

Recht und Gewalt¹

Die Geschichte der Idee, dass nicht Menschen, sondern Gesetze herrschen sollen, reicht in die Anfänge politischer Philosophie zurück. Der „Zaun des Gesetzes, in dessen Umhegung Menschen sich in Freiheit bewegen können“², richtete sich seit jeher sowohl gegen die Willkürherrschaft Einzelner als auch gegen die tödliche Dynamik der Blutrache. Das in Gesetzen kodifizierte Recht sollte der, schon in der griechischen Antike als negativer Naturzustand begriffenen, Herrschaft von unmittelbarer und unberechenbarer Gewalt ein Ende bereiten. Nicht mehr das brutale Naturrecht des Stärkeren oder der exklusive Besitz der Gewaltmittel sollten der basale Regulationsmodus sozialer Verkehrsformen sein, sondern allgemeingültige Gesetze, welche die naturverfallene Willkür archaischer Gewalt aufheben. Der emanzipatorische Impetus der Idee der Gesetzesherrschaft ist folglich seit ihren Ursprüngen evident: Sie ist direkt gegen die Despotie („Gesetz und Gewalt, ohne Freiheit“) wie auch die Barbarei („Gewalt, ohne Freiheit und Gesetz“³) gerichtet, sie kritisiert die unvernünftige Willkür personaler Herrschaft und sie exponiert die *Ratio* gegenüber blutrünstigem Wahn als normatives *Telos* der Konstitution einer humanen Gesellschaft.

Wenn die Herrschaft des Gesetzes die sich auf den Besitz von Gewaltmitteln und deren direkter Anwendung stützende Herrschaft von Menschen über Menschen überwinden soll, so stellt sich immer noch die Frage nach den spezifischen Charakteristika des Rechtszustandes als der Negation des (angeblich) ursprünglichen *bellum omnium contra omnes*. Da der Rechtszustand seinem eigenen Begriff nach nicht die Abschaffung von Gewalt überhaupt darstellt – „Recht und Befugnis zu zwingen bedeuten also einerlei“⁴ –, sondern ihr eine rationale Form zu geben verspricht, fragt es sich zum einen, durch welche Merkmale diese ausgezeichnet ist und zum anderen, wie sie sich zur ursprünglichen Herrschaft der Gewalt verhält. Zur Diskussion steht folglich bis heute die von Franz Neumann präzise herausgearbeitete Dialektik von Widerspruch und Korrelation zwischen „Gewalt und Gesetz“⁵.

Christoph Menke, Professor für politische Philosophie und Rechtsphilosophie an der Universität Frankfurt, hat der Thematik jüngst ein flott geschriebenes Büchlein gewidmet⁶, das sich zwar gegenüber den vorherrschenden liberalen Rechtsdiskursen, welche die Ambivalenz des Rechts unterschlagen, wohltuend abhebt, insgesamt aber nicht zu überzeugen vermag; dass Franz Neumann nicht einmal erwähnt wird, ist zwar nicht der einzige, aber, wie zu zeigen sein wird, doch ein symptomatischer Grund meiner Enttäuschung über Menkes Ausführungen und Methodik. Doch der Reihe nach; Menkes dichte und in vielerlei Hinsicht fraglos erhellende Argumentation bedarf einer ausführlichen Wiedergabe.

¹ Rezensionessay zu Menke, Christoph: *Recht und Gewalt*, Berlin 2011. Eine vulgär-materialistische Kritik, die nicht den Autor, sondern den Verlag trifft, gleich vorweg: Die Buchbindung ist miserabel. Auch für 9,80€ kann der Leser mehr erwarten, zumal die Qualität der Form des Buches, die des Inhalts deutlich unterbietet.

² Arendt, Hannah: *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*. 7. Aufl. München 2000, S. 955.

³ Kant, Immanuel: *Anthropologie in pragmatischer Hinsicht abgefaßt*, in: *Werke in sechs Bänden*. Bd. 6. Darmstadt 1964, S. 686.

⁴ Kant, Immanuel: *Die Metaphysik der Sitten*. Frankfurt/M. 1977, S. 340

⁵ Neumann, Franz: *Demokratischer und autoritärer Staat*. Studien zur Politischen Theorie. Frankfurt/M/Wien 1967, S. 7.

⁶ Sein Essay geht vermutlich auf den Aufsatz: Menke, Christoph: *Recht und Gewalt*. In: Grafts-Peter Callies u.a (Hg.): *Soziologische Jurisprudenz*. Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag. Berlin 2009, zurück, der wesentliche Argumente bereits skizziert.

Ausgangspunkt des Essays ist das ambivalente Verhältnis des Rechts zur Gewalt. Das Recht erscheine zum einen als „das Gegenteil von Gewalt“, zum anderen stelle es „selbst Gewalt“ (7) dar. Beide Aussagen seien dabei unaufhebbar gleichermaßen wahr, was auf den ersten Blick auch nicht verwundere. Der das Recht normativ legitimierende Diskurs verneine nicht das Mittel des Zwanges durch Gewalt, betrachte es aber als legitim, da die Gewalt keinesfalls willkürlich, sondern an die Verfahrensrationalität gebunden, exekutiert werde. Dies geschehe zudem nur dann, wenn der im Recht sedimentierte normative Konsens gebrochen werde. Gewalt diene in diesem Fall allein der „faktischen Sicherung“ (9) des Rechts, welches aber im Kern nicht auf der Gewalt, sondern seiner rationalen „Rechtfertigung“ (8) beruhe. Dies sei der Punkt, an dem sich die Legitimation des Rechts von seiner Kritik scheide: Gewalt sei dieser nicht nur eine randständige Ermöglichungsbedingung von Recht, wie es der affirmative Diskurs behauptet, sondern dessen immanente „Strukturbedingung“ (9): „Der rechtlichen Legitimation der Gewalt stellt die Kritik die Einsicht in die Gewalt der rechtlichen Legitimation gegenüber.“ (10)

Diesem paradoxen Verhältnis von Recht und Gewalt geht Menke im ersten Teil des Buches mittels des klassischen Tragödienstoffs nach, was einige seiner gelungensten und lesenswertesten Ausführungen beinhaltet. Zu Recht hebt Menke die Bedeutung der Tragödien für die Reflexion der Rechtsgenesis hervor, auch wenn eine rechtlich-politische Deutung der Geburt der Tragödie genauso zu kurz greift wie die Behauptung, dass die Tragödie das „Recht“ als neue „Gerechtigkeitsform“ habe „hervorgebracht“ (13), den Zusammenhang von Recht und Tragödie idealistisch verkehrt. Menke geht der Geschichte des „Entstehens“ und „Scheiterns“ des Rechts, „seiner Legitimation und seiner Krise und Kritik“ anhand Aischylos' *Orestie*, die den Übergang vom „Recht“ zur „Rache“ reflektiere, und Sophokles' *König Ödipus* nach, der für die Transformation des „autoritären“ in das „autonome[n]“ (14) Recht stehe.

Grundlegend hält Menke fest, dass die Gegenüberstellung von Naturzustand und Recht, eine vom Recht selbst geschaffene Fiktion zur Legitimation von gesetzlicher Gewalt ist. Die Rache ist *nicht* Natur, sondern eine paradoxe Form von (selbstzerstörerischer) Gerechtigkeit und Sozialintegration: „Das Recht [...] entsteht aus dem Einspruch gegen die Gewalt der Rache. Die Rache aber ist eine Vollzugsform der Gerechtigkeit. Die Gewalt, die das Recht überwindet, ist nicht die Gewalt, die nach philosophischer Fiktion des Naturzustandes ausmacht, sondern die Form einer ersten, früheren Ordnung der Gerechtigkeit“ (15). Diese ist dadurch gekennzeichnet, wie Menke luzide herausarbeitet, dass ihre austeilende Gleichheit die unendliche Gewalt der (Wieder-)Vergeltung generiere, deren ewiger Teufelskreis aus sich heraus weder Anfang noch Ende der Gewalt bestimmen noch setzen könne. Die Rache sei in ihrer Ausführungs- und Verlaufsform „ontologisch zweideutig“ (18) und führe in einen „unentscheidbaren Streit“ (19). Dies sei sodann der Punkt an der das Recht (in der *Orestie*) auftrete. Das Recht wolle den unendlichen Kreislauf der (Un-)Gerechtigkeit – dies ist eine Sache der unentscheidbaren Perspektive – der Rache, durchbrechen. Das Mittel hierzu sei die „Prozedur des Rechts“ (20), seine spezifische Verfahrensrationalität, welche die unentscheidbare Immanenz des Rachekreislaufs transzendiere. Das Recht wolle wie die Rache eine „Untat“ (20) sühnen. Es habe dabei keine höhere Einsicht in die Gerechtigkeit, es sei der Rache aber dadurch voraus, dass sie hinter der Unentscheidbarkeit der Rache, die Parteilichkeit der Positionen erkenne. Das Recht antworte auf die Befangenheit der Rache, daher mit einem Verfahren, dass der „Wahrheit“ mittels des „Prozesses des Untersuchens und Urteilens“ (22) auf die Spur kommen will. Hierzu bedarf es zweierlei fundamentaler Voraussetzungen: Die Anerkennung des Selbst und des Anderen als *Partei* sowie ein „unparteiliches Subjekt – einen Richter“ (22), der als urteilende Instanz von beiden Parteien akzeptiert wird. Aus diesen Positionen heraus entstehe, so Menke weiter, eine spezifische Relationalität mit „politischen Gehalt“ (25): Anerkennung der Parteien als Gleiche und Setzung des Richters in das Amt der Herrschaft: „Diese beiden Relationen machen die Politik der Prozedur aus; sie definieren das Rechtsverfahren *als* Politik.“ (25) Recht generiere mithin die *Gleichheit der ihm Unterworfenen*. Sein Resultat und seine Voraussetzung sei die „politische

Gleichheit der Bürger“ (26), die im Richter repräsentiert wird; in und durch ihn urteile die Bürgerschaft über sich selbst, die sich dem „Gesetz der Gleichheit“ (29) unterworfen habe. Das Recht exekutiert folglich die Herrschaft des Allgemeinen gegenüber dem Besonderen, das als Rechtssubjekt zu einem austauschbaren Moment des Verfahrens wird. In Menkens Worten: „der Richterspruch vollstreckt die Gleichheit zwischen den Bürgern als Herrschaft ihrer Gesamtheit über den Einzelnen.“ (30).

Die Verbindung zur Rache besteht im Recht aber nicht nur durch die Annahme fort, dass gesühnt werden müsse; auch ist sein Herrschaftscharakter nicht allein in der Unterwerfung des Besonderen unter das Allgemeine zu lokalisieren. Vielmehr setze das rationale Recht, wie Menke am Disput zwischen Athene und den Erinnyen verdeutlicht, zudem auf die Angst vor der strafenden Gewalt. Die Anerkennung des Rechts setze die „Unterwerfung unter die drohende Macht der Herrschaft, die alle über den Einzelnen ausüben“ (31), voraus. Gleichheit und Herrschaft verbinden sich im Recht zu einer furchteinflößenden Ordnung; „deshalb“, schrieb Nietzsche, „ist die Strafe nicht nur Wiedervergeltung, sondern hat ein Mehr, ein etwas von der Härte des Naturzustandes; an diesen will sie eben erinnern.“⁷ Die Gewalt des Rechts erscheine daher auch nicht qualitativ verschieden zu der der Rache, wie gerade die Todesstrafe bezeugt⁸; es erscheine bisweilen als pervertierte „maskierte Gewalt“ der „herrschenden Klasse“ (33). Doch ihre Gleichsetzung, für die es tatsächlich immer wieder empirische Evidenzen gibt⁹, verkenne den modus vivendi rechtlicher Gewalt, die weder bloß, wie die entlarvend-reduktionistische Rechtskritik behauptet, die alte Gewalt in maskierter Form, noch aber das „Andere der Gewalt“ (34) sei, wie ihre Apologeten weißmachen wollen. Die Gewalt des Rechts entspringe vielmehr „seiner Form“ (34) und erhalte durch diese ihre spezifische „Finalität“ und „Kausalität“ (35). Die Gleichheit in der „Erscheinung“ der Gewalt verschwinde, wenn sie auf ihre jeweilige „Form“ (35) bezogen werde, wie der Autor berechtigterweise klarstellt. Dieses bestehe einerseits in der formellen Verfahrensrationalität und ihrer beschriebenen (politischen) Relationalität, andererseits im beständigen Kampf gegen das „Nichtrecht“ (34). Dieses werde vom Recht als sein Anderes beständig (re-)produziert und zugleich bekämpft. Wie das Schicksal der Rache, sei das Recht an sein Anderes gebunden, welches es ewig bekämpfen müsse: „Die Sicherung der Herrschaft des Rechts gegen die Möglichkeit des Außerrechtlichen ist *in seinem Wesen*, durch und durch, Gewalt.“ (40); ein Sachverhalt, auf den der Autor noch zurückkommen wird.

Nach dem Menke diese Sachverhalte an der *Orestie* veranschaulicht hatte, wendet er sich Sophokles' *König Ödipus* zu, der die Tragödie der notwendigen „Verinnerlichung“ des Rechts versinnbildliche: „Das Recht muss das autonome Subjekt hervorbringen. Um seiner Herrschaft willen muss sich das autoritäre Recht in autonomes Recht verwandeln: in ein Recht, das, seinem Begriff nach jeder selbst auszuüben vermag.“ (41) Die Herrschaft des Gesetzes kann also nicht allein auf Angst beruhen, sondern erzwingt die Verinnerlichung des Urteilsverfahrens im Subjekt. Das Recht kennt kein Außen, auch nicht das Innere des Menschen, das es unterwerfen muss. Es generiere daher eine paradoxe entsubjektivierende „rechtsförmige Subjektivierung“ – die Verinnerlichung der Gewalt des

⁷ Nietzsche, Friedrich: *Menschliches, Allzumenschliches*, in: Kritische Studienausgabe 2, Neuausgabe 1999 München, S. 557. Vgl. auch zur Bedeutung der Strafordnungen für die gewaltsame Genesis des autonomen Subjekts Nietzsches – von Foucault weiterverfolgte – Überlegungen in seiner: *Genealogie der Moral*. Eine Streitschrift, in: Kritische Studienausgabe 5, S. 295ff.

⁸ „Ist nämlich Gewalt, schicksalhaft gekrönte Gewalt, dessen [des Rechts; d. Verf.] Ursprung, so liegt die Vermutung nicht fern, daß in der höchsten Gewalt, in der über Leben und Tod, wo sie in der Rechtsordnung auftritt, deren Ursprünge repräsentativ in das Bestehende hineinragen und in ihm sich furchtbar manifestieren.“ Benjamin, Walter: *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, Frankfurt/M 1965, S. 42f.

⁹ Man werfe nur einen Blick auf die erschreckende (rassistische) Sozial-Straf-Ordnung der USA. Vgl. Wacquant, Loic: *Bestrafen der Armen*. Zur neoliberalen Regierung der sozialen Unsicherheit, Opladen/Farmington Hills 2009.

Allgemeinen, das sich als „Selbstverurteilung“ (45) des Besonderen durchsetze. Dies sei ein ebenso auswegloser „Fluch“ (46) wie die ewige Wiederkehr der Rache; die Selbstverurteilung sei nicht weniger immanent und gnadenlos als diese (vgl. 49). Wenn auch vereinseitigend, da beide historisch zusammengehören, und in problematisch postmoderner Diktion schreibt Menke daher, dass es „nicht die Logik der Souveränität [...], sondern die der *Autonomie*“ sei, „die die Herrschaftsform des Rechts“ (46) definiere. Die Verinnerlichung des Rechts in Form pseudo-autonomer Selbstverurteilung führe „gewaltbereite Herrschaft und normative Rechtfertigung“ (46) zusammen. In dieser ambivalenten Generierung der Subjektivität bestehe die einzige „Legitimität des Rechts, die es von der Rache scheidet.“ (47) Es werde nicht mehr der Zwang eines subjektlosen Schicksal exekutiert, sondern nach eigener Einsicht geurteilt, die am Ende selbst – wie bei Ödipus – zu einem schicksalsgleichen Fluch mutiere. Die diesbezüglichen zentralen Annahmen Menkes seien an dieser Stelle – nicht zuletzt weil sie zu seiner Benjamin-Interpretation überleiten – einmal ausführlich zitiert:

„Um zu herrschen, muss das Recht nicht neben seinem Rechtfertigungsanspruch zu weiteren Zwangsmitteln greifen. Es muss vielmehr seinen Rechtfertigungsanspruch *als* Gewaltausübung verwirklichen. Es muss in seinem Anspruch, aus dessen Erfüllung es sein Urteil rechtfertigt – dem Anspruch, das eigene Urteil des Beurteilten zu sein –, die Fluchgewalt verändert, ja gesteigert wiederholen [...]. Die kratische Lehre der Erinnyen [von der Angstbasis des Rechts; d. Verf.] [...] ist erst dann ganz verwirklicht, wenn jeder zu seinem eigenen Herrn und damit zu seinem eigenen Knecht geworden ist. Deshalb erklärt das Recht, seitdem es selbst autonom wurde, die Autonomie des Subjekts zur ersten Rechtspflicht. [...]. Da dieses erste Gebot des autonomen Rechts sich aber an einen richtet, der es gar nicht verstehen kann, weil er außerhalb des Rechts steht, ist das Gebot zur Autonomie selbst kein Gebot aus Autonomie: Es ist ein Zwang – ein Imperativ der Herrschaft, ein Fluch“ (48).

Ausgehend von dieser *conclusio* nimmt sich Menke Walter Benjamins brisanten Aufsatz *Zur Kritik der Gewalt* (1921) vor, um so zur Frage nach der Möglichkeit der „Entsetzung des Rechts“ (59ff.; Zweiter Teil des Buches) fortzuschreiten. Benjamins für die postmoderne Rechtskritik zentraler Text kritisiere das Recht als „berechtigte Gewalt“ (49) nicht mehr bezüglich der „Logik von Mittel und Zweck“ (52). Er fokussiere nicht die Erscheinungsebene des Rechts: die durch Verfahren geformte Gewalt, der man ihre Berechtigung nicht an sich ansehe. Die zu kritisierende Gewalt des Rechts – Benjamin kritisiert in Tat nicht Gewalt als solche – beziehe sich nicht auf die Ausübung von Zwang durch die Gewalt als „Mittel“ (52), sondern auf die Gewalt des Rechts selbst, die nicht erst seiner Exekution durch die Staatsorgane entspringe. Nicht dass „das Recht überhaupt Gewalt als Mittel anwendet“, sei demnach für Benjamin der Skandal, sondern das die Rechtsgewalt nicht ein „bloßes Mittel bleiben kann [...], sondern zum geheimen Zweck des Rechts selbst wird.“ (53) Diesem ginge es allein um seine eigene „Selbsterhaltung“, die zur schicksalhaften Gewalt werde: „Dem Recht geht es um die bloße Macht; aber nicht die der herrschenden Klasse oder des Siegers, sondern um *seine Macht*“ (53). In der „Operationsweise“ des Rechts fielen für Benjamin „Zweck und Mittel“ (54) zusammen, indem es sich und seine Ordnung gegenüber dem vom ihm selbst produzierten Unrecht „endlos“ (55) durchsetzen müsse (vgl. auch zum notwendig einverleibenden Charakter des Rechts 88-91). Die Gewalt die Benjamin vor Augen habe sei also die beständige „Wiederholung der Rechtssetzung in der Rechtserhaltung“ (54), an deren Anfang, das macht Benjamin deutlicher als Menke, willkürliche Gewalt steht.¹⁰ Das Recht müsse ewig das von ihm generierte Außen mit Gewalt unterwerfen, um sich selbst zu inthronisieren – als solches autistisches Verfahren werde das Recht erneut zu einem mythischen Gewalt des Schicksals, das nicht aufgehoben sei, sondern nur seine Erscheinung verändert habe.

¹⁰ „Rechtssetzung ist Machtsetzung und insofern ein Akt von unmittelbarer Manifestation der Gewalt.“ Von daher sei die „mythische Manifestation der unmittelbaren Gewalt [...] im tiefsten mit aller Rechtsgewalt identisch“. Benjamin: *Zur Kritik der Gewalt*, S. 57 u. 59.

Letztere Behauptung bezweifelt Menke zu Recht mit dem Hinweis auf die Tragödien, welche die Dialektik des Fortschritts (der Gewalt und der Herrschaft) im Recht eruiert haben: Das Recht sei ihnen „Bruch mit der schicksalhaften Gewalt *und* die Wiederkehr der schicksalhaften Gewalt“ (60), indem die „Gewalt der Rache durch die Etablierung der neuen politisch-prozeduralen Urteilsform“ (61) überwunden werde, die, wie beschrieben, aber selbst in schicksalhafte Heteronomie umschlage. Man könne sich daher, so Menkes Schlussfolgerung, nicht parteiisch für oder gegen das Recht entscheiden, da das paradoxe Wesen des Rechts nicht aufhebbar sei bzw. seine Abschaffung nur zum „Rückfall“ (61) in die alte unmittelbare Gewalt führen könne. Da weder die Gewalt des Rechts mit der schicksalhaften der Rache identisch sei und man das Recht auch nicht einfach los werden könne, greift Menke Benjamins „Programm einer ‚Entsetzung‘“ (62) des Rechts auf, dem er eine eigene Wendung gibt und das er in unmissverständlicher Weise von Carl Schmitts faschistischer Suspension des Rechts abgrenzt (vgl. 63-65). Benjamins Entsetzung des Rechts sei ein „Gegenprogramm“ (63) zur Verselbstständigung der Staatsgewalt, welches die Gewalt des Rechts unterbreche, indem es sich selbst entmächte und so von seinem Fluchcharakter befreie.

Benjamins Programm, das im Original, was nicht unerwähnt bleibt (vgl. 62) sehr viel radikaler und problematischer ausfällt, wird von Menke zur „Selbstreflexion des Rechts“ (65) uminterpretiert. Die Überwindung der Rechtsgewalt lasse zwei Antworten zu: eine „regressive“, die auf die „Aufhebung der Differenz von Recht und Nichtrecht“ (66) abziele, womit auch das Politische verschwinde (vgl. 67), und eine „reflexive“ (66). Die reflexive Antwort hebe nicht die Differenz von Recht und Nichtrecht auf, sondern entfalte den „Unterschied“ bewusst, indem es eine „Vollzugsweise“ entwickle, die den Unterschied „nicht-gewaltsam“ (68) prozessieren lasse. Dies sei ein Recht, dass sich durch sein Anderes hindurch selbst reflektiere, und es somit nicht mehr unterdrücken müsse. Das Recht holt gleichsam das Nichtrecht in sich hinein, ohne es sich gleich zu machen, indem es dieses als seine selbst produzierte Bedingung erkenne: „Das selbstreflexive Recht ist paradoxal verfasst. Es enthält *in sich* sein *Anderes*.“ (69). Wie eine solche Entsetzung des Rechts genauer aussehen kann, erläutert der Autor abermals an literarischen Beispielen (Kleists *Zerbrochener Krug* und Heiner Müllers *Wolokolamsker Chaussee I*). Erscheinungen der Rechtsentsetzung durch Selbstreflexion seien etwa das Aussageverweigerungsrecht (vgl. 73-75.), durch welches sich das Recht selbst relativiere und begrenze, oder die Anerkennung mangelnder Rechtsfähigkeit (75ff.), was, wie auch Menke konstatiert, allerdings ein sehr ambivalenter ‚Rechtsschutz‘ sei.

Zusammenfassend hält er fest: 1. „Der selbstreflexive Rechtsvollzug verwirklicht das Recht des Rechts [das ist sein legitimer „Durchsetzungsanspruch“ (88) gegenüber dem Nichtrecht; d. Verf.] *und* das Recht des Nichtrechtlichen, indem es das Nichtrechtliche nicht in ein Element [...] in einem rechtlichen Verfahren verwandelt, sondern gegen seine Verrechtlichung zur Geltung bringt.“ (92) 2. „Die Entsetzung des Rechts ist weder das Ende des Rechts noch der Beginn der Gewaltlosigkeit. Sie ist die Durchbrechung der schicksalhaften Gewalt, die das Recht ausübt“ (101), indem es sich einer reflexiven „Depotenzierung“ (100) unterzieht, die das Nichtrechtliche frei setze, indem es vom Recht nicht mehr bekämpft, sondern reflektiert werde. Dies sei keine „Utopie“ einer Abschaffung des Rechts, die nur in die alte „Ungleichheit“ (100) führen könne: „die Selbstreflexion des Rechts führt in die eine Paradoxie, die kein Jenseits des Streits, der Gewalt und des Leidens verspricht, gegen die das Recht antritt und die es doch wieder in sich wiederholt. Der selbstreflexive Vollzug verspricht nur ein Recht, das von sich weiß“ (102) – ein „Recht wider Willen“ (103).

Bevor auf den letzten Punkt eingegangen werden soll, bietet es sich an, erst an dieser Stelle Menkes Exkurs über das „Dilemma der Rechte“ (80ff.) zu skizzieren, da er zum Ausgangspunkt meiner Kritik dienen wird. Das Dilemma der Rechte sei eines des „Liberalismus“ und der „bürgerliche[n] Gesellschaft“, die zum einen die republikanische Macht des totalen Rechts durch subjektive Privatrechte eindämmen, was ihr „befreiende[r] Impuls“ sei, da so Spielraum beliebigen Handelns

gelassen werde und das Individuum so nach eigenem Belieben glücklich werde könne, was zum anderen aber nur eine partielle Befreiung darstelle, die sich im „Dualismus von Staat und Gesellschaft“ (82) bewege. Dieser generiere aber durch die ihn vermittelnde Rechtsform hindurch neue Unfreiheit. Mit Verweis auf Max Weber konstatiert der Autor völlig zu Recht, dass die bürgerliche Privatrechtsordnung, gerade auch in Form des Vertrages, der doch Gewalt substituieren soll, in „gesteigerte Abhängigkeit“ (84) umschlage. Die rechtliche Freisetzung des Privaten und seiner Interessen „restituiert“ (84) das unbeherrschte Schicksal, indem es dieses in neuer Gestalt wiederauferstehen lässt: in der abermals subjektlosen Form des „ökonomisch-sozialen Zwangs“ (85) – modernes Schicksal, Schicksal der Moderne. Die Begrenzung des Rechts des Citoyen durch die Willkür des Bourgeois ist folglich mitnichten eine reflexive Form der Entsetzung des Rechts.

Ich habe Menkes Argumentation ausführlich wiedergegeben, da sie nicht nur sehr dicht und stringent ausfällt, sondern auch weil sie in vielerlei Hinsicht erhellend ist. Wenn ich bereits am Anfang bekundet habe, dass ich im Ganzen dennoch enttäuscht bin, so bezieht sich dieses Urteil weniger auf das, was gesagt wird – das auch – als auf das, was nicht gesagt wird, ja nicht einmal einer Erwähnung wert zu sein scheint: Dies ist die materialistische Tradition der Rechtskritik, der zum einen vieles, was Menke vorträgt, seit langem bekannt ist und zum anderen auch auf eine Art und Weise erklären kann, die über das Konstatieren und Entfalten von Paradoxien hinausgeht. Mein Unmut rührt nicht daher, dass ein Essay nicht diese oder jene Studie erwähnt, für die ich private Vorlieben hege, sondern basiert auf der wiederkehrenden negativen Erfahrung, dass, obwohl es wissenschaftlicher Redlichkeit widerspricht, eine ganze Tradition übergangen wird, deren thematische Relevanz – spätestens im Exkurs über das Dilemma der Rechte – evident ist; sollte man meinen, dass etwa Habermas, Luhmann, Derrida oder welcher akademischer Leitstern auch immer hierzu bereits alles nötige gesagt habe, es mithin keiner Wiederholung bedürfe, so wäre dies erschreckend (ignorant). Doch allen Gram beiseite, hier nun meine inhaltliche und methodische Kritik in Thesen.¹¹

1. Menke differenziert nicht zwischen vorkapitalistischen und kapitalistischen Formen der Vergesellschaftung, womit die Formspezifik bürgerlichen Rechts verloren geht. So gewinnbringend der Blick in die griechische Antike ist, deren gesamtes Denken von den Tragödien¹² bis zur Philosophie die Bedeutung des Rechts belegt, was einen Zusammenhang in der Entstehung von Recht und Rationalität nahelegt¹³, so wesentlich ist es aber, dass die juridisch-politische Überwindung urwüchsiger auf Blut und Rache basierender Vergemeinschaftung in der griechischen Antike nicht gleichzusetzen ist mit modernen Rechts- und Vergesellschaftungsformen¹⁴; es lassen sich allenfalls „Momente“¹⁵ derselben im klassischen Athen bezeugen.

2. Die Tragödien reflektieren in Tat diese weltgeschichtliche Transformation, die Herrschaft und Gewalt nicht abschafft, sondern in einer – wie Menke beschreibt – ambivalenten Form rationalisieren und tradieren. Sie erfassen aber nicht – wie könnten sie auch – die bürgerliche Rechtsform, ihre Verfahren und ihre soziale Spezifik. Dies beinhaltet einen zweiten Kritikpunkt: Ohne ein einziges

¹¹ Vgl. zum Folgenden ausführlich Wallat, Hendrik: Die Herrschaft des Gesetzes und ihre Suspension. Ein Beitrag zur politischen Philosophie des Rechts(staats), in: Elbe, Ingo u.a. (Hg.): Anonyme Herrschaft, i.E.

¹² Zur Erinnerung wäre auch an Aristophanes, dessen komödiantisches Genie dem attischen Rechtswesen, insbesondere der Rolle des Richters, einigen Spott gegönnt hat (vgl. *Die Wespen*).

¹³ Vgl. Reichardt, Tobias: Recht und Rationalität im frühen Griechenland, Würzburg 2003; Schmidt, Karl Winfried: Logik und Polis. Zum Verhältnis von Vernunft, Recht und Herrschaft in der griechischen Antike, Hannover Diss. 1982.

¹⁴ Vgl. Wallat, Hendrik: Herrschaft und Recht in der antiken Reflexion, unv. Ms.

¹⁵ Müller, Rudolf Wolfgang: Momente des bürgerlichen Staates in der griechischen Polis, in: Probleme des Klassenkampfes 1975 17/18.

Gesetzbuch oder eine Strafordnung überhaupt auch nur zu erwähnen, ein Buch über das Recht zu schreiben, ist gelinde gesagt verwegen: nichts gegen unkonventionelle Quellen, erst recht kein Einspruch gegenüber der Bedeutung der klassischen Tragödien, sich aber über das Recht allein aus literarischen (oder spekulativen) Quellen (wie bei Benjamin) zu informieren, kann den Verdacht von postmoderner Spielerei und/oder geisteswissenschaftlicher Ignoranz nicht von sich weisen.

3. Recht ist eine *rationalisierte* Form und Praxis von Herrschaft und Gewalt. Das macht seinen ambivalenten, von Franz Neumann besonders prägnant herausgearbeiteten, Charakter aus. Recht ist eine typische Gestalt der Dialektik des Fortschritts der Herrschaft. Sie ein Ausdruck derselben, der sie zugleich effektiv verschleiert *und* (der Möglichkeit nach) fesselt. Recht sichert Herrschaft und ist doch die Bedingung eines Minimums individueller Freiheit: „Gerade dieser Doppelcharakter der Rechtsform, dass sie zum einen ein strukturelles Hindernis gesellschaftlicher Emanzipation darstellt, zum anderen jedoch zumindest einen Aufschub, wenn nicht gar einen Schutz vor unmittelbarer Gewalt darstellt, macht ihre Komplexität aus, die nicht zu einer Seite hin theoretisch aufgelöst werden kann.“¹⁶ Dies ist jedoch nicht eine transepochale Paradoxie des Rechts, die sich schon in den griechischen Tragödien artikuliert, sondern verlangt nach einer historischen Konkretisierung: Die moderne Rechtsform und -subjektivität ist zum einen eine Erscheinung kapitalistischer Vergesellschaftung und zum anderen nicht irgendeine mythisch-waltende Gewalt, sondern eine soziale Form, hinter der die *Staatsgewalt* notwendig und zwingend steht. Das Recht ist „doppelt an Herrschaft gebunden – 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.“¹⁷ Weder Staat noch Kapital als Voraussetzung des Rechts als einem Vermittlungsmedium abstrakter wie antagonistischer Wertvergesellschaftung werden von Menke aber auch nur erwähnt.

4. Die Exekution des Rechts gehört, wie wir spätestens seit Kant wissen, zu seinem Wesen: kein Gesetz ohne (drohenden) Zwang. Dieser muss aber durchgesetzt werden, was die Aufgabe der Staatsgewalt ist. Diese ist allerdings auch in ihrer rechtstaatlichen Verfassung – auch dies lässt Menke unerwähnt – unaufhebbar *irreflexiv*: Am Anfang und Ende der Rechtsordnung steht die superlegale Staatsgewalt, die den *regressus ad infinitum* der Rechtsbindung stillstellt.¹⁸ Die Staatsgewalt ist die letzte Instanz, die das Verhältnis der Gesellschaft zum Staat bestimmen muss. Zwischen ihnen kann kein Rechtsverhältnis bestehen, da dieses eine über *Staat und Gesellschaft* stehende Instanz der Rechtsetzung, -sprechung und -durchsetzung voraussetzen würde. *Man kann nicht vom Recht sprechen und vom Staat und seiner Gewalt schweigen.*

5. Das Recht ist eine zentrale soziale Vermittlungsform abstrakter kapitalistischer Herrschaft: *Erstens* ist seine moderne bürgerliche *Form* und sein freies und gleiches *Subjekt* ohne grundlegende Mechanismen kapitalistischer Vergesellschaftung nicht zu verstehen. Recht ist fraglos älter als der Kapitalismus. Die Herrschaft des Gesetzes, seine abstrakte Formalität und seine Subjektivierungsweisen sind aber erst modernen Ursprungs und stehen in unmittelbarer Verbindung zu den ökonomischen Formen der Vergesellschaftung durch das Kapital, wie als erster, in wie auch

¹⁶ Buckel, Sonja: Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, Weilerswist 2007, S. 314. Zur Ambivalenz des Rechts (in der marxistischen Debatte) vgl. jetzt auch Fisahn, Andreas: Paschukanis versus Bloch – Sozialutopie und Rechtsform, in: Prokla. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaften 2011/165.

¹⁷ Paulenz, Simon: Totalität, Recht und Rechtlosigkeit. Eine Auseinandersetzung mit den ‚Critical Legal Studies‘ und der ‚Rechtsableitungsdebatte‘ zu Fragen der Abschaffung des Rechts, Frankfurt/M Diss. 2008, S. 168.

¹⁸ Vgl. die wichtige Studie von Tuschling, Burkhard: Rechtsform und Produktionsverhältnisse. Zur materialistischen Theorie des Rechtsstaates, Frankfurt/M 1976, bes. S. 77ff.

immer problematischer Weise, Eugen Paschukanis in den frühen 1920er dargelegt hat.¹⁹ *Zweitens* ist der *Inhalt* des modernen Rechts in einem solchen Umfang vom bürgerlichen Eigentum bestimmt, das einem schwindelig werden kann. Der Rechtsgelehrte und ehemalige Bundesverfassungsrichter E.-W. Böckenförde spricht Tacheles bezüglich dessen, was der Zweck der Rechtsordnung ist: „Das Prinzip der rechtlich freien, gleichen, kapitalbildenden Persönlichkeit“, das den „klassenmäßigen Antagonismus und damit die neue, soziale Unfreiheit auf dem Boden der Rechtsgleichheit“²⁰ formiert. Ein Gutteil dessen, was als Kriminalität gilt, entspringt diesem Prinzip und seiner bürgerlich-kapitalistischen Eigentumsordnung, die das Recht sichert und sanktioniert. Was als Unrecht erscheint, leitet sich zu einem Großteil aus der Ordnung des Privateigentums her. Dieser und ihr Staat produzieren durch die zerstörerische Konkurrenz- und Eigentumsordnung überhaupt erst mannigfaltige Delikte, auf die sich das Recht als sein Anderes dann bezieht. Die Produktion des Nichtrechts durch das Recht ist entsprechend zu spezifizieren. Ihnen liegen die gesellschaftlichen Widersprüche der Produktions- und Eigentumsordnung zugrunde, die Gesetzesform annehmen, um vom Rechtssystem traktier- und prozessierbar gemacht zu werden. Ein Blick in die Gesetzesbücher und die Rechtspraxis lehrt, dass vor Gericht nicht ein individueller Täter, der ein anderes Rechtssubjekt geschädigt hat, angeklagt wird, sondern die Tat und die Schädigung selbst: Was wiederhergestellt wird ist nicht eine ausgleichende Gerechtigkeit, sondern die Bedingungslosigkeit der Rechtsordnung, die, durchaus *nicht* Selbstzweck, eine der kapitalistischen Eigentums- und Ausbeutungsordnung ist. *Drittens* ist auch die *Funktionsweise* des modernen Rechts eine der abstrakten Herrschaft des Kapitals adäquate. Im Recht, wie Menke mit Max Weber (vgl. 83f.) betont²¹, formiert und reproduziert sich Herrschaft, wie in der ökonomisch basalen Ausbeutung mittels freiem und gewaltlosem Äquivalententausch, durch die Form abstrakter Freiheit und Gleichheit hindurch.²² Das Recht produziert nicht an sich irgendeine Subjektivierung, die, in der Antike wie in der Moderne, zu einem autonomen Fluch mutiert, sondern ein kapitalistisches Pseudosubjekt, das zum kommensurablen Objekt einer herrschenden (Un-)Ordnung wird. Diese ambivalente Subjektivierung durch das Recht²³ schafft fraglos individuelle Freiheitsperspektiven, deren Bewegungsformen und Reichweite sich aber in den Mauern der Herrschaft bewegen müssen. Jeglicher Herrschaft liegt aber immer willkürliche Gewalt zugrunde, die sie, zusammen mit dem ‚Glauben‘ (M. Weber) an ihre Rechtmäßigkeit und Notwendigkeit, historisch inthronisierte und bis heute verteidigt. Das gilt auch für die ihr entsprechende Eigentums- und Ausbeutungsordnung, über die sich die verschiedenen Herrschaftsformen reproduzieren²⁴ – das Recht ist zentraler Ausdruck

¹⁹ Vgl. Paschukanis, Eugen: Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe, Freiburg 2003. Den bleibenden Gehalt von Paschukanis Analyse hat zusammengefasst Elbe, Ingo: Marx im Westen. Die neue Marx-Lektüre in der Bundesrepublik seit 1965, Berlin 2008, S. 378ff.

²⁰ Böckenförde, Ernst-Wolfgang: Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte, Frankfurt/M 1991, S. 158f.

²¹ Vgl. Webers deutliches Wort bezüglich der Ambivalenz des zentralen Rechtsinstituts des freien Vertrags, das eine ganze Menge Heteronomie (re-)produziert: Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie, 5. Aufl. Tübingen 1980, 439f.

²² Vgl. bes. MEW 42, S. 166-174. Vgl. zum Herrschaftscharakter der staatsbürgerlichen Freiheit und Gleichheit auch die juristisch scharfsinnige, politisch aber problematische Studie von Krölls, Albert: Das Grundgesetz – ein Grund zum Feiern? Eine Streitschrift gegen den Verfassungspatriotismus, S. 14ff.

²³ Vgl. Buckel: Subjektivierung und Kohäsion, S. 217ff., die die Wirkung des Rechts als zugleich individualisierend, homogenisierend und hierarchisierend beschreibt; die Rechtsform und ihr Subjekt macht gesellschaftliche Herrschaftsverhältnisse und ihre Widersprüche prozessierbar – und zwar in einer sie reproduzierenden Form.

²⁴ „Im Verlauf der Geschichte versuchen die Eroberer vermittle der von ihnen selbst erlassenen Gesetze, ihrem ursprünglich der Gewalt entstammenden Besitzrecht eine gewisse gesellschaftliche Bestätigung zu geben. Zum Schluß kommt der Philosoph und erklärt, diese Gesetze besäßen die allgemeine Zustimmung der Gesellschaft.“ (MEW 18, 59).

ihrer bürgerlich-kapitalistischen Form; auch die Weisheit der griechischen Tragödie, die von der Gewalt der Herrschaft eine Menge zu berichten weiß, reicht nicht hin, um all das zu erfassen.

6. Die postmoderne Vorliebe für Paradoxien vernebelt die skizzierten Zusammenhänge, die sich auch in ihrer unbestreitbaren Komplexität und Ambivalenz sozialtheoretisch (deskriptiv) aufklären und philosophisch (normativ) kritisieren lassen. Die Ambivalenz des Rechts ist so paradox nun auch wieder nicht, dass sie nicht ent-wickelt werden könnte. Das Changieren des Rechts zwischen Herrschaft und Emanzipation, welches in Tat nur zuungunsten letzterer abstrakt zu negieren ist, verweist auf reale gesellschaftliche Widersprüche, die zudem historisch spezifisch sind. Beides lässt sich nicht anhand literarischer Beispiele darstellen, zumal wenn diese weit vor die bürgerliche Gesellschaft datieren. Dann kann man wirklich nur noch transepocheale Paradoxien konstatieren, die sich einer sozialtheoretisch informierten Rechtskritik aber als dialektisch entfaltbare „strikte Antinomien“²⁵ erweisen, deren Realgrund sich als eine bestimmte Form menschlicher Vergesellschaftung und Herrschaft offenbart.

7. Menkes Rechtskritik in Form der Entsetzung des Rechts qua Selbstreflexion bleibt merkwürdig blass. Er konstatiert ja selbst gegenüber der liberalen Rechtstheorie (vgl. 86f.), dass die Reflexivität dem entwickelten Recht eingeschrieben ist. Sie zu fordern, ist somit aber nicht mehr Kritik des Rechts, sondern dessen gedankliche Reproduktion und einseitige Affirmation. Die Selbstreflexion führt also nicht über das Recht hinaus, sondern liegt ihm in seiner entwickelten Gestalt zugrunde; von einer *Entsetzung* des Rechts, das „mit sich selbst“ gar „Krieg“ (101) führe, kann keine Rede sein, wohl aber von einer reflektierten *Durchsetzung*. Und überhaupt: Natürlich ist es richtig, das Recht gegen eine regressive Kritik zu verteidigen. Seine „Transzendierung“ (100) aber zwingend mit dem Rückfall in unmittelbare Herrschafts- und Gewaltverhältnisse gleichzusetzen, geht nicht an. Sicherlich ist es unstrittig, dass die radikale Überwindung der herrschenden Rechts-, Staats- und Eigentumsordnung nicht auf dem Programm steht. Der daraus gezogene Schluss auf die Halbierung der begrifflichen Kritik auf Paradoxien, bewegt sich allerdings in den „Grenzen des polizeilich Erlaubten und logisch Unerlaubten.“²⁶ Klar ist man auf der sicheren Seite, wenn man den Leuten nicht das baldige Ende der Gewalt verspricht und auf die Gefahren der Zerstörung des Rechts hinweist; das 20. Jahrhundert spricht hier für bzw. gegen sich. Das Fortwalten „irrationaler Rationalität“²⁷, die in der Rechtsform erscheint, wird man aber nicht schon dadurch los, dass man mit ihr, wie gelehrt und intelligent auch immer, reflexiv kokettiert. Der Maßstab der Kritik kann sich nicht nach ihren praktischen Erfolgsaussichten richten. So wenig es eine light Version der Vernunft geben kann, so wenig werden die fortexistierenden Herrschafts- und Gewaltverhältnisse dadurch vernünftiger oder akzeptabler, weil sie sich ihrer Abschaffung bis auf weiteres sperren.

„[J]enseits des Rechts herrscht die Ungleichheit“ (100), postuliert Menke apodiktisch. Diese Behauptung kann man auch gegen den Strich lesen, so dass sich die Emanzipation jenseits der identitären bürgerlichen Ideale von Freiheit und Gleichheit utopisch positioniert, indem sie den Horizont des Rechts sprengt: Das abstrakte Gleichheits-Recht ist „*ein Recht der Ungleichheit, seinem Inhalt nach, wie alles Recht*. Das Recht kann seiner Natur nach nur in Anwendung von gleichem Maßstab bestehen; aber die ungleichen Individuen (und sie wären nicht verschiedene Individuen, wenn sie nicht ungleiche wären) sind nur an gleichem Maßstab meßbar, soweit man sie unter einen

²⁵ Dies hat Jürgen Ritsert in unzähligen Publikationen herausgearbeitet. Vgl. z.B. Ritsert, Jürgen: *Dialektische Argumentationsfiguren in Philosophie und Soziologie. Hegels Logik und die Sozialwissenschaften*, Münster 2008 (bod).

²⁶ MEW 19, S. 29.

²⁷ Adorno, Theodor W.: *Negative Dialektik*, in: *Gesammelte Schriften* 6, Frankfurt/M 1997, S. 304. . „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 anführbaren Satzung“ (S. 303).

gleichen Gesichtspunkt bringt [...]. Um alle diese Mißstände zu vermeiden, müßte das Recht, statt gleich, vielmehr ungleich sein.“ Erst wenn die abstrakte Gleichheit in universelle Freiheit aufgehoben ist, gilt: „Jeder nach seinen Fähigkeiten, jedem nach seinem Bedürfnissen!“²⁸ Es soll hier daher am Ende, durchaus im Angesicht völliger Hoffnungslosigkeit, an dem Programm einer Emanzipation vom Recht und seiner ambivalenten Gleichheit festgehalten werden, wie es jüngst Gerhard Scheit adäquat formuliert hat: „Emanzipation vom Staat“ ist „nicht mehr *tel quel* als Abschaffung des Rechts zu begreifen, sondern als Versuch, es so unnötig zu machen, wie Vorräte horten in einer Überflußgesellschaft: unter der Bedingung nämlich, daß nicht unmittelbare Gewalt und Zwang an seine Stelle gesetzt werden. Denn kann beim Recht von einem Glücksversprechen die Rede sein [...] bedeutet es zuallererst, daß der Leib, in welche Konflikte der Einzelne auch geraten mag, unter keinen Umständen verletzt werden soll.“²⁹

Hendrik Wallat

²⁸ MEW 19, S. 21.

²⁹ Scheit, Gerhard: Qualbarer Leib. Kritik der Gesellschaft nach Adorno, Freiburg 2011, S. 33f. „Die Negation des Rechts für Emanzipation muss folglich bestimmte Negation sein. 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. [...] Die bestimmte Negation bedeutet damit selbstredend zugleich möglichst weitgehende Liquidierung gegenemanzipatorischer Potentiale.“ Paulenz: Totalität, Recht und Rechtlosigkeit, S. 161.