Voraussetzungen, unter denen allein das Kapital Gebrauchswert setzt, Berlin: Edition Tiamat.
- Postone, Moishe 2003 [1994]: Zeit, Arbeit und gesellschaftliche Herrschaft [übersetzt aus dem Amerikanischen], Freiburg: ca. ira.
- Postone, Moishe 1988 [1982]: Nationalsozialismus und Antisemitismus, in: Diner, D. (Hg.): Zivilisationsbruch. Denken nach Auschwitz, Frankfurt a. M.: Fischer, S. 242ff.
- Poulantzas, Nicos 1973 [1970]: Faschismus und Diktatur. Die Kommunistische Internationale und der Faschismus [übersetzt aus dem Französischen], München: Trikont.
- Poulantzas, Nicos 1972 [1967]: Aus Anlaß der marxistischen Rechtstheorie [übersetzt aus dem Französischen], in: Reich, W. (Hg.): Marxistische und sozialistische Rechtstheorie, Frankfurt a. M.: Fischer Athenäum, S. 181ff.
- Poulantzas, Nicos 1968: Theorie und Geschichte. Kurze Bemerkungen über den Gegenstand des ‚Kapitals‘ [übersetzt aus dem Französischen], in: Euchner, W. et al. (Hg.): Kritik der politischen Ökonomie heute. 100 Jahre ‚Kapital‘, Frankfurt a. M. u. a.: Europäische Verlagsanstalt, S. 58ff.
- Preuß, Ulrich K. 1979: Die Internalisierung des Subjekts. Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Preuß, Ulrich K. 1975: Äquivalententausch und Rechtsform [Rezension], in: Kritische Justiz, 8. Jg., S. 40ff.
- Preuß, Ulrich K. 1973: Gesellschaftliche Bedingungen der Legalität, in: Ders. (Hg.): Legalität und Pluralismus. Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Frankfurt a. M.: Suhrkamp, S. 7ff.
- Rakowitz, Nadja 2000: Einfache Warenproduktion. Ideal und Ideologie, Freiburg: ça ira.
- Rawls, John 1975 [1971]: Eine Theorie der Gerechtigkeit [übersetzt aus dem Amerikanischen], in Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Reich, Wilhelm 1973: Marxistische Rechtstheorie [Recht und Staat, H. 420/421], Tübingen: Mohr.

Reich, Norbert 1972: Sozialismus und Zivilrecht. Eine rechtstheoretisch-rechtshistorische Studie zur Zivilrechtstheorie und Kodifikationspraxis im sowjetischen Gesellschafts- und Rechtssystem, Frankfurt a. M.: Fischer Athenäum.

Reichelt, Helmut 2002: Die Marxsche Kritik ökonomischer Kategorien. Überlegungen zum Problem der Geltung in der dialektischen Entwicklungsmethode im „Kapital“, in: Fetscher, I. et al. (Hg.): Emanzipation als Versöhnung. Zu Adornos Kritik der ‚Warentausch‘-Gesellschaft und Perspektiven der Transformation, S. 142ff.

Reichelt, Helmut 1998: Geldmedium und Rechtsform als Konstrukte, in: Görg, C. et al. (Hg.): Kein Staat zu machen. Zur Kritik der Sozialwissenschaften, Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 372ff.

Reichelt, Helmut 1972: Ansatz zu einer materialistischen Interpretation der Rechtsphilosophie von Hegel, in: Hegel, G. F. W. [Hg.: Reichelt, H.]: Grundlinien der Philosophie des Rechts. Oder Naturrecht und Staatswissenschaft im Grundrisse, Frankfurt a. M.: Ullstein, S. Vff.

Rensmann, Lars 2001: Dialektik des Antisemitismus. Zu Elementen und Ursprüngen der nationalsozialistischen Judenverfolgung, in: Arbeitskreis Kritik des deutschen Antisemitismus (Hg.): Antisemitismus – die deutsche Normalität. Geschichte und Wirkungsweise des Vernichtungswahns, Freiburg: ca ira, S. 107ff.

Riedel, Manfred 1970: Bürgerliche Gesellschaft und Staat bei Hegel, Neuwied u. a.: Luchterhand.

Ritsert, Jürgen 1998: Realabstraktion. Ein zu recht abgewertetes Thema der kritischen Theorie?, in: Görg, C. et al. (Hg.): Kein Staat zu machen. Zur Kritik der Sozialwissenschaften, Münster: Westfälisches Dampfboot, S. 324ff.

Ritsert, Jürgen 1998a: Soziale Klassen, Münster: Westfälisches Dampfboot.

Ritsert, Jürgen 1997: Kleines Lehrbuch der Dialektik, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Röhl, Klaus F. 1987: Rechtssoziologie, Köln u. a.: Heymanns.

Röttgers, Kurt 1990: Kritik, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg: Meiner, S. 889ff.

Rottleuthner, Hubert 1982: Rechtsformen – ein symphonischer Nachklang, in: Gessner, V. et al. (Hg.): Rechtsformen der Verflechtung von Staat und Wirtschaft, Jahrbuch für Rechtssoziologie und Rechtstheorie, Bd. 8, Opladen: Westdeutscher, S. 124ff.

Schatz, Holger 2004: Arbeit als Herrschaft, Münster: Unrast.

Scheit, Gerhard 2003: Monster und Köter, großer und kleiner Teufel. Thesen zum Verhältnis von Antiamerikanismus und Antisemitismus, in: Uwer, T. et al. (Hg.): Amerika. Der ‚War on Terror‘ und der Aufstand der Alten Welt, Freiburg: ca ira, S. 75ff.

Schenk, Günter 1990: Identität, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg: Meiner, S. 611ff.

Schmitt, Carl 1996 [1922]: Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität, in: Ders.: Politische Theologie, Bd. 1, Berlin: Duncker & Humblot.

Schmitt, Carl 1993 [1934]: Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens, Berlin: Duncker & Humblot.

Schreiter, Jörg 1990: Positivismus, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 3, Hamburg: Meiner, S. 828ff.

Schürmann, Volker 1990: Interesse, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg: Meiner, S. 704ff.

- Schweicher, Reinhard 1990: Diskurs, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 1, Hamburg: Meiner, S. 580ff.
- Seelmann, Kurt 2001 [1994]: Rechtsphilosophie, München: Beck.
- Simon, William 1978: The Ideology of Advocacy. Procedural Justice and Professional Ethics, in: Wisconsin Law Review, Jg. 1978, S. 29ff.
- Sohn-Rethel, Alfred 1970: Geistige und körperliche Arbeit. Zur Theorie der gesellschaftlichen Synthesis, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Somek, Alexander 1993: Unbestimmtheit: Habermas und die Critical Legal Studies, in: Deutsche Zeitschrift für Philosophie, Nr. 41, S. 343ff.
- Somek, Alexander 1989: Kelman, Mark, A Guide to Critical Legal Studies [Buchbesprechung], in: Rechtstheorie, Berlin: Duncker & Humblot, Nr. 20, S. 547ff.
- Stahl, Joachim 1991: Kritische Philosophie und Theorie der Gesellschaft. Zum Begriff negativer Metaphysik bei Kant und Adorno, Frankfurt a. M.: Lang.
- Steinbacher, Karl 1990: Funktion (sozialwissenschaftlich) / Funktionalismus, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 2, Hamburg: Meiner, S. 205ff.
- Taiwo, Olufemi 1996: Legal Naturalism. A Marxist Theory of Law, Ithaca: Cornell University.
- Theunissen, Michael 1978: Sein und Schein. Die kritische Funktion der Hegelschen Logik, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Thompson, Edward Palmer 1982: The Rule of Law, in: Beirne, P. et al. (Hg.): Marxism and Law, New York u. a.: Wiley & Sons, S. 130ff.
- Tuschling, Burkhard 1998: Objektiver Geist: Kapital. Dialektik bei Hegel, Dialektik bei Marx, in: Koslowski, P. (Hg.): Die Folgen des Hegelianismus, München: Fink, S. 193ff.
- Tuschling, Burkhard 1975: Rechtsform und Produktionsverhältnisse. Zur materialistischen Theorie des Rechtsstaates, Köln u. a.: Europäische Verlagsanstalt.
- Tushnet, Mark 1978: A Marxist Analysis of American Law, in: Marxist Perspectives, Nr.1, S. 96ff.
- Tushnet, Mark 1989: Some Current Controversies in Critical Legal Studies, in: Joerges C. et al. (Hg.): Critical Legal Thought: An American-German Debate, Baden-Baden: Nomos, S. 305ff.
- Tushnet, Mark 1989 [1981]: Following the Rules Laid Down: A Critique of Interpretivism and Neutral Principles, in: Hutchinson, A. (Hg.): Critical Legal Studies, Totowa: Rowman & Littlefield, S. 153ff.
- Thyen, Anke 1989: Negative Dialektik und Erfahrung. Zur Rationalität des Nichtidentischen bei Adorno, Frankfurt a. M.: Suhrkamp.
- Unger, Roberto Mangabeira 1986: The Critical Legal Studies Movement, Cambridge / Massachusetts: Harvard University.
- Unger, Roberto Mangabeira 1976: Law in Modern Society, New York: The Free.
- Unger, Roberto Mangabeira 1975: Knowledge and Politics, New York: The Free.
- Wagner, Heinz 1990: Rechtsphilosophie / Rechtstheorie, in: Sandkühler, H. J. (Hg.): Europäische Enzyklopädie zu Philosophie und Wissenschaften, Bd. 4, Hamburg: Meiner, S. 73ff.
- Wallerstein, Immanuel 1986 [1974]: Kapitalistische Landwirtschaft und die Entstehung der europäischen Weltwirtschaft im 16. Jahrhundert [übersetzt aus dem Amerikanischen], in: Ders.: Das moderne Weltsystem, Bd. 1, Frankfurt a. M.: Syndikat.

Walloschke, Tanja 2003: Eugen Paschukanis. Eine biographische Notiz, in: Paschukanis, E.: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Freiburg: ça ira, S. 195ff.

Ward, Ian 1998: An Introduction to Critical Legal Theory, London u. a.: Cavendish.

Weiss, Ulrich 1997: Emanzipation, in: Haug, W. F. (Hg.): Historisch-kritisches Wörterbuch des Marxismus, Bd. 3, Hamburg: Argument, S. 272ff.

Whitehead, Jason E. 1999: From Criticism to Critique: Preserving the Radical Potential of Critical Legal Studies Through A Reexamination of Frankfurt School Critical Theory, in: Florida State University Law Review, Bd. 26, S. 701ff.

Wiehl, Rainer 1997 [1973]: Form, in: Krings, H. (Hg.): Handbuch philosophischer Grundbegriffe, Bd. 2, München: Kösel, S. 442ff.

Zippelius, Reinhold 1999 [1969]: Allgemeine Staatslehre. Politikwissenschaft, München: Beck.