

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Publikation im Rahmen des ERC Projektes

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

unter der Leitung von Andreas Fischer-Lescano

Weitere Informationen zum Projekt finden Sie
unter: www.tfl.uni-bremen.de

This project has received funding from the European Research Council (ERC) under the European Union's Horizon 2020 research and innovation programme (ERC-2014-CoG, No. 647313-Tansnational Force of Law, Andreas Fischer-Lescano)



European Research Council

Established by the European Commission

TRANSNATIONAL FORCE OF LAW (gefördert durch den European Research Council)
Universität Bremen — Zentrum für Europäische Rechtspolitik
Büro: Daniela Ballesteros Gonzalez • Telefon +49(0)421 218-66 201 • Fax +49(0)421
218-66 230 Universitätsallee GW1 • 28359 Bremen

www.tfl.uni-bremen.de

Neue Theorien des Rechts

herausgegeben von
Sonja Buckel, Ralph Christensen und
Andreas Fischer-Lescano

Mohr Siebeck

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin –
© Mohr Siebeck 2020

Sonja Buckel ist Professorin für Politische Theorie an der Universität Kassel.

Ralph Christensen ist Repetitor für Öffentliches Recht in Bonn und Köln und Mitarbeiter im Heidelberger Arbeitskreis Rechtslinguistik.

Andreas Fischer-Lescano ist Direktor am Zentrum für Europäische Rechtspolitik und Professor für Öffentliches Recht, Europarecht, Völkerrecht und Rechtstheorie an der Universität Bremen.

3., neu bearbeitete Auflage

ISBN 978-3-8252-5325-7 (UTB Band 2744)

Online-Angebote oder elektronische Ausgaben sind erhältlich unter www.utb-shop.de.

Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliographie; detaillierte bibliographische Daten sind im Internet über <http://dnb.dnb.de> abrufbar.

© 2020 Mohr Siebeck, Tübingen. www.mohrsiebeck.com

Das Werk einschließlich aller seiner Teile ist urheberrechtlich geschützt. Jede Verwertung außerhalb der engen Grenzen des Urheberrechtsgesetzes ist ohne Zustimmung des Verlags unzulässig und strafbar. Das gilt insbesondere für die Verbreitung, Vervielfältigung, Übersetzung und die Einspeicherung und Verarbeitung in elektronischen Systemen.

Das Buch wurde von pagina in Tübingen gesetzt und von Hubert & Co. in Göttingen auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und gebunden.

Printed in Germany.

Digitale Kopie – nur zur privaten Nutzung durch den Autor/die Autorin –
© Mohr Siebeck 2020

Inhaltsverzeichnis

Vorwort	V
----------------------	---

Sonja Buckel, Ralph Christensen und Andreas Fischer-Lescano

Einleitung: Neue Theoriepraxis des Rechts	1
---	---

Erster Teil: Trennung und Verknüpfung von Recht und Politik

Peter Niesen und Oliver Eberl

Demokratischer Positivismus: Habermas und Maus	13
--	----

Thomas-Michael Seibert

Derrida und das Modell der Dekonstruktion	29
---	----

Kolja Möller

Systemtheorie des Rechts: Teubner und Luhmann	47
---	----

Hannah Franzki

Post-Juridische Rechtstheorien: Benjamin, Menke, Loick	67
--	----

Zweiter Teil: Rechtsverständnisse

Jochen Bung und Markus Abraham

Sprachphilosophie: Davidson und Brandom	87
---	----

Friedemann Vogel und Ralph Christensen

Neuer Rechtsempirismus	105
------------------------------	-----

Nikolaus Forgó und Alexander Somek

Nachpositivistisches Rechtsdenken	123
---	-----

Jörn Reinhardt und Eva Schürmann

Ästhetische Theorien des Rechts	139
---------------------------------------	-----

Dritter Teil: Politik des Rechts

Andreas Fischer-Lescano und Gunther Teubner
Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter 157

Günter Frankenberg
Partisanen der Rechtskritik: Critical Legal Studies etc. 171

Sonja Buckel
Neo-Materialistische Rechtstheorie 189

Thomas Biebricher
Macht und Recht: Foucault 207

Sarah Elsuni
Feministische Rechtstheorie 225

Soraya Nour Sckell
Bourdieu's juridisches Feld: Die juristische
Dimension der sozialen Emanzipation 243

Vierter Teil: Fragmentierung und Responsivität des Rechts

Gianna M. Schlichte und Johannes Haaf
Medientheorien des Rechts 263

Malte-Christian Gruber
Psycho- und Neuro-Theorien des Rechts 283

Johan Horst
Ökonomische Theorien des Rechts 301

Fünfter Teil: Transnationaler Rechtspluralismus

Felix Hanschmann und Tim Wihl
Theorien transnationaler Rechtsprozesse 323

Miriam Saage-Maaß und Carolijn Terwindt
Recht im Kontext imperialer Lebensweise 341

Maxim Bönnemann und Maximilian Pichl
Postkoloniale Rechtstheorie 359

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 377

Personenregister 379

Sachregister 381

Post-Juridische Rechtstheorien: Benjamin, Menke, Loick

Hannah Franzki

A. Einleitung

Der Begriff der »post-juridischen Rechtstheorie« bezeichnet keinen einheitlichen Strang der Theoriebildung. Er entspringt auch keiner eigenen Definition der hier vorgestellten Autor*innen. Vielmehr dient er im vorliegenden Text dazu, drei unterschiedliche Rechtstheorien im Hinblick auf einen bestimmten Gesichtspunkt vorzustellen: Die hier diskutierten Ansätze verbinden Rechtskritik mit einer Bewegung, die auf eine entscheidende Transformation der modernen, westlichen Rechtsordnung abzielt, auf eine Ordnung *nach* dem Juridismus. Post-juridisch sind diese Theorien auch insofern ihr Blick auf das Recht und seine Beschreibung von einem Ort *außerhalb* des geschlossenen juristischen Diskurses, nämlich aus der Philosophie, der Sprach- oder den Sozialwissenschaften, erfolgt.

So wenig wie die hier vorgestellten kritischen Rechtstheorien für sich selbst den Sammelbegriff »post-juridisch« beanspruchen würden, so wenig würden Verteidiger*innen des bürgerlichen Rechts dieses als »juridisch« bezeichnen. Vielmehr enthält der Begriff des Juridismus schon eine Kritik des bürgerlichen Rechts. So hat beispielsweise Daniel Loick seine Rechtskritik als Kritik des Juridismus formuliert¹. Dabei bezeichnet für Loick der Begriff des Juridismus

die Dominanz des Rechts in den zwischenmenschlichen Interaktionsweisen westlicher Gesellschaften, welche die Bedingungen eines guten oder gelingenden Lebens als Zusammenleben untergräbt².

Für Loick dient also das Recht nicht dazu, Gleichheit oder individuelle Freiheit in modernen Gesellschaften zu verwirklichen. Vielmehr hinderte es die Menschen an ihrer freien Entfaltung.

Ohne ihre Kritik explizit auf den Begriff des Juridismus zuzuspitzen, haben eine Reihe von Autor*innen immer wieder unterschiedliche Aspekte und Wirkungsweisen des bürgerlichen Rechts problematisiert. Ein zentraler Ansatzpunkt für die Kritik betrifft das Verhältnis von Recht und Gewalt. Liberale Rechtstheorien gehen davon aus, dass das Recht dazu beiträgt, zwischenmenschliche Gewalt zu begrenzen, indem es den Anspruch auf legitime Gewaltausübung monopolisiert. Dass das moderne Recht aber nicht nur Gewalt begrenzt, sondern selbst auf

1 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017.

2 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 288.

Gewalt angewiesen ist, hat unter anderem der deutsch-jüdische Denker Walter Benjamin (1892–1940) in seinem Aufsatz *Zur Kritik der Gewalt* herausgearbeitet³. Seine Studie über das Verhältnis von Recht und Gewalt trifft sensible Punkte traditioneller Rechtstheorie, die bis heute dazu einladen, darüber nachzudenken, inwiefern der liberale Rechtsstaat tatsächlich die Verwirklichung einer Gesellschaft freier Menschen ist.

Eine radikale Rechtskritik, die auf die konstitutive Rolle des Rechts für die Aufrechterhaltung gewaltvoller oder unfreier Gesellschaftsverhältnisse hinweist, provoziert immer auch die Frage, was aus dieser Erkenntnis folgt. Im deutschsprachigen Raum haben zuletzt die Philosophen Christoph Menke⁴ und Daniel Loick⁵ über die Auseinandersetzung mit Benjamin hinaus eine ausführliche Rechtskritik vorgelegt, die jeweils in dem Entwurf eines Rechts mündet, das die zuvor diagnostizierten Probleme zu überwinden sucht⁶. Neben der Rechtstheorie Benjamins soll hier daher ebenfalls in die Werke dieser beiden eingeführt werden. Der erste Teil des Kapitels stellt die Rechtskritiken der einzelnen Autoren vor. Im zweiten Teil wird dann auf die von den Autoren skizzierten Wege hin zu einer post-juridischen Rechtsordnung eingegangen. Wie wir sehen werden, verlangt die Suche nach einem post-juridischen Recht immer auch danach, das Verhältnis von Recht und Politik neu zu fassen.

B. Kritiken des Rechts

Von zentraler Bedeutung für die Entwicklung kritischer Rechtstheorie seit den 1990er Jahren ist der Text *Zur Kritik der Gewalt*, den Walter Benjamin bereits 1921 veröffentlicht hat⁷. Eine Reihe zeitgenössischer Autor*innen beziehen sich auf Benjamins Text, um aktuelle rechtliche und politische Entwicklungen in unterschiedlichen Kontexten zu analysieren und zu überlegen, wie ein gerechtes, nicht gewaltbasiertes Recht aussehen könnte. Neben dem Aufsatz *Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«*, mit dem Jacques Derrida⁸ die Benjamin-Rezeption in der kritischen Rechtstheorie vorangetrieben hat, sind hier unter anderen die Arbeiten des italienischen Philosophen Giorgio Agamben⁹, der

3 Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, 1978.

4 Menke, *Recht und Gewalt*, 2012, 49 ff.

5 Loick, *Kritik der Souveränität*, 2012, 171 ff.

6 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015; Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017.

7 Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, 1978.

8 Derrida, *Gesetzeskraft*, 2014; siehe außerdem Beiträge in Haverkamp (Hrsg.), *Gewalt und Gerechtigkeit*, 1994.

9 Agamben, *Die Macht des Denkens: Gesammelte Essays*, 2013. Zur Benjamin-Rezeption Agambens vgl. Beiträge in Borsò/Morgenroth/Solibakke/Witte (Hrsg.), *Benjamin – Agamben*, 2010; Moran/Salzani (Hrsg.), *Towards the Critique of Violence*, 2015.

nord-amerikanische Sprachwissenschaftlerin Judith Butler¹⁰ sowie des slowenischen Philosophen Slavoj Žižek¹¹ zu nennen. Weil Benjamins Text einen zentralen Bezugspunkt für zeitgenössische theoretische Interventionen bildet, soll hier zunächst auf seine Rechtskritik eingegangen werden.

I. Recht und Gewalt bei Walter Benjamin

Walter Benjamin (geb. 1892) war ein deutsch-jüdischer Intellektueller, der bis zu seinem Tod auf der Flucht vor den Nationalsozialisten im Jahr 1940 zu einer Vielzahl von Themen gearbeitet hat. Im Deutschland der Nachkriegszeit hat man seinem Werk vor allem in den Kultur- und Sprachwissenschaften Aufmerksamkeit geschenkt. Als Denker des Politischen oder als Rechtstheoretiker wird er erst in jüngerer Zeit wahrgenommen. Dies liegt auch daran, dass er sich in den wenigsten Texten explizit mit dem Recht auseinandersetzt und sich viele Gedanken zu dem Thema nur verstreut in anderen Texten finden. Benjamin hat in diesem Sinne keine kohärente Rechtstheorie vorgelegt. Darüber hinaus ist das theoretische Gedankenfeld, auf dem sich Benjamin erklärtermaßen bewegt, durchaus eklektisch. In seinen Texten finden sich sowohl Denkfiguren aus der jüdischen Theologie als auch aus dem Marxismus. Mit Benjamin zu denken erfordert daher die Bereitschaft sich zumindest zeitweise auf diese Welten einzulassen.

In seinem Aufsatz *Zur Kritik der Gewalt* analysiert Benjamin die Gewaltförmigkeit des modernen Rechts. Kritik der Gewalt bedeutet bei Benjamin keine negative Beurteilung – also Verurteilung – von Gewalt, sondern den Versuch das Wesen der Gewalt, und ihr Verhältnis zum Recht, zu erfassen¹². Benjamin stellt zunächst fest, dass der Rechtspositivismus hierzu keinen Beitrag leistet, denn er unterscheidet lediglich zwischen sanktionierter (erlaubter) und nicht sanktionierter (verbotener) Gewalt, gibt aber keine Auskunft darüber, warum diese Unterscheidung überhaupt möglich ist. Eine positive, also gesetzte, Rechtsordnung könne nicht aus sich heraus begründen, anhand welcher Kriterien diese Linie zwischen erlaubter und nicht erlaubter Gewalt jeweils gezogen werde.

Um zu beantworten, warum eine solche Unterscheidung überhaupt möglich ist, schlägt Benjamin eine historisch-philosophische Perspektive auf das Verhältnis von Recht und Gewalt vor¹³. Sowohl die Einsetzung einer Rechtsordnung, als auch ihre Aufrechterhaltung, so Benjamin, sei auf die Gewalt als Mittel angewiesen. Benjamin unterscheidet daher zwischen *rechtssetzender* und *rechtserhaltender* Gewalt.

Für Benjamin ist der Akt der Rechts(ein)setzung auf zweifache Weise mit Gewalt verbunden. Zum einen wird eine neue Ordnung häufig mit Hilfe von Ge-

10 Butler, Am Scheideweg, 2013, Kapitel 3 u. 4.

11 Žižek, Gewalt, 2011.

12 Zum Begriff der Kritik vgl. auch Butler, in: Ingram (Hrsg.), The Political, 2002, 212 ff.

13 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1978, 63.

walt (zum Beispiel durch eine Revolution, einen Unabhängigkeitskampf oder der Neugründung eines Staates) eingesetzt. Die Gewalt verschwindet aber nicht, sobald sich die neue Rechtsordnung etabliert hat. Vielmehr lebt sie in ihr fort. Denn die mit der neuen Ordnung gesetzten Rechtszwecke könnten sich nun auf Gewalt als legitimes Mittel zu ihrer Durchsetzung berufen. Der an die Gewalt gebundene Zweck werde damit »als Recht unter dem Namen der Macht« eingesetzt¹⁴. Die rechtsetzende Gewalt bedient sich also nicht nur der Gewalt als Mittel, sondern bestimmt gleichzeitig zu welchen Zwecken der Staat in Zukunft (rechtserhaltende) Gewalt anwenden darf. Dabei kann sie nicht begründen, an welcher Stelle die Grenze zwischen sanktionierter und nicht sanktionierter Gewalt gezogen wird. Um ein Beispiel zu nennen: Wie lässt sich begründen, dass ein Todesfall im Kontext eines bewaffneten Raubüberfalls als unzulässige Gewalt kriminalisiert werden muss, ein Todesfall in der Folge von Armut oder Unterernährung aber zulässige Gewalt darstellt¹⁵? Bei Benjamin heißt das: »Rechtsetzung ist Machtsetzung¹⁶. Derrida hat in seiner Lektüre Benjamins diese zweite Funktion der Gewalt im Zuge der Rechtssetzung als Gründungsgewalt oder *foundational violence* bezeichnet¹⁷. Gewalt bezeichnet hier nicht physische Gewalt, sondern den Umstand, dass dem gesetzten Recht ein letzter Grund fehlt, dies aber vom Recht verschleiert wird¹⁸.

Benjamin zufolge ruft jede rechtsetzende Gewalt eine zweite Art der Gewalt auf den Plan, die er rechtserhaltende Gewalt nennt. Es sei ein Reflex jeder Rechtsordnung sich gegen Akte der Rechtssetzung zu wehren, die die bisher etablierte Ordnung herausfordern. So versucht jede Rechtsordnung zum Beispiel über das Strafrecht Verhalten zu unterbinden, das die bestehende Werteordnung untergräbt. Allerdings – und dies ist der springende Punkt der Benjaminschen Analyse – dient die rechtserhaltende Gewalt nicht nur der Aufrechterhaltung einer bereits etablierten Rechtsordnung, sondern sie hat sich in ihrer tatsächlichen Manifestation immer schon mit einer neuen rechtssetzenden Gewalt vermischt. Ein Ort dieser laut Benjamin »gespenstischen Vermischung« von rechtserhaltender und rechtssetzender Gewalt ist die Polizei. Dient sie offiziell dazu die etablierte Ordnung aufrecht zu erhalten, kommt es im konkreten Einsatz immer wieder zur eigenständigen Auslegung der Rechtslage durch die Exekutive, und dadurch zu einer neuen Rechtssetzung. Für Benjamin ist diese Vermischung von rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt nicht lediglich – wie es die liberale Rechts-

14 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1978, 57.

15 Zur Grammatik des juristischen Gewaltbegriffes siehe Winter, *Beyond Blood and Coercion*, 2009; Winter, *New Political Science* 34 (2012), 195 ff.

16 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1978, 57.

17 Derrida, *Gesetzeskraft*, 2014.

18 Zur fehlenden Letztbegründung oder dem Problem der Souveränität im modernen Recht siehe auch Loick, *Kritik der Souveränität*, 2012; Fögen, *Das Lied vom Gesetz*, 2007.

theorie deutet – eine vermeidbare Übertretung der Gesetze durch die Polizei, sondern sie ist vielmehr in der Offenheit der Rechtsvorschriften selbst angelegt¹⁹.

Weil jede rechtsetzende Gewalt auf rechtserhaltende Gewalt angewiesen ist, um die Existenz der von ihr eingesetzten Rechtsordnung zu sichern, und dadurch »indirekt sich selbst schwächt«, spricht Benjamin von einem Schwankungsgesetz, dem die modernen Rechtsordnungen unterliegen²⁰. Aus dieser Perspektive erscheint die Geschichte historischen und politischen Wandels als ein zur Wiederholung verdammters Zyklus, in dem sich rechtssetzende und rechtserhaltende Gewalt ablösen. Weil Recht und Gewalt auf diese Weise schicksalshaft miteinander verquickt sind, stellt sich für Benjamin die Frage, wie der Übergang zu einer neuen Ordnung möglich ist, die aus diesem Zyklus ausbricht und damit nicht länger auf Gewalt angewiesen ist.

II. Zur Legalisierung des Natürlichen bei Christoph Menke

Auch der Frankfurter Rechtsphilosoph Christoph Menke beschreibt eine Gewalt, die vom Recht ausgeht und die – ähnlich wie die rechtssetzende Gewalt Benjamins – durch die Einsetzung des Rechts entsteht. Anders als bei Benjamin liegt der Fokus Menkes aber nicht auf historisch-politischen Zyklen, sondern auf der politischen Wirkungsweise des Rechts. Die Gewalt, die Menke beschreibt, betrifft das Verhältnis von Recht und dem, was er Nicht-Recht nennt.

Menke untersucht dieses Verhältnis anhand der subjektiven Rechte²¹. In seiner *Kritik der Rechte* versucht Menke zu zeigen, dass »die bürgerliche Form der subjektiven Rechte [...] auf einem Fehler [beruht]« und eben dieser Fehler dazu führe, dass der Mensch auf ein bestimmtes Menschenbild festgelegt wird. Dazu präzisiert er zunächst die Herangehensweise seiner kritischen Analyse der Rechte:

[Die Kritik am juristischen Liberalismus] besteht in nichts anderem als darin, die Frage zu stellen (die der Liberalismus nicht stellt), warum der Status der Gleichheit sich als subjektive Rechte der Person darstellt. Warum nimmt jener Inhalt diese Form an? Warum überhaupt (subjektive) Rechte, wenn es um Gleichheit geht²²?

Wie auch bei Benjamins *Kritik der Gewalt* gilt Menkes *Kritik der Rechte* nicht lediglich der liberalen Rechtsordnung, sondern auch der liberalen Rechts*theorie*. In Menkes Worten: dem Liberalismus. Denn dieser reproduziere lediglich die Logik und Begründung der Rechte, nehme sie für bare Münze und könne daher nichts zu deren Verständnis beitragen. Menke rekonstruiert zunächst diese liberale Begründung der Rechte ausführlich in zwei Schritten. Das Neue am moder-

19 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1978, 42.

20 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1978, 63.

21 Menke, Kritik der Rechte, 2015.

22 Menke, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 13 (15).

nen Recht sei, dass es seine eigene Normativität hervorbringen müsse;²³ d. h., die Kriterien für eine gerechte Ordnung ließen sich im modernen Recht nicht länger mit Verweis auf eine anders abgeleitete gute Ordnung bestimmen. Ausgehend von einer Ideengeschichte der Rechte im Privatrecht kommt er zu dem Schluss, dass das Recht seine eigene Normativität durch die »Legalisierung des Natürlichen« herstellt. Was ist damit gemeint?

Libérale Theorien des Rechts gehen, so Menke, von einem natürlichen, vorrechtlichen Trieb des Menschen zur Selbsterhaltung aus. Die Selbsterhaltung zu garantieren und zu ermöglichen werde im modernen Recht zum Zweck. Indem das Recht den inneren Selbsterhaltungstrieb zum Grund seiner Existenz mache, werde dieser Trieb für das Recht unantastbar. Reglementierend eingreifen dürfe das Recht dem Liberalismus zufolge lediglich bezüglich der Umsetzung dieses Triebes, so dass alle Menschen gleichermaßen der Selbsterhaltung nachkommen können²⁴.

Subjektive Rechte erfüllen laut Menke eine Funktion der Selbstbeschränkung des Rechts gegenüber dem Vor- oder Außerrechtlichen, also der Materie²⁵. Weil es seinen normativen Geltungsanspruch in Bezug auf dieses Vorrechtliche oder »Natürliche« begründet, spricht Menke von der »Legalisierung des Natürlichen«. Anders als von liberalen Rechtstheorien angenommen, bringen also nicht Subjekte eine Rechtsordnung, sondern Rechte das moderne Subjekt hervor²⁶. Weil das liberale Recht zu seiner normativen Begründungen etwas voraussetzt (nämlich natürlich-faktische Strebungen nach Selbsterhaltung), was es allerdings selbst erst als natürlich hervorbringt, ist für Menke das Recht *ontologisch* falsch. Dies ist der Kern der Menk'schen Rechtskritik: »Die positivistische Falschheit der Form der subjektiven Rechte besteht in ihrer Paradoxieverleugnung«²⁷.

Zwar entwickelt Menke seine *Kritik der Rechte* aus einer Analyse des modernen, bürgerlichen Rechts, doch anders als zum Beispiel marxistische Kritiken des bürgerlichen Rechts betrifft seine rechtsphilosophische Betrachtung nicht die Rolle der bürgerlichen Rechte bei der Aufrechterhaltung kapitalistischer Akkumulations- und Ausbeutungsverhältnisse (obwohl er diese ausführlich betrachtet)²⁸. Vielmehr spitzt er die Kritik der Rechte auf ihre Funktion in der Begrenzung und Ermöglichung politischen Wandels zu. Das Problematische an der falschen Ontologie der Rechte: Indem subjektive Rechte menschliche Bestrebungen nach Selbsterhalt als natürlich voraussetzen, verfestigen sie ein bestimmtes,

23 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 103.

24 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 77.

25 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 371.

26 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 17.

27 Menke, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, 2018, 13 (21).

28 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 173 ff.

gesellschaftlich und historisch gewachsenes, Menschenbild (das des Bourgeois) und entziehen es der Veränderung²⁹.

Mit dem Fokus auf die Ambivalenz der Figur der Rechte (rechtliche Selbstbeschränkung durch Legalisierung des Natürlichen) begibt Menke sich in die Gesellschaft anderer Theoretiker*innen, die sich die Frage stellen, inwiefern subjektive Rechte oder Menschenrechte Instrument zur Durchsetzung emanzipatorischer Projekte sein können³⁰. Kern all dieser Betrachtungen der Figur der Rechte ist die Einsicht, dass Rechte zwar ein normatives Versprechen auf Gleichheit enthalten sowie in gesellschaftlichen Kämpfen Freiräume für diskriminierte gesellschaftliche Gruppen eröffnen. Sich auf die Sprache der Rechte einzulassen bedeutet aber auch immer bestimmte, historisch gewachsene, gesellschaftliche Verhältnisse zu reproduzieren³¹. Für Menke ergibt sich daraus die Frage, wie eine Rechtsordnung beschaffen sein müsste, die die Hervorbringung des Natürlichen im Recht zutreffend reflektiert, d. h. als ihr eigenes Produkt erkennt und damit verhandelbar macht.

III. Juridismuskritik bei Daniel Loick

Eine weitere ausführliche Auseinandersetzung mit existierenden Kritiken des Rechts hat der Philosoph Daniel Loick unter dem Titel *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts* vorgelegt. Auf den ersten Blick teilen Menke und Loick viele theoretische Bezugspunkte und ihre Interventionen verfolgen eine ähnliche Stoßrichtung, jedoch setzen ihre Argumentation an unterschiedlichen Ebenen an. Das heißt, sie begründen die Richtigkeit oder den Wahrheitsanspruch ihrer Argumente unterschiedlich. Wie oben beschrieben argumentiert Menke, subjektive Rechte seien *ontologisch* falsch. Wie auch schon bei Benjamin bedeutet für Menke Kritik also nicht die Bewertung des Rechts anhand eines äußeren Maßstabes. Sie will vielmehr einen bestimmten, vom Recht selbst verleugneten Sachverhalt aufzeigen.

Loick wählt eine andere Strategie für seine Rechtskritik. Er versteht seinen Ansatz als sozialphilosophische Kritik, das heißt das Soziale ist nicht nur Gegenstand der Betrachtung, sondern auch normativer Maßstab³². Für Loick unterscheidet sich sozialphilosophische Kritik von anderen Kritikstrategien darin, dass sie weder ausschließlich rechtlich noch moralisch vorgeht, sondern vielmehr

29 Menke, Kritik der Rechte, 2015, 403 ff.; vgl. auch Franzki, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 301 (302, 322).

30 Buckel, in: Demirovic (Hrsg.), Kritik und Materialität: Im Auftrag der Assoziation für Kritische Gesellschaftsforschung, 2008; Brown, in: Menke/Raimondi (Hrsg.), Die Revolution der Menschenrechte: Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen, 2011; Spivak, Righting wrongs – Unrecht richten, 2008.

31 Siehe auch Fischer-Lescano, JZ 2018, 161 ff.

32 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 11.

das Recht im Hinblick auf das soziale Gefüge betrachtet³³. Er untersucht, inwiefern Recht ein strukturelles Hindernis auf dem Weg zu einer »gelungenen Sozialität« ist³⁴. Loick beansprucht dabei, den Maßstab für die gelungene Sozialität nicht selbst zu setzen und damit von außen an das Recht heranzutragen, sondern aus den eigenen normativen Prinzipien des Rechts heraus zu entwickeln. Seine These: Das europäische Recht verstellt die Möglichkeit einer sinnvollen Ausübung der rechtlich garantierten Freiheiten³⁵.

Die rechtliche Kolonialisierung menschlicher Interaktionen führe, erstens, zu »ideologischer Verklärung der wahren Bedingungen des Gelingens menschlichen Zusammenlebens«³⁶. Denn – so auch schon Hegel und Marx – der dem bürgerlichen Recht zu Grunde liegende negative Freiheitsbegriff verleugne die Tatsache, dass der Mensch ein soziales Wesen sei, und nur als solches existieren könne³⁷.

Der zweite Kritikpunkt den Loick herausarbeitet betrifft den psychologischen Effekt rechtlicher Subjektivierungsprozesse. Die Tatsache, dass wir uns überhaupt als Individuum mit eigenen Bedürfnissen, Interessen und Ansprüchen wahrnehmen – also als Rechtssubjekt – ermächtige zwar den einzelnen Menschen dazu selbstbestimmt zu handeln; gleichzeitig seien Individuen aber nie ganz von gesellschaftlichen Erwartungshaltungen und Normen befreit, innerhalb derer Entscheidungen getroffen werden. Um mit diesem Zwiespalt umzugehen, entwickelten Menschen eine Reihe psychologischer Strategien³⁸.

Das soziale Gefüge, so der dritte von Loick herausgearbeitete Aspekt, verliere durch die Institution des bürgerlichen Rechts auch an kommunikativer Qualität³⁹. Indem Menschen auf ihre Rechtssubjektivität reduziert würden, verkäme jede Kommunikation zum Aushandeln individueller Ansprüche. Anstelle von Empathie würden die eigenen Bedürfnisse universalisiert.

Schließlich macht Loick das Feld der Politik als einen Bereich aus, der durch die Rechtsform negativ beeinflusst wird. Der Atomismus der Bürger, so wie er dem liberalen Menschenbild zugrunde liegt, mache Zwang als zusammenhaltendes Element in einem Staat notwendig. Dies berge grundsätzlich die Gefahr eines Despotismus.

Trotz der ausführlich formulierten Rechtskritik weist Loick darauf hin, dass das Recht nicht für das Scheitern menschlicher Interaktion, sondern auch für ihr Gelingen wichtig sei. Eine Rechtskritik müsse ernst nehmen, dass insbesondere geschwächte Gruppen und Individuen sich immer wieder auf das Recht berufen, um ihre Position zu stärken. Eine Kritik des Rechts könne daher nicht auf die Ab-

33 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 27.

34 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 12.

35 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 12.

36 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 221.

37 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 222.

38 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 223 ff.

39 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 295.

schaffung oder Überwindung des Rechts abzielen, sondern müsse seine »radikale Transformation« anstreben⁴⁰.

C. Wege aus dem Recht der bürgerlichen Gesellschaft

Die hier vorgestellten Kritiken des Rechts stellen die Legitimation moderner, liberaler Staaten infrage, wonach der liberale Rechtsstaat eine, oder sogar die einzige, Staatsform sei, die in der Lage ist, die Freiheit und Gleichheit der Menschen innerhalb einer Gesellschaft zu schützen. In allen drei Fällen ist die gegen das bürgerliche Recht in Anschlag gebrachte Kritik der Ausgangspunkt für die Suche nach einem Ausweg aus den beschriebenen rechtlichen (und den entsprechenden gesellschaftlichen) Verhältnissen. Unabhängig von den jeweiligen Schwerpunkten der Autoren stellt sich damit die Frage nach dem Verhältnis von Recht und gesellschaftlichem bzw. politischem Wandel.

Obwohl keiner der Autoren einen dezidiert sozialwissenschaftlichen Ansatz verfolgt, stellen alle Analysen den Zusammenhang zwischen der Herausbildung des bürgerlichen Rechts und den parallelen gesellschaftlichen Entwicklungen, nämlich der Entstehung kapitalistischer Produktionsverhältnisse her⁴¹. In Benjamins Schriften finden sich zum Beispiel immer wieder Hinweise, dass seine Kritik nicht nur die rechtssetzende und rechtserhaltende Gewalt betrifft (die in allen Gesellschaftsformen wirken), sondern auch die spezifische Gewalt des bürgerlichen Rechts, die darin besteht, die strukturelle Gewalt der kapitalistischen Gesellschaft gleichzeitig zu ermöglichen und zu verdecken⁴². Menkes Kritik der »Ermächtigung des Eigenen« durch die Form der subjektiven Rechte basiert zu einem Großteil auf der Analyse der Rolle subjektiver Rechte zur Sicherung von Eigentum⁴³. Loick wiederum bezieht sich ausführlich auf Marx, um die Trennungseffekte des bürgerlichen Rechts zu erfassen⁴⁴.

Die Suche nach Wegen aus dem bürgerlichen Recht wirft damit auch die Frage auf, ob ein neues Recht zwingend neue gesellschaftliche Verhältnisse mit sich bringen muss. Die geschichtsphilosophische sowie gesellschaftswissenschaftliche Debatte, vor deren Hintergrund alle drei Autoren schreiben (ohne explizit auf diese einzugehen), betrifft also die Frage nach den Möglichkeiten und Bedingungen gesellschaftlichen Wandels. Es gilt nicht nur zu überlegen, wie ein weniger

40 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 18.

41 Zum Unterschied von sozialwissenschaftlicher und philosophischer Rechtskritik, siehe Buckel, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, 2018, 125 ff.

42 Zum Zusammenhang von Rechts- und Kapitalismuskritik bei Benjamin siehe ausführlich Khatib, »Teleologie ohne Endzweck«, 2013; Franzki, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, 2018, 301 ff.

43 Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 207 ff.

44 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 163.

gewaltvolles (Benjamin), ein nicht-ontologisch-verstelltes selbstreflexives Recht (Menke) oder ein nicht-juridisches Recht (Loick) grundsätzlich aussehen könnte, sondern auch, wie wir zu diesem Recht gelangen und welche Rolle das Recht selber in diesem Prozess spielen kann. Dabei sind diese rechts- und sozialtheoretischen Fragen von unmittelbarer Bedeutung für die Rechtspraxis: Von ihrer Beantwortung hängt ab, ob und welche Rolle dem Recht (zum Beispiel in der Form strategisch geführter Prozesse) bei der Hervorbringung einer anderen Gesellschaft, und eines anderen Rechts, eingeräumt wird.

I. Benjamin: die Entsetzung des Rechts

Wie oben bereits angedeutet, ist Benjamins Denken von einer auf den ersten Blick eigenwilligen Mischung theoretischer Bezüge geprägt, die den Zugang zu seinen Texten erschweren. In dem Text zur *Kritik der Gewalt* tritt dies deutlich an der Stelle zu Tage, in der Benjamin andeutet, wie der sich wiederholende Kreislauf von rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt unterbrochen werden kann. Denn für Benjamin steht fest, dass erst durch eine Unterbrechung dieses Zirkels eine wirklich neue, nicht auf Gewalt basierende Gesellschaft gegründet werden kann. Er schreibt:

Auf der Durchbrechung dieses Umlaufs im Banne der mythischen Rechtsformen, auf der Entsetzung des Rechts samt den Gewalten, auf die es angewiesen ist wie sie auf jenes, zuletzt also der Staatsgewalt, begründet sich eines neues geschichtliches Zeitalter⁴⁵.

Diese »Entsetzung des Rechts« erfolgt durch die Intervention einer nicht zweckgebundenen, von Benjamin »göttlich« genannten Gewalt, die er aber kaum näher bestimmt. Es ist dann auch diese Stelle des Textes, die in der Benjamin-Rezeption zu regen Debatten darüber führt, wie wir uns die von Benjamin verlangte Entsetzung des Rechts vorstellen können. Kontrovers wird dabei insbesondere die Frage diskutiert, ob Benjamin für eine gewaltfreie Gesellschaft eine Abschaffung des Rechts verlangt, oder lediglich eine andere Art des Rechts.

So hat zum Beispiel Jacques Derrida im *Postscriptum* zu dem eingangs schon erwähnten Aufsatz *Gesetzeskraft* Benjamins Figur der »Entsetzung des Rechts« durch die Intervention einer »göttlichen Gewalt« als Abschaffung eines staatlichen Rechts gelesen und schreibt vor diesem Hintergrund:

Die Vorstellung, daß man den Holocaust als Entsühnung und unentzifferbare Signatur eines gerechten und gewaltsamen göttlichen Zorns deuten könnte, versetzt uns in Angst und Schrecken⁴⁶.

Weil für Derrida der von Benjamin skizzierte Ausweg aus dem Zyklus mythischer Gewalt nicht zu unterscheiden ist von gewaltvollen geschichtlichen Ereignissen

45 Benjamin, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, 1978, 64.

46 Derrida, Gesetzeskraft, 2014, 124.

wie dem Holocaust, ist die *Kritik der Gewalt* für ihn nicht tragbar⁴⁷. Anders wiederum die Lektüre der entsprechenden Stelle bei Christoph Menke⁴⁸. Er liest das Programm der »Entsetzung« des Rechts durch die göttliche Gewalt nicht als seine Suspendierung, sondern als Forderung nach einer Befreiung des Rechts von der Gewalt, nach einem Recht, das nicht länger gewaltvoll ist. Menkes Programm eines neuen Rechts, zu dem wir im nächsten Abschnitt kommen, ist auch der Versuch, Benjamins Formulierung der Entsetzung des Rechts einen Ausdruck innerhalb des Rechts zu verleihen⁴⁹.

Eine dritte Interpretationslinie von Benjamins Kritik der Gewalt nimmt Benjamins Analyse der notwendigen Verquickung von Recht und Gewalt ernst, ohne dabei die geforderte Entsetzung des Rechts durch das Einbrechen einer göttlichen Gewalt mit der Suspendierung des Rechtsstaates im Nationalsozialismus in Verbindung zu bringen. Autor*innen wie Cornelia Vismann⁵⁰, Bettine Menke⁵¹, Werner Hamacher⁵² oder Sami Khatib⁵³ lesen Benjamins *Zur Kritik der Gewalt* unter Berücksichtigung anderer Texte Benjamins (insbesondere *Kapitalismus als Religion*⁵⁴, *Über den Begriff der Geschichte*⁵⁵, *Theologisch-politisches Fragment*⁵⁶), die das Problem einer kontinuierlichen Wiederholung von Gewalt in der Menschen-gemachten Geschichte (sowie Möglichkeiten diese zu unterbrechen) berühren. In dieser Lesart initiiert die göttliche Gewalt oder die Entsetzung des Rechts keine neue gesellschaftliche Ordnung, die chronologisch auf die gegenwärtigen Ordnung folgt. Vielmehr ist sie als eine kurzzeitige Unterbrechung der geschichtlichen Zeit, als ein vorübergehender Aufschub der Gewalt zu denken, in welcher »das morsche im Rechte« sichtbar wird. Werner Hamacher führt zur Beschreibung der Wirkungsweise der reinen, göttlichen Gewalt den Begriff des *Affformativen* ein⁵⁷. Während ein performativer Akt etwas Neues einsetzt (und dabei

47 Bettine Menke argumentiert überzeugend, dass Derridas Dekonstruktion der *Kritik der Gewalt* in diesem Punkt die »These und Figur der Argumentation des Benjaminschen Textes [...] auf eigentümliche Weise verfehlt«, siehe Bettine Menke, in: Haverkamp (Hrsg.), *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida-Benjamin*, 1994, 222 ff.

48 Menkes Auseinandersetzung mit Benjamins *Kritik der Gewalt* geht seinem Buch *Kritik der Rechte* voraus, und bildet gleichzeitig dessen Fluchtpunkt, vgl. Menke, *Recht und Gewalt*, 2012 und Menke, *Kritik der Rechte*, 2015, 403.

49 Menke, *Recht und Gewalt*, 2012, 64 f.

50 Vismann, *Rechtshistorisches Journal* 11 (1992), 250 ff.; Vismann *Cardozo Law Review* 26 (2005), 1159 ff.

51 Bettine Menke, in: Haverkamp (Hrsg.), *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida-Benjamin*, 1994, 222 ff.

52 Hamacher, in: Hart Nibbrig (Hrsg.), *Was heißt »Darstellen«?*, 1994, 340 ff.

53 Khatib, »Teleologie ohne Endzweck«, 2013.

54 Benjamin, *Gesammelte Schriften: Fragmente; Autobiographische Schriften*, 1991; für eine aufschlussreiche Lektüre des Fragmentes siehe Hamacher, in: Baecker (Hrsg.), *Kapitalismus als Religion*, 2003.

55 Benjamin, in: Raulet (Hrsg.), *Über den Begriff der Geschichte: Werke und Nachlaß*, 2010.

56 Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, 1978.

57 Hamacher, in: Hart Nibbrig (Hrsg.), *Was heißt »Darstellen«?*, 1994, 340 ff.

den Akt der Setzung leugnet), unterbricht das Afformative, ohne dabei etwas neu zu setzen. Nur in dieser Unterbrechung, die einen Blick auf die Gewalt des Rechts ermöglicht, könne mit Benjamin die Hoffnung auf Gerechtigkeit bestehen:

Rein kann eine Politik und die ihr korrespondierende Gewalt nur heißen, wenn sie unvermischt mit Interessen der Erhaltung oder der Programmierung von Lebensformen, unvermischt mit positiven Rechtsinstituten, die Form der Gerechtigkeit manifestiert⁵⁸.

Eine politische oder rechtliche Strategie, die Benjamins *Kritik der Gewalt* zum Ausgang nimmt, kann vor dem Hintergrund dieser Lektüre nicht darauf abzielen die Gewalt des Rechts durch die Einsetzung einer neuen Ordnung oder die Hervorbringen gerechterer Urteile zu überwinden. Vielmehr müsste sie versuchen, die unterschiedlichen Formen, in denen das Recht auf Gewalt angewiesen ist, ans Licht zu bringen. Wenn, wie oben beschrieben, ein Aspekt der rechtlichen Gewalt für Benjamin darin besteht, dass eine neue Ordnung als Recht eingesetzt wird, ohne dass ihre Berechtigung in letzter Instanz begründet werden kann, bestände eine Entsetzung dieser Ordnung im Aufzeigen ihrer Kontingenz mit dem Ziel dadurch neue Räume für politische Debatten zu eröffnen.

Die Probleme einer Strategie, die es sich alleine zur Aufgabe macht, die Kontingenz der bestehenden Ordnung sichtbar zu halten, und damit auf ihre Veränderung hinzuwirken, benennt u. a. Bettine Menke. Wenn, mit Benjamin gedacht, jegliche Form der Rechtsanwendung gewaltvoll ist, sei es nicht länger möglich, notwendige Unterscheidung zwischen gerechteren und weniger gerechten politischen Ordnungen zu treffen⁵⁹. Das emanzipatorische Moment der Rechtstheorie Benjamins bleibt auf die Re-Politisierung des Rechts beschränkt, durch die die Willkür der Grenzziehung zwischen sanktionierter und nicht sanktionierter Gewalt im liberalen Recht vorgeführt wird. Sie kann damit Raum für eine neue Ordnung öffnen, aber nicht zu ihrer Begründung herangezogen werden. Die Ansätze zur Entwicklung eines neuen Rechts bei Christoph Menke und Daniel Loick gehen hier einen Schritt weiter, indem sie die versuchen, die Anforderungen an ein post-juridisches Recht darzulegen.

II. Menke: Das Recht der Gegenrechte

Menkes Programm eines post-juridischen Rechts wird von ihm auf den Begriff eines neuen Rechts der Gegenrechte zugespitzt. Ein richtiges Recht, so Menke, dürfe den Blick auf den Prozess der Selbstreflexion nicht verstellen, sondern müsse ihn entfalten und dadurch das Nicht-Recht der Veränderbarkeit freigeben⁶⁰. Ähnlich wie bei Benjamin hängt die Gerechtigkeit der Rechtsordnung auch bei

58 Hamacher, in: Hart Nibbrig (Hrsg.), Was heißt »Darstellen«?, 1994, 340 (340).

59 Bettine Menke, in: Haverkamp (Hrsg.), Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida-Benjamin, 1994, 222 (257 f.).

60 Menke, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 13 (22).

Menke am Moment ihrer Politisierung. Allerdings fasst er dieses Moment nicht lediglich als eine Unterbrechung auf, die auf die Kontingenz der gegenwärtigen Ordnung verweist⁶¹. Vielmehr müsse es darum gehen, eine neue Form der Rechte und damit eine gänzlich anders verfasste Ordnung anzustreben: »Die Politik der Erfindung neuer Rechte wäre der Beginn einer Politik der Formveränderung: eine (rechtsform-) transformative Politik«⁶².

Eine solche transformative Politik soll durch das Institut der Gegenrechte gewährleistet werden. Menke entwickelt die Figur der Gegenrechte in einer Auseinandersetzung mit dem Motiv des Sklavenaufstandes bei Friedrich Nietzsche⁶³. Es zeichne die Position des Herren aus, Recht setzen zu können, also zu entscheiden, was gut ist. Dem Sklaven fehle diese Urteilsfähigkeit. Er stehe für Passivität und Leiden. Der Aufstand der Sklaven ist nun das Bestreben der Unterdrückten, ihrem eigenen Recht Geltung zu verleihen. Dies könne, so Menke, aber nicht dadurch geschehen, dass die Sklaven sich an die Stelle der Herren setzten, denn dann würden sie das Unterdrückungsverhältnis von Herren und Knecht aufrecht erhalten – ohne Sklave kein Herr. Eine Überwindung des Herrschaftsverhältnisses sei nur möglich, wenn die Position des Herren und des Sklaven zusammengebracht würden.

Dies sei das Ziel der Gegenrechte. Wenn die subjektiven Rechte der Rationalität des Herren entsprechen, und diese Rationalität nur durch die Gegenüberstellung mit dem passivistischen Sklaven aufrechterhalten werden kann, so müsse dieses dialektische Verhältnis im Recht zum Ausdruck kommen. Soll heißen: Jedes Subjekt ist zugleich Sklave und Herr. Das, was in den subjektiven Rechten als Grund vorausgesetzt wird, nämlich der rationale Eigenwille, wird in den Gegenrechten zu einem affektiven Moment, der den Urteilsprozess in Gang setzt, das Urteil aber nicht rational begründen kann⁶⁴. Das affektive Moment ist also der nicht-rechtliche Impuls, der den Urteilsprozess anstößt und der – wenn der Positivismus des bürgerlichen Rechts nicht wiederholt werden solle – nicht naturalisiert werden darf. Noch einmal mit den Worten Menkes:

Gegenrechte sind Ansprüche auf ein – vorübergehendes und wiederkehrendes – Moment in dem politischen Prozeß des Rechts: das Moment der sinnlichen Affektion in seiner dialektischen Vermittlung mit dem anderen Moment des begrifflichen Bestimmens⁶⁵.

Rechte, in der Form der Gegenrechte, sind dann nicht länger Ausgangspunkt der rechtlichen Ordnung, sondern sekundär: Sie sollen als Gegenstück zu konstituierenden Rechten das Gelingen sozialer Praxis garantieren.⁶⁶ Während

61 Dies wird in Menkes Auseinandersetzung mit den Arbeiten des französischen Philosophen Jacques Rancière deutlich, siehe *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, 390.

62 *Menke*, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 13 (30).

63 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, 337 ff.

64 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, 382, 386.

65 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, 388.

66 *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, 370; *Menke*, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 13 (25).

letztere darauf abzielen, die Teilnahme eines jeden an den politischen Prozessen zu ermöglichen, befähigen die Gegenrechte zur Nichtteilnahme am Sozialen⁶⁷. Indem die Gegenrechte dem Nicht-Recht im Recht Wirkung verleihen, ohne es dabei zu naturalisieren, tragen sie zur Politisierung, d. h. zur Veränderbarkeit, bei.

Zwar betont Menke, dass diese »rechtsform-transformative Politik aus der bestehenden Ordnung heraus« entwickelt werden müsse, in der Ausarbeitung bleibt der Entwurf eines »neuen Rechts« allerdings so vage, dass die Leserin sich selber überlegen muss, wie genau dieses Recht der Gegenrechte aussehen könnte. Menke selbst merkt an, dass sein Programm des anderen Rechts der weiteren Präzisierung bedarf. Einige Autor*innen haben sich dieser Denkarbeit bereits angenommen und identifizieren Rechtspraktiken innerhalb der aktuellen Rechtsordnung, die als Institutionen des neuen Rechts begriffen werden könnten⁶⁸.

III. Loick: Exodus

Ein weiterer Konkretisierungsschritt des Menk'schen Programmes finden wir auch in Loicks Entwurf eines post-juridischen Rechts⁶⁹. Wie oben beschrieben, betont auch Loick, dass post-juridische Politiken – also eine Politik, die die Gesellschaft nicht länger juristisch konditioniert – nicht durch die Abschaffung des Rechts, sondern nur durch seine radikale Transformation erreicht werden können⁷⁰. Als Ankerpunkt dient ihm dabei das Marx'sche Diktum, wonach »der Mensch nicht wegen des Gesetzes, sondern das Gesetz wegen des Menschen« da sei⁷¹. Was aber bedeutet »menschlich« als Maßstab zur Bewertung eines guten Rechts?

Wie oben erläutert, setzt Loick die Sozialität des Menschen voraus. Der Mensch sei ein *zoon politicon*. Gegen das liberale Menschenbild, wonach der Mensch der Gesellschaft voraus gehe und letztere erst durch einen Gesellschaftsvertrag zustande komme, wendet Loick ein, dass der Mensch ohne Gemeinschaft gar nicht überlebensfähig sei. Ein Recht, das Menschen-gerecht ist, muss daher garantieren, dass Menschen ihre sozialen Praktiken mitgestalten können, statt lediglich deren Gegenstand zu sein⁷². Das heißt für Loick insbesondere, dass ein gerechtes Recht sich gegen den Ausschluss von Menschen aus der politischen Gemeinschaft wenden muss.

Loick bemüht die Figur des Exodus, also dem Auszug der jüdischen Gemeinschaft aus Ägypten, um eine Übergangsform hin zu post-juridischen Gemein-

67 Menke, in: Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 13 (24).

68 Siehe die Beiträge in Fischer-Lescano / Franzki / Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018.

69 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 308.

70 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 292.

71 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 297.

72 Loick, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 301.

schaften zu denken. Seine zentrale These lautet, dass jüdische Rechtspraktiken – in der Diaspora und ohne staatliche Dursetzungsmacht entwickelt – Aufschluss darüber geben können, wie ein post-juridisches Recht aussehen könnte⁷³. Denn das Jüdische Recht sei nicht nur irgendeine Quelle, sondern als das Andere des römisch-christlichen Rechts mit einer völlig anderen Rechtspraxis verbunden. Loick spielt dabei insbesondere auf zwei Aspekte des Jüdischen Rechts an, an denen sich ein post-juridisches Recht orientieren könne.

Erstens hebt er den rechtsinterpretativen Pluralismus des Jüdischen Rechts als Vorbild für ein menschliches Recht, das Sozialität und Differenz miteinander verbindet, hervor. Denn in der gemeinsamen Textinterpretation gelte es vor allem, unterschiedliche Lesarten einer Textstelle in den Dialog zu bringen. Gemeinschaft werde damit durch Dissens hergestellt, die Differenz – und nicht die Gleichheit der Individuen – wertgeschätzt⁷⁴. Gleichzeitig, so Loick, sichere der notwendige Textbezug den Raum derer, die nicht an der Deliberation teilnahmen. Denn er verhindere, dass alleine die Standpunkte der Beteiligten zu einem Thema in die Entscheidungsfindung zu einer Rechtsfrage einfließen.

Das zweite Charakteristikum des jüdischen Rechts, das Loick für seinen Vorschlag eines post-juridischen fruchtbar machen möchte, ist, dass seine Exekution nicht auf einem staatlichen Durchsetzungsapparat, also auf Zwang, basiert. Nur ein solches Recht könne auf freiwillige Zustimmung, und damit auf Befolgung hoffen, das »ethisch attraktiv« sei.⁷⁵ Während das liberale Recht durch die Trennung von Recht und Moral dem Individuum eine private Moral zugestehe, dafür aber auf Zwang zur Durchsetzung der Rechtsordnung angewiesen sei, müsse ein post-juridisches Recht rationale oder affektive Gründe für das Befolgen bieten⁷⁶.

Indem Loick das neue, post-juridische Recht als Exodus aus dem Recht der Nationalstaaten denkt, will er das Problem der Frage der Hervorbringung der neuen Rechtsordnung aus der alten umgehen, mit dem die »Reform« oder »Revolution« als Formen sozialen Wandels konfrontiert sind:

Das Potential, den Übergang hin zu postjuridischen Gemeinschaften als Exodus zu denken ... liegt dann in der Möglichkeit der Konstruktion transversaler Sozialitäten, die keine nationalen Grenzen kennen. Es sind plurale diasporische Gemeinschaften, die sich durch den Auszug aus den konventionellen Nationalstaaten mit ihren exkludierenden Gewaltapparaten konstituiert haben, welche eine aterritoriale Kohabitation auf dem geteilten Planeten antizipieren und auf diese Weise das fundamentale Recht der Sozialität ins Werk setzen⁷⁷.

Wird dieser Vorschlag so verstanden, dass ein Wandel durch die Errichtung paralleler, transnationaler Netzwerke hervorgerufen werden soll, stellt sich die Frage ob ein solches post-juridisches Recht auf den Nationalstaat als sein konstitutives

73 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 315.

74 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 320.

75 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 324.

76 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 326.

77 Loick, *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, 2017, 306.

Anderes angewiesen ist, oder ob sie diesen langfristig ersetzen sollen. Sofern es um die Eröffnung von Räumen neuer Formen der Sozialität geht, könnten schon existierende Praktiken, z. B. Kooperativen und Kollektive, die mit eigenen Regeln der Entscheidungsfindung versuchen der juridisierenden Wirkung der Rechtsform entgegen zu wirken, als Beispiele einer post-juridischen Rechtspraxis gedacht werden. Soll das bürgerliche Recht langfristig vom post-juridischen Recht abgelöst werden, so tauchen allerdings die Fragen wieder auf, die sich auch schon bei Menke gestellt haben: Wie kann das von Loick anvisierte Recht eine Rechtspraxis informieren, die nicht nur parallel zum nationalen, bürgerlichen Recht existiert, sondern dieses langfristig transformiert?

D. Fazit

Die hier vorgestellten Theorien hinterfragen den Anspruch des liberalen Rechtsstaates, als rechtlich-politische Ordnung die Freiheit und Gleichheit aller Menschen zu verwirklichen⁷⁸. Mit der Suche nach einem post-juridischen Recht schreiben die Autoren gegen die träge Kraft des Bestehenden sowie gegen die Begrenzung unseres Vorstellungsvermögens an. Jeder Versuch, eine neue, gerechtere Rechtsordnung zu denken, wird von Leser*innen leicht mit Skepsis begegnet: Können wir es uns leisten, wichtige Institutionen des demokratischen Rechtsstaats aufzugeben? Wäre die anvisierte Ordnung funktionsfähig? Inwiefern kann ein neues Recht, das sich wesentlich vom bürgerlichen Recht unterscheidet, überhaupt noch Recht genannt werden?

Darüber hinaus stellt sich die Frage, inwiefern die hier vorgestellten Theorien eine rechtspolitische Strategie anleiten können. Insbesondere die an Benjamin anschließende rechtstheoretische Debatte kann zwar für sich beanspruchen, eine wichtige Analyseperspektive auf das Verhältnis von Staat, Recht und Gewalt in modernen Gesellschaften zu eröffnen. Sie muss sich aber im Hinblick auf gesellschaftspolitische Kämpfe die Frage gefallen lassen, ob es ausreicht, Gerechtigkeit auf das Moment der Unterbrechung einer Ordnung zu reduzieren. Sie kann keine normative Orientierung bezüglich einer gerechten politischen Ordnung bieten, sondern lediglich Raum für gesellschaftspolitische Kämpfe öffnen.

Die Rechtstheorien von Menke und Loick gehen hier einen Schritt weiter, und benennen die Konturen eines neuen Rechts, das beansprucht ein menschengerechteres Recht zu sein. Als philosophische Perspektive auf das Verhältnis von Recht und Gesellschaft, wird die Frage des Übergangs zu einem neuen Recht

78 Sie tun dies aber nicht, wie Andreas Voßkuhle irrtümlicherweise behauptet, als »theoretische Begleitmusik« aktueller (rechts-)populistischer Angriffe auf den Rechtsstaat (Voßkuhle, NJW 2018, 3154 (3157)). Der aktuelle Angriff auf die demokratischen Institutionen darf im Sinne der hier diskutierten Ansätze nicht zu einer reflexartigen Verteidigung des Status Quo der liberalen Rechtsordnung führen, sondern macht die Suche nach einem menschengerechteren Recht weiterhin notwendig.

jedoch losgelöst von den gegebenen gesellschaftlichen Kräfteverhältnissen diskutiert⁷⁹. Die Übersetzung der theoretischen Einsichten in erfolgsversprechende politische und rechtliche Strategien ist erst noch zu leisten. Eine Möglichkeit aus den bestehenden Kritiken des Juridismus des bürgerlichen Rechts Inspiration für rechtspolitische Strategien zu ziehen, ohne sich dabei von der Aufgabe der Transformation einer gesamten Gesellschaftsordnung entmutigen zu lassen, wäre stärker auf solche post-juridische Ansätze zurück zu greifen, die nicht an der politischen Ordnung sondern am Subjekt ansetzen. Ansatzpunkt könnten hier zum Beispiel die Arbeiten von Gilles Deleuze sein, der zu Überwindung der negativen Auswirkungen der kapitalistischen Rechtsordnung auf Strategien der Mikropolitik setzt⁸⁰.

E. Literaturhinweise

- Agamben, Giorgio*, Der Messias und der Souverän, in: Die Macht des Denkens: Gesammelte Essays, Frankfurt am Main 2013, 287–310.
- Braidotti, Rosi/Colebrook, Claire/Hanafin, Patrick* (Hrsg.), Deleuze and Law, Houndmills, Basingstoke, Hampshire/New York 2009.
- Benjamin, Walter*, Zur Kritik der Gewalt, in: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt am Main 1921, 29–66.
- ders.*, Theologisch-politisches Fragment, in: Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze. Frankfurt am Main 1978, 95–96.
- ders.*, Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze, Frankfurt am Main 1978.
- ders.*, Kapitalismus als Religion, in: Gesammelte Schriften: Fragmente; Autobiographische Schriften, Frankfurt am Main 1991, 100–103.
- ders.*, Gesammelte Schriften: Fragmente; Autobiographische Schriften, Frankfurt am Main 1991.
- ders.*, Über den Begriff der Geschichte, in: Raulet, Gérard (Hrsg.), Über den Begriff der Geschichte: Werke und Nachlaß, Berlin 2010, 6–29.
- Borsò, Vittoria/Morgenroth, Claas/Solibakke, Karl/Witte, Bernd* (Hrsg.), Benjamin – Agamben, Würzburg 2010.
- Deleuze, Gilles*, Kritik und Klinik, Frankfurt am Main 2000.
- ders.*, Schluss mit dem Gericht, in: Kritik und Klinik. Frankfurt am Main 2000, 171–183.
- Derrida, Jacques*, Gesetzeskraft, Frankfurt am Main 2014.
- Fischer-Lescano, Andreas/Franzki, Hannah/Horst, Johan* (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, Tübingen 2018.
- Hamacher, Werner*, Affirmativ, Streik, in: Hart Nibbrig, Christian L. (Hrsg.), Was heißt »Darstellen«?, Frankfurt am Main 1994, 340–374.
- ders.*, Schuldgeschichte: Benjamin's Skizze »Kapitalismus als Religion«, in: Baecker, Dirk (Hrsg.), Kapitalismus als Religion, Berlin 2003, 77–120.

79 Vergleiche hierzu auch die Unterscheidung sozialwissenschaftlicher und philosophischer Rechtstheorien bei *Buckel*, in: Fischer-Lescano/Franzki/Horst (Hrsg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts, 2018, 125 ff.

80 *Deleuze*, Kritik und Klinik, 2000. Zur Rechtskritik bei Deleuze siehe auch Kapitel 11 in *Loick*, Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, 2017, 260 ff. sowie Beiträge in *Braidotti/Colebrook/Hanafin* (Hrsg.), *Deleuze and Law*, 2009; *McGee/Sutter* (Hrsg.), *Deleuze and Law*, 2012.

- Haverkamp, Anselm* (Hrsg.), *Gewalt und Gerechtigkeit*, Frankfurt am Main 1994.
- Khatib, Sami R.*, »Teleologie ohne Endzweck«, Marburg 2013.
- Loick, Daniel*, *Kritik der Souveränität*, Frankfurt am Main 2012.
- ders., *Juridismus: Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin 2017.
- McGee, Kyle/Sutter, Laurent de* (Hrsg.), *Deleuze and Law*, Edinburgh 2012.
- Menke, Bettine*, Benjamin vor dem Gesetz: Die Kritik der Gewalt in der Lektüre Derridas, in: Haverkamp, Anselm (Hrsg.), *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida-Benjamin*, Frankfurt am Main 1994, 217–277.
- Menke, Christoph*, *Recht und Gewalt*, Berlin 2012.
- ders., *Kritik der Rechte*, Berlin 2015.
- ders., Genealogie, Paradoxie, Transformation, in: Fischer-Lescano, Andreas/Franzki, Hannah/Horst, Johan (Hrsg.), *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018, 13–31.
- Žižek, Slavoj*, *Gewalt*, Hamburg 2011.