

Postmoderne Rechtstheorie als kritische Theorie*

Von Andreas Fischer-Lescano (Bremen)

*Understanding the relationship of law and violence is one of the most important tasks for a postmodern critical legal theory. In his recent book *Recht und Gewalt* Christoph Menke explores the thesis that violence is not to be thought of as an external quality of law but as an essential part of its constitution. While his concise analysis reveals the fundamental conflict of autonomy and societal responsivity of law, I suggest, that we have to radicalize his concept in three ways. First, we need to reconsider Menkes belief that law requires a polity (I). Second, I will argue that reflexivity of law needs to be conceived of as a process of fundamental democratization of law (II). Third, I propose that we not only need to depotentiate the law, as Menke does, but we have to transcend the law (III). For only transcending the law enables us to appeal to the utopian notion of a justice to come.*

Schlagworte: Kritische Theorie, Systemtheorie, Rechtskritik, Recht und Gewalt, Gerechtigkeit

In der ersten Generation kritischer Theorie hatten Reflexionen über das Recht nur eine randständige Bedeutung, obwohl in der Gründungsphase des Frankfurter Instituts für Sozialforschung mit Henryk Grossmann, Carl Grünberg und Karl Korsch kritische Juristen durchaus eine Rolle spielten. Rechtswissenschaftler wie Wolfgang Abendroth, Otto Kirchheimer und Franz L. Neumann gehörten aber zu keinem Zeitpunkt zum inneren Kern des Instituts und die zentralen Autoren der kritischen Theorie widmeten – abgesehen von der Dissertation Erich Fromms (Fromm 1922) – der Analyse der Rechtsform keine besondere Aufmerksamkeit. Schon in der zweiten Generation kritischer Theorie ist das anders. Maßgeblich Jürgen Habermas und Ingeborg Maus richten ihre sozialtheoretischen Analysen auch auf das Recht aus (Eberl/Niesen 2009). In der dritten Generation kritischer Theorie Frankfurter Schule ist die Rechtstheorie nunmehr auch außerhalb des juristischen Fachbereichs zu einem zentralen Forschungsfeld avanciert.

Seinen Ausdruck findet das in Axel Honneths Hegelianischer Rechtsphilosophie (Honneth 2011), Rainer Forsts maßgeblich durch den Liberalismus à la John Rawls geprägtem Rechtfertigungstheorem (Forst 2011), Hauke Brunkhorsts Komposition aus System- und Diskurstheorien des Rechts (Brunkhorst 2002) und Sonja Buckels materialistisch inspirierter Rechtstheorie (Buckel 2007). Während diese Ansätze jeweils unterschiedliche Denkströmungen aus dem Erfahrungsschatz kritischer Theorie aufnehmen, die von Hegel zu Marx sowie von Kant zu Rawls reichen, zeichnen sich die Arbeiten Christoph Menkes zum Recht durch einen explizit postmodernen Zugang aus und integrieren über die Auseinandersetzung mit Walter Benjamins „Kritik der Gewalt“ (Benjamin 1921; vgl. Derrida 1999; Butler 2007; Vismann 2005) dekonstruktive und systemtheoretische Analysen des Rechts in das Denken der Frankfurter Schule (Menke 2011; 2004; 1994).

* Zugleich eine Besprechung von Menke 2011; Teile des Textes habe ich im Februar 2012 anlässlich einer Buchpräsentation in Berlin mit Christoph Menke diskutiert.

Jürgen Habermas hat zu diesem Projekt bemerkt, dass Christoph Menke zwar „eine interessante, eigenständige postmoderne Lesart des Liberalismus“ vorgelegt habe, der Dekonstruktion der Gerechtigkeit aber „eine antiutopische Wendung“ gebe (Habermas 2003, 371). Doch diese Kritik an Menkes postmoderner Rechtstheorie¹ geht fehl. Das kommt insbesondere in seiner jüngsten Schrift „Recht und Gewalt“ zum Ausdruck. Hier expliziert Menke eine Vorstellung einer Utopie des Rechts, die er „nicht in der Transzendierung des Rechts, sondern in seiner Depotenzenzierung“ verortet (Menke 2011, 100). Darin, dass sich das Recht in seinem Verhältnis zum Nichtrecht reflektiert „und sich als rechtlos anerkennt“, sieht Christoph Menke die Utopie für ein Recht, „das von sich weiß“ (Menke 2011, 102 f.).

Christoph Menke buchstabiert in „Recht und Gewalt“ den Grundgedanken postmoderner Rechtstheorie aus, dass es im Recht nicht gewaltfrei zugeht (Cover 1986; Christensen u.a. 2001). Anders als kantisch geprägte Rechtstheorien geht er davon aus, dass die Ausdifferenzierung des Rechts nicht zu der gewaltfreien Einheit von Volkssouveränität und Menschenrechten, von Autor_innen und Adressat_innen des Rechts führt. Der Realisierung des rechtspazifistischen Ideals gewaltfreier gesellschaftlicher Verhältnisse stehe eine ausdifferenzierte Rechtsform im Weg, die der gesellschaftlichen Umwelt selbst Gewalt antut. Während die Rechtsphilosophie der Moderne mit Kant der gesellschaftlichen und politischen Gewalt durch die Fassung der (staatlichen) Politik als „ausübende Rechtslehre“ Herr zu werden suchte (Kant 1795, 202), identifiziert die postmoderne Rechtstheorie im Zentrum des Rechts gerade das Phänomen, das die kantische Rechtstradition mit allen Rechtsmitteln zu pazifizieren trachtet: Die Setzung des Rechts ist eine „grund-lose Gewalt(tat)“ (Derrida 1991, 29). Die Gewalt gehört, wie Christoph Menke formuliert, „nicht nur zur Erscheinung, sondern zum Wesen des Rechts“ (Menke 2011, 38).

Menkes analytisch präzise Untersuchung lenkt den Blick auf die fundamentalen Paradoxien des Rechts, auf den Prozess rechtlichen Entscheidens des Unentscheidbaren² und auf die ambivalente Ausgangssituation, dass die Gerechtigkeit sich nicht automatisch durch eine mathematische Subsumtion legitim gesetzter Normen herstellen lässt, sondern im Kampf ums Recht im Recht als Zustand gerechter Ordnung nie erreichbar, immer nur Gerechtigkeit „im Kommen“ (Derrida 1991, 56) ist.

Menkes Kritik stellt der „rechtlichen Legitimation der Gewalt [...] die Einsicht in die Gewalt der rechtlichen Legitimation gegenüber“ (Menke 2011, 10). Die Autonomisierung des Rechts konzipiert Menke als einen Prozess der Expropriation. Eine durch die politische Gemeinschaft mediatisierte und rechtlich prozeduralisierte Konfliktbearbeitung löst die unmittelbare gesellschaftliche Gewaltbearbeitung durch die Konfliktbeteiligten selbst ab (Teubner u.a. 2000). Erst dieser Prozess konstituiert die Rechtssubjektivität. Das daraus resultierende Problem, die Entscheidungen des autonomen Rechts gesellschaftlich responsiv zu gestalten, sucht Menke mit Walter Benjamins Konzeption der Entsetzung des Rechts fruchtbar zu machen. Recht müsse reflexives Recht sein. Die so verstandene Selbstreflexion des Rechts führe „in 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 das von sich weiß“ (Menke 2011, 102).

¹ Zu den Kernelementen postmoderner Rechtstheorie, insbesondere der Paradoxie und der Selbstreflexivität siehe Ladeur 1995.

² "Only those questions that are in principle undecidable, we can decide" (Foerster 1992, 14).

Diese avancierte dekonstruktive Aufklärung des Rechts arbeitet den Kern des Spannungsverhältnisses von Autonomie und Gesellschaftsresponsivität des Rechts pointiert heraus. Sowohl hinsichtlich der Analyse der folgenreichen Autonomsetzung des Rechts und der juridischen Dezisionsprozesse als auch der Entwicklung des normativen Programms bietet Menkes Entwurf aber ungenutzte Radikalisierungspotenziale. Zu Menkes zentralen Thesen, ich konzentriere mich auf drei, möchte ich im Folgenden daher je eine Radikalisierung formulieren:

- I. *These (Menke)*: Das autonome Recht löst die racheorientierte, unmittelbare Konfliktaustragung durch die Parteien ab und realisiert die Herrschaft der politischen Gemeinschaft über die parteilichen Einzelnen.
Radikalisierung: Das autonome Recht ist in Setzung und Erhaltung nicht an die politische Gemeinschaft gebunden, sondern entsteht in koevolutiven Prozessen des Rechts mit seiner gesellschaftlichen Umwelt als weltgesellschaftliches Recht.
- II. *These (Menke)*: Rechtsentscheider müssen die paradoxe Grundkonstellation und das Verhältnis des Rechts zum Nichtrecht in ihren rechtlichen Entscheidungen berücksichtigen, um einen selbstreflexiven Vollzug des entsetzten Rechts zu realisieren.
Radikalisierung: Das Recht ist mehr als die Summe rechtlicher Entscheidungen, weshalb die Selbstreflexivität und die Entsetzung des Rechts in der prozeduralen Verknüpfung von Dezision und Diskussion als Demokratisierung der Rechtsform realisiert werden muss.
- III. *These (Menke)*: Die Selbstreflexion des Rechts führt zu einer Utopie, die nicht in der Transzendierung, sondern in der Depotenzierung des Rechts besteht.
Radikalisierung: Nur in der Transzendierung des Rechts kann die Utopie der Gerechtigkeit im Kommen gedacht werden.

I.

Die Autonomsetzung des Rechts beschreibt Menke unter Rekurs auf die Tragödien der Orestie und König Ödipus als einen evolutionären Prozess, in dem die Ausbildung des Rechts an die politische Gemeinschaft der Bürgerinnen und Bürger geknüpft wird. Diese Verknüpfung ist nicht selbstevident. Gerade im Hinblick auf die Dynamiken der Rechtsentwicklung in der transnationalen Konstellation fragt sich, wie plausibel eine solche Verknüpfung für das „Recht in globaler Unordnung“ (Denninger 2005) noch ist.

Die Bindung von Rechts- und Verfassungsprozessen an politische Gemeinschaften war in der Epoche westfälischer Staatlichkeit eine plausible Konzeption. Recht außerhalb der staatlichen Gemeinschaften war kaum denkbar (Berman 1991, 50). Hannah Arendts Kritik an den Aporien der Menschenrechte, die Menke an anderer Stelle aufgegriffen hat (Menke 2008), insistierte, dass die Deklaration universeller Rechte ohne politische Organisation präpolitisch und präjuristisch bleibe. Arendts „Recht, Rechte zu haben“ ist denn auch in erster Linie als „Recht, einer politisch organisierten Gemeinschaft zuzugehören“ gedacht (Arendt 1949, 760). Das Leitmotiv dieser Konzeption ist, dass durch die Verleihung von Rechten der Zugehörigkeit zu politischen Gemeinwesen die Exklusion aus dem Recht verhindert werden kann. Staatenlosen und Flüchtlingen, die aus diesem Schutzraster fallen, kann durch eine Inklusion in staatliche Berechtigungssystematiken effektiver Schutz gewährt werden.

Diese regelmäßig schutzorientierten Gemeinschaftlichkeitskonzepte und ihre enge Verknüpfung von Gemeinschaft und Recht führen aber nicht selten zur Annahme einer folgenreichen Unitarisierung eben jener Gemeinschaft. Diese findet sich auch bei Christoph Menke: „Im rechtlichen Richten vollstreckt sich die Herrschaft der politischen Einheit über die parteilichen Einzelnen“ (Menke 2011, 30), schreibt er und bindet das Recht konstitutiv an „die“ politische Gemeinschaft: „Es gibt kein Recht außerhalb des politischen Gemeinwesens“; die Gerechtigkeit des Rechts könne es „nur in einer Gemeinschaft von gleichen Bürgern“ geben (Menke 2011, 26). Beide Engführungen – Einheitsdenken und Monopolsetzung des Rechts des politischen Gemeinwesens – sind problematisch. Zum einen tendieren diese Konzepte zu einer Ausblendung von Ungleichheitsmustern, Widerständigkeiten innerhalb von Machtkonfigurationen (Lorey 2011, 293), intersektionalen Diskriminierungs- und polyzentrischen Exklusionslinien, sowie ungleichen Ressourcenverteilungen (Loick 2012, 252). Claude Lefort substituiert daher gemeinschaftliche Homogenität durch gesellschaftliche Konfliktizität und dekonstruiert Konzepte politischer Gemeinschaft:

„Es zeigt sich, dass das Konzept des „Volkes“ einen Gegensatz verdeckt. Oder, um es anders zu sagen, im Inneren des Volkes, der vermeintlichen Gemeinschaftlichkeit [...] findet man die Masse der Ohnmächtigen – „Volk“ in einem Sinn, der sich der fiktiven Einheit entzieht, die ihm die politische Sprache auferlegt.“³

Es ist kein Zufall, dass die Theorieangebote der Gemeinschaftlichkeit schon über den Bezugspunkt der vorgeblichen Gemeinschaftlichkeit der jeweiligen Entitäten keinen Konsens herstellen können. Ist der Kantischen Demokratietheorie die jurisgenerative Gemeinschaft regelmäßig „Rechtsgemeinschaft“ als Einheit von Adressat_innen und Autor_innen des Rechts,⁴ denken politische Gemeinschaftsentwürfe regelmäßig von der politischen Einheit her. Substantiell aufgeladen führen diese Konzepte zur Statuierung von Homogenitätsanforderungen und zu Exklusionslagen.⁵ So geartete Bindungen des Rechts an homogene Gemeinschaftlichkeit sind der Ausgangspunkt von Konzeptionen, die in postmodernem Gewand zwar anerkennen, dass es Schicksalsgemeinschaften im ontologischen Sinn nicht gibt, die aber den Narrativen einer Schicksalsgemeinschaftlichkeit, homogener Werte und Kulturen eine zentrale Funktion bei der Herstellung politischer Kollektivität und der Rechtsetzung zuerkennen. Weil im Raum jenseits des Staates die Voraussetzungen der Homogenität nicht gegeben seien, soll es der Europäischen Union an der Verfassungsfähigkeit mangeln und wird gegen die Idee internationalen Verfassungsrechts, die Jürgen Habermas vertritt (Habermas 2005), eingewandt, dass sie *a priori* zum Scheitern verurteilt sei. Im staaterotischen Gemeinschaftsexzess soll nur der Staat „das erotische Liebesprojekt“ darstellen (Haltern 2003, 141), in dem bürgerliche Opferbereitschaft und Rechtsgenossenschaft gedeihen könnten.

³ "(...) il s'avère que le concept du "peuple" recouvre une opposition. Ou, pour le dire autrement, à l'intérieur du peuple, communauté apparente à laquelle l'Etat assigne son identité, se découvre la masse des sans-pouvoirs – "peuple" au sens précis qui le soustrait à l'unité fictive que le langage politique lui impose" (Lefort 1986, 382, Übersetzung durch Verf.).

⁴ Siehe die Beiträge in Maus 2012; für den Kontext der europäischen „Rechtsgemeinschaft“ siehe Mayer 2005.

⁵ Kritik an der Homogenität McCall 2005, 1777; umfassende Kritik an rechtlichen Homogenitätsanforderungen bei Hanschmann 2008, 41; zum Versuch, das Homogenitätsprinzip als sozialstaatlichen Gestaltungsauftrag progressiv zu wenden: Heller (1928) und Ridder 1960, 9.

Solcher Gemeinschaftsabusus ist Christoph Menke fremd. Anders als bei Carl Schmitt folgt bei ihm auch nicht das Recht einer vorgegebenen Schicksalsgemeinschaft, die sich als politisches Subjekt ein Recht gibt. Christoph Menke konzipiert dies gegenläufig: Das Recht konstituiert politische Gemeinwesen. Die Bindung der Rechtskreation an ein Gemeinwesen stellt sich bei Christoph Menke als Konsequenz eines postmodernen Liberalismus dar, der durch eine selbstreflexive Politik der Gleichheit gekennzeichnet ist: „Demnach gehört zum Begriff einer Politik der Gleichheit die Berücksichtigung der Leiden der einzelnen, die eine jede Ordnung der Gleichheit durch ihre Operationen der Abgrenzung und ihre Effekte der Begrenzung hervorbringt“ (Menke 2004, 268). Das denkt das Gemeinwesen inklusive der Exklusion und reflektiert den emanzipatorischen Gewinn, den die Zuerkennung subjektiver Rechte als formal freie Gleichheitsrechte der Rechtssubjekte zur Folge hat. Christoph Menke belässt es aber nicht dabei, den *homo iuridicus* in Form des Rechtssubjektes als Charaktermaske, als Personifikation der juristischen Verhältnisse, zu konzipieren, in der die Gleichheit als Rechtsgleichheit abstrakter Rechtssubjekte vom Recht vorausgesetzt werden muss, weil schon die Kontingenzformel der Gerechtigkeit das Recht auf Gleichheit verpflichtet. Er bindet vielmehr die Rechtsgleichheit an ein rechtliches Äußeres: die politische Gemeinschaft. Während Paschukanis das Rechtssubjekt strukturanalog zum *homo oeconomicus* bei Marx in der Konsequenz einer ausdifferenzierten Rechtsform (bei Marx die Warenform [Marx 1867, 99f.]) als Abstraktion des wirtschaftlichen Tauschaktes versteht,⁶ verknüpft Menke das Rechtssubjekt mit dem Subjekt der politischen Gemeinschaft: Rechtsgleichheit und die politische Gleichheit der Bürger sollen sich gegenseitig bedingen.

Die Bindung des Rechts an die politische Gleichheit der Bürger_innen ist mit der Realität gesellschaftlicher Rechtskreation aber nur schwer zusammen zu bringen. Bürger zu sein, Teil eines Gemeinwesens zu sein, ist in Menkes Konzeption entweder eine rein formale Bestimmung. Dann wäre jede Vertragsbeziehung notwendig zugleich Perpetuierung einer politischen Einheit. Verträge zwischen Privatpersonen oder zwischen transnationalen Unternehmen oder zwischen transnationalen Unternehmen und Staaten müssten jeweils an ein politisches Gemeinwesen gebunden sein. Will man maßgebliche Rechtsprobleme der Weltgesellschaft in dieser Konzeption nicht aus dem Blick verlieren, müsste man die Anforderungen an „Einheit“, „Gemeinwesen“ und „politische Rechtsetzung“ in der theoretischen Konzeption aber soweit absenken, dass jede Form der gesellschaftlichen Rechtsetzung an ein politisches Gemeinwesen gebunden bleibt. Dann würden „Einheit“ und „politische Gemeinschaft“ zu ubiquitären Begriffen, die auch auf ausdifferenzierte Schiedsgerichtsbarkeiten in einer ‚Wirtschaftsgemeinschaft transnationaler Unternehmen‘⁷ zur Anwendung kämen.

Geht die Bindung von Recht an Bürgerschaft aber über eine formale Bindung hinaus, fügt man also doch substantielle Kriterien politischer Organisiertheit hinzu, ist dies zwar vor dem Hintergrund der westfälischen Ordnung plausibel. Diese Gestalt des Lebens ist aber grau geworden. Das Recht der Weltgesellschaft ist polyzentriert. Die Rechtsphilosophie hätte auf drängende Fragen des globalen Rechtspluralismus dann keine Antworten mehr zu bieten. Für die Eule der Minerva mag das eine artgerechte Haltung sein. Aber eine Rechtsphilosophie, die den Kontakt zu den rechtspolitischen Problemen der Weltgesellschaft nicht verlieren möchte, sollte die Anbindung des Rechts

⁶ „In Wirklichkeit wird die Kategorie des Rechtssubjekts selbstverständlich aus dem auf dem Marke vor sich gehenden Tauschakt abstrahiert“ (Paschukanis 1924, 95).

⁷ Siehe aber P. Berman (2007, 1162), der den Gemeinschaftsbegriff auch auf die *lex mercatoria* anwenden möchte.

an „politische Gemeinschaften“ hinterfragen. Beide Komponenten dieser Begriffseinheit sind fragwürdig: Was ist gemeinschaftlich und was ist politisch an den „politischen Gemeinwesen“ der transnationalen Konstellation (Franzius 2013), in denen sich die „Herrschaft der politischen Einheit“ über die Einzelnen vollstrecken soll?

Trotz fehlender politischer Einheit und auch ohne Weberianischen Anstaltsstaat und Kelsen/Merkl'schen Stufenbau des Rechts auf transnationaler Ebene ist die Weltgesellschaft nicht ohne rechtliche Regeln (Prien 2008, 154). Im Recht gibt es eher die Schwierigkeit, die unterschiedlichen Rechtsordnungen einander zuzuordnen. Überlappende Jurisdiktionskreise, die Parallelität unterschiedlichster Ordnungsmuster – Assemblages, wie Saskia Sassen sie nennt (Sassen 2006; Möller 2008) – führen zu Normkollisionen im globalen Rechtspluralismus und zu einer Fragmentierung des Völkerrechts, das nicht nur aus der Perspektive der politisch organisierten internationalen Gemeinschaft aus gedacht werden kann, sondern in dem ein Regimepluralismus herrscht, der neuartige Rechtskollisionen provoziert (Fischer-Lescano/Teubner 2008). Für deren Verständnis ist die Engführung auf politische Einheit nicht hilfreich. Was soll eine Fokussierung auf politische Einheit helfen, wenn es darum geht, die Rechtsordnungen der EMRK (die der politischen Organisation Europarat entstammt), der politisch organisierten EU und der politisch organisierten Nationalstaaten miteinander in Beziehung zu setzen? Jede Rechtsordnungs-Perspektive hat hier ihren eigenen Anspruch auf Geltungserweiterung. Die Zugehörigkeitsverhältnisse zu den Institutionen Europarat, EU, aber auch zur WTO, NATO u.a. sind asymmetrisch. Eine Einheit gibt es im System polyzentrischer Global Governance nicht und im Weltrecht geht es vor allem darum, das rechtspolitische Pluriversum durch gegenseitige Berücksichtigungspflichten der Ordnungsmuster zu ordnen (Viellechner 2011).

Nicht nur für das Verständnis der Polyzentrik politischer Herrschaft und politischer Rechtsetzung ist die Bindung des Rechts an Einheit und politische Gemeinwesen dysfunktional, sondern sie macht auch blind für die Phänomene gesellschaftlicher Rechtsetzung (Liste 2011, 13). Die Monopolisierung der politischen Rechtsetzung definiert schon im Nationalstaat viele Rechtsprobleme – Tarifautonomie, Handelsbräuche als Rechtsnormen, Verkehrssitte etc. – in den Bereich des Nichtrechts und damit aus dem Fokus heraus. Gerade aber für die transnationale Konstellation, die sich durch eine Vervielfältigung der Autor_innen, Adressat_innen und Organisationsformen des Rechts auszeichnet, ist das Gemeinwesenstheorem eine verhängnisvolle Fokusverengung (Teubner 2012, 18). Eine politische Monopolisierung der Rechtsetzung geht an der nationalen, vor allem aber auch an der transnationalen Rechtspraxis vorbei (Berman 1995). So haben sich beispielsweise in der lex mercatoria, dem Recht der entfesselten globalisierten Wirtschaft, und der lex digitalis des Cyber-Space eigene Rechtsetzungsdynamiken entfaltet.⁸ Die Rechtsfragen, die sich hier stellen, sind hinsichtlich der Herausforderung der Sicherstellung sozialer Responsivität durchaus strukturanalog zu den Fragen staatlichen und europäischen Rechts.

Insbesondere wenn es um die Grundrechtsbindung privater transnationaler Unternehmen geht, beeinträchtigt eine Fokussierung auf politische Einheit in der Rechtskonzeption nicht nur das Verständnis des Rechts, sondern verstellt auch den Blick auf die Strukturen rechtlicher Verantwortungsattribution und die Ansatzpunkte für

⁸ Zum intrinsischen Zusammenhang von Medien- und Rechtsveränderungen siehe nunmehr Vesting 2011.

eine Generierung rechtlicher Responsivitätspflichten. So betonen Christoph Menke und Arnd Pollmann, dass Auffassungen, die Private als Völkerrechtssubjekte einsetzen, „über das Ziel hinaus[schießen], indem sie jeden einzelnen Privatmenschen zum Adressaten menschenrechtlicher Verpflichtungen erklären. Wenn aber die Menschenrechte [...] Ansprüche an die öffentliche Ordnung markieren, dann sind [...] primär staatliche Institutionen und Repräsentanten sowie letztlich die globale Staatengemeinschaft zur Einhaltung sozialer Menschenrechte verpflichtet“ (Menke/Pollmann 2007, 109). Das blendet aber den Strukturwandel des Öffentlichen aus und droht den Kontakt zur Rechtspraxis zu verlieren. So wendet das Bundesverfassungsgericht für öffentliche Räume in privater Trägerschaft die US-amerikanische public forum-Theorie an und stellt in einer Entscheidung aus 2011 die unmittelbare Grundrechtsbindung einer Aktiengesellschaft fest.⁹ Noch dringlicher als im nationalen Rahmen stellt sich die Frage, wie die „öffentliche Ordnung“ in den Sphären jenseits des Staates gedacht werden kann (Bogdandy u.a. 2010, 34). Gerade die Gefährdungen der Menschenrechte durch transnationale Unternehmen verdeutlichen, dass das dichotome Denkmuster privat/öffentlich neu konzipiert werden muss (Teubner 2010), um nach Wegen der Begründung einer horizontalen Menschenrechtsbindung zu suchen (Fischer-Lescano/Möller 2012, 73). Umweltverschmutzungen im Nigerdelta durch Shell, der weltweite Markt mit Artikeln, die durch Kinderarbeit hergestellt wurden, private Militärunternehmen wie Blackwater: Hier bedarf es der Entwicklung einer Menschenrechtsbindung für Private. Die Konzentration auf die „internationale Staatengemeinschaft“ ist dabei nicht hinreichend. Der Weg über eine Erhöhung staatlicher Schutzpflichten für das Handeln Privater bleibt zwar für die Durchsetzung der Menschenrechte wichtig (Ruggie 2011), aber er bleibt ein Umweg, der durch den Ausbau der unmittelbaren Verpflichtungslinie flankiert werden muss.

Kurz: Das Weltrecht entsteht in koevolutiven Prozessen des Rechts mit seiner gesellschaftlichen Umwelt als weltgesellschaftliches Recht und nicht nur in politisch organisierten Einheiten. Die postmoderne Rechtstheorie wird sich der Herausforderung der Rechtspraxis stellen und Rechtsetzung jenseits unitarisierter politischer Gemeinschaftlichkeit in ihre Reflexionen einbeziehen müssen. Konflikt statt Konsens, Vielheit statt Einheit, Umgang mit Polyzentrität statt Unitarisierung und gesellschaftliche statt politische Rechtsetzung ist dann das Programm. Es ist das, was auch Jacques Derrida im Sinn hat, wenn er die Verantwortung des intellektuellen Engagements darin sieht, „alles zu tun, um den bestehenden Rechtszustand [...] zu verändern, neue Rechte zu erfinden“ und wenn er diese Forderung als eine „transnationale und nicht bloß kosmopolitische Forderung“ denkt, „denn das Kosmopolitische setzt immer noch die Instanz des Staates und des Bürgers voraus, selbst wenn er Weltbürger ist“ (Derrida 2006, 324).

II.

Eine solche Umstellung auf einen gesellschaftlichen Rechtsbegriff hat auch Auswirkungen für die Rechtskreation und die Entscheidungspraxen des Rechts. Christoph Menke ist zuzustimmen, wenn er in „Recht und Gewalt“ das Recht von den bürgerschaftlichen Reziprozitätsverhältnissen ablöst und als eine Kommunikationssphäre unter mehreren beschreibt. Mit Walter Benjamins Konzeption einer Entsetzung des Rechts (Menke 2011, 59) stellt er sich gegen Carl Schmitts

⁹ BVerfGE 128, 226 ff. – Fraport AG; noch radikaler die Umstellung auf eine Horizontalbindung bei Teubner 2006; zu der Menschenrechtsrechtsprechung der privaten Schiedsgerichte Renner 2010; zu den Klagestrategien rechtskreativer NGOs Saage-Maaß 2010 und dies./Veith 2011.

Suspendierung des Rechts (Schmitt 1912, 86), dessen dezisionistisches Modell die Rechtsentscheidung *ex nihilo* und ohne rechtliche Einhegung durch den politischen Souverän vorsieht. Menke gelingt es, am Beispiel des Stücks „Wolokolamsker Chaussee I“ von Heiner Müller (Müller 2002), in dem der Kommandeur sich am Ende für die Exekution nach dem Kriegsrecht und gegen die Begnadigung des Soldaten entscheidet, die Doppelbödigkeit des Rechts zu demonstrieren: „Recht ist ne Katze im Sack“ (Brecht 1949, 72).

Menke schildert plastisch die Entscheidungsqualen des Entscheiders (Menke 2011, 93). Man hat Heiner Müller manchmal als einen defätistischen Aufklärer charakterisiert (Müller-Schöll 2002, 411). Vielleicht trifft das gerade in der Menke-Deutung zu: Die Exekution des Soldaten durch den Befehl des Kommandeurs wird hingenommen, die Truppenmoral überwiegt die Sakralität der Person.¹⁰ In der Reflexion über die Spannung von Recht und Nichtrecht und über den paradoxen Auftrag, dass Recht sein Nichtrechtsein reflektieren muss, liegt die Aufklärung. Gerade in der Analyse dieser Passage wird aber auch deutlich, dass Christoph Menke das Recht nicht konsequent als transsubjektiven Kommunikationsprozess konzipiert, der mehr ist als die Summe von Kommunikationsakten rechtlicher Entscheider, sondern dass er das Recht an staatliche Entscheider zurückbindet.

Um die Konsequenzen dieser dezisionistischen Lesart am Beispiel des Kunduz-Einsatzes aus dem Jahr 2009 zu verdeutlichen: In der Nacht auf den 4. September 2009 wurden mehr als 70 Menschen getötet, darunter Kinder und Frauen. Zum Prozess der Entscheidungsfindung hat es eine Reihe von Untersuchungen gegeben, auch einen Untersuchungsausschuss des Deutschen Bundestages. Wie widerwillig die Entscheider entschieden haben, wie niemand das Töten wollte, wird im Protokoll der Anhörung von Hauptfeldwebel W. (der in der Nacht als „Red Baron“ den Funkverkehr leitete) deutlich. W. beschrieb, wie bei Oberst Klein vor der Einsatzentscheidung eine längere Überlegungsphase eingesetzt habe: „Herr Oberst *Klein* war sehr in sich gekehrt und überlegte lange darauf herum. Er sagte auch irgendwann, er braucht mehr Zeit. Ich gab das auch so an die Maschinen weiter, wenn ich mich richtig erinnere, dass es noch ein bisschen dauert, was die Entscheidungsfindung angeht. Meiner Meinung nach, ja, um Gottes willen, war er auch kein Mensch oder ist er kein Mensch, der irgendwas überstürzt tut oder nur aus dem Bauch raus entscheidet. Ich glaube, er hat da sehr lange für sich abgewogen und für sich wirklich einen harten Kampf geführt, ob er diese Entscheidung treffen soll oder in welcher Weise er diese Entscheidung treffen soll“ (BT-Drs. 17/7400 v. 25.10.2011, 64).

Das Beispiel scheint Christoph Menkes Position zu bestätigen, dass Carl Schmitts Suspendierung des Rechts im Kriegszustand keine zutreffende Interpretation darstellt. Denn tatsächlich haben alle Beteiligten ihre Entscheidung als eine Möglichkeit „nach dem Kriegsrecht“ dargestellt. Niemand hat argumentiert, dass das Recht im Krieg keine Rolle spiele. Auch Menkes Konzept der widerwilligen Rechtsentscheidung scheint in der Entscheidung sichtbar zu werden, im Zögern und Zaudern, in den Zweifeln und der Entscheidung nach langen Entscheidungsqualen. Und doch bleibt die Frage, ob dieses durch Christoph Menke geschulte Navigationsinstrumentarium der Beobachtung von Rechtsentscheidungen nicht zu sehr dem dezisionistischen Paradigma verpflichtet ist und ob die Konzeption des widerwilligen Entscheiders letztlich nicht nur Schmitts Entscheidung *ex nihilo* durch eine Entscheidung *ex fastidio*, für die die kompetenz-

¹⁰ Zum empirisch-normativen Doppelstatus der Sakralität der Person Joas 2011, 23.

verfahrens- und materiellrechtlichen Normen nur ein Hintergrundrauschen darstellen, ersetzt.

Der „Krieg“, so schreibt Christoph Menke, „im Kopf des Kommandanten, der Krieg zwischen dem Recht und dem Nichtrechtlichen, zwischen dem Recht des Rechts und dem Nichtrecht des Rechts“ (Menke 2011, 101) höre nicht mehr auf. Das spitzt die Selbstreflexivität des Rechts auf die Entscheidungsqual des Entscheiders zu und deutet die transsubjektive Selbstreflektion des Rechts als subjektiven Reflexionsprozess von Entscheidern. Dabei käme es darauf an, das Potential der transsubjektiven Reflexivität auszuschöpfen und zu fragen, wie sich der gesellschaftliche Produktionszusammenhang des Rechts zum Nichtrecht in Beziehung setzt (Fischer-Lescano/Christensen 2005). Dieser Kreationszusammenhang des Rechts ist mehr als die Summe von exekutiv-militärischen Entscheidungen. Die Entscheidung des Unentscheidbaren ist immer nur ein Moment in einer Sequenz von Kommunikationsakten (Opitz 2012, 85; Weber 2008, 126). Sie wird sofort selbst wieder rechtlich beobachtet. Nicht der Entscheider entscheidet, sondern das in Zentrum (Gerichte) und Peripherie (öffentliche und private Rechtskommunikation und -setzung) ausdifferenzierte Recht entscheidet, was Recht und was Nichtrecht ist (Luhmann 1993, 321). Man kann erst dann von einem ausdifferenzierten Recht sprechen,¹¹ wenn rechtliche Verfahren ausdifferenziert wurden, in denen der Konflikt in einen Rechtskonflikt transformiert und in denen über Recht und Unrecht entschieden wird (Trüstedt 2012; Vismann 2006). Erst hier wird die Spannung von Recht und Gerechtigkeit virulent.

Oberst Klein und auch der Kommandeur in der Wolokolamsker Chaussee haben eine exekutive Entscheidung in einer Lage der Unentscheidbarkeit getroffen. Der Rechtsprozess ist ihnen aber erst noch zu machen. Ihre Entscheidung ist lediglich die Eingangsadresse im Kampf ums Recht. In diesem Kampf ums Recht entscheiden über das, was Recht ist und was nicht Recht ist, die gesellschaftlichen Kommunikationsprozesse des Rechts. Wenn Walter Benjamin die rechtsetzende und rechtserhaltende Gewalt als mythische Gewalt zusammenfasst, beschreibt er zwei eng miteinander verwobene Komponenten der gesellschaftlichen Rechtskreation. Diese Rechtskreation lässt sich nicht auf den Entscheider reduzieren, sondern ist ein gesellschaftlicher Prozess. Zentral für die Operativität dieses gesellschaftlichen Prozesses ist der funktionierende re-entry der Unterscheidung (Recht-Nichtrecht) in das Unterschiedene (Recht). Das Recht muss die nichtrechtliche Umwelt als Recht reformulieren. Durch diese interne Reformulierung des Widerstreits inkommensurabler Logiken (*différend*), durch diese Verfremdung eines Gesellschaftskonflikts zum Rechtsstreit (*litige*) wird der Konflikt Recht-Nichtrecht für das Recht entscheidbar – und zwar als Rechtskonflikt (Lyotard 1987; Gehring 2004). Machtkonflikte, Wirtschaftskonflikte, Religionskonflikte werden vom Recht immer als Rechtskonflikte verfremdet und als Rechtskollisionen übersetzt. Das Recht ist eine König-Midas-Maschine, die den Konflikt Recht-Nichtrecht immer nur als Rechtskonflikt abbilden kann.

So kollidieren in der Wolokolamsker Chaussee der militärische Exekutionsbefehl und das Begnadigungsrecht als Rechtsregeln miteinander. Das Recht zu begnadigen ist eine Rechtsregel, die das Nichtrecht im Recht darstellt – und den realgesellschaftlichen Konflikt als Rechtskollision reformuliert. Der Umgang mit solchen Kollisionen ist Alltag des Rechts. Schon Karl Marx hat pointiert formuliert: „Zwischen Kapitalist und Arbeiter

¹¹ Kelsen (1911, 352) formulierte gar: „kein Recht ohne Gericht.“

findet ein Kampf statt. Recht wider Recht [...] Zwischen gleichen Rechten – entscheidet die Gewalt“ (Marx 1867, 249; Miéville 2005). Marx hat das für die Sphäre des Klassenkampfes expliziert. Es müsste darum gehen, diesen Gedanken der Kollision von Recht wider Recht als Kampf im Recht ums Recht zu generalisieren und für andere Schnittstellen zu respezifizieren. Das fragmentierte Weltrecht ist voll von solchen Kollisionen, in denen Recht wider Recht steht:

- das Investitionsschutzrecht (Beispiel: Wasserprivatisierung) kollidiert mit dem Recht der sozialen Menschenrechte;
- das Recht der WTO (Beispiel Handelsverbot für genmanipulierte Lebensmittel) kollidiert mit dem globalen Recht des Umweltschutzes;
- das Recht der UN (Beispiel UN-Terrorlisten) kollidiert mit den globalen Menschenrechten.

Nicht der Krieg im Kopf des Entscheiders macht in diesen Kollisionslagen die Unentscheidbarkeit aus, sondern Recht ist – in der Formulierung von Jean-François Lyotard – „Bürgerkrieg der Sprache mit sich selbst“ (Lyotard 1988). An anderer Stelle, an welcher Christoph Menke nicht den Kopf des Entscheiders ins Visier nimmt, sondern den gesellschaftlichen Rechtskreationsprozess, sagt er auch genau dies: „Das ‚entsetzte‘, zugleich entmachtete und befreite Recht steht im Krieg mit sich selbst“ (Menke 2011, 101). Rechtskrieg ersetzt Kriegsrecht. Diese transsubjektive Kollisionsperspektive, nicht der Blick auf den subjektiven Entscheidungsprozess, ist für die Rechtskreation das entscheidende Faktum.

Die Formel des „Rechts der Widerwilligen“ (Menke 2011, 103) darf sich nicht darin erschöpfen, eine Selbstvergewisserungstherapie für Entscheidungsträger zu sein, sondern muss als gesellschaftlicher Aneignungsauftrag gelesen werden (Wiethölter 1989; Teubner 2012). Diese Vergesellschaftung des Rechts – Daniel Loick hat das jüngst unter Bezug auf Hermann Cohen und Franz Rosenzweig herausgearbeitet (Loick 2012, 279) – findet in Walter Benjamins „Kritik der Gewalt“ wichtige Wegweisungen. Benjamin hat die physische Gewalt, auf der das Recht gründet, von der mythischen Gewalt, die die Dimensionen der rechtsetzenden und rechtserhaltenden Gewalt hat, differenziert. Er hat eine dritte Gewalt eingeführt, die er revolutionäre, waltende, göttliche Gewalt nennt. Diese göttliche Gewalt bei Benjamin lediglich als entsetzende Gewalt bei widerwilligen staatlich-rechtlichen Entscheidern zu verorten, ließe das Potenzial dieser Rechtstheorie ungenutzt.

Der globale Aufstand, die Proteste in Griechenland, die Occupy-Bewegung, die Indignados der Puerta del Sol, die Bewegung des Arabischen Frühlings stellen, mit Benjamin gelesen, Kämpfe um ein neues gesellschaftliches Recht dar. Die globalen Widerwilligen geben sich mit dem degenerierten Recht diktatorialer Regime und des globalen Neoliberalismus nicht zufrieden. Sie fordern die Einlösung des Gerechtigkeitsanspruchs des globalen Rechts. Das Recht der Widerwilligen ist dann nicht das Recht der widerwilligen *comandantes y subcomandantes*, sondern das Recht des Protests der Gesellschaft. Bezeichnenderweise ist es für Benjamin nicht der politische, sondern der proletarische Generalstreik, der sich die „einzige Aufgabe der Vernichtung der Staatsgewalt“ setze und auf dem Benjamins Hoffnungen ruhen (Benjamin 1921, 194; Brunkhorst 2010, 6). Liest man die Formel vom „Recht der Widerwilligen“ im Lichte von Walter Benjamins waltender Gewalt, enthält sie einen umfassenden Auftrag zur gesellschaftlichen Aneignung des Rechts. Diese Aneignung muss den Konstituierungszusammenhang setzender und erhaltender Rechtsgewalt

unterbrechen, darf nicht nur auf eine Reformierung des bestehenden Institutionenensembles hinauslaufen und sich nicht darauf beschränken, die eingerichteten und ausgeübten Entscheidungsbetriebe lediglich zu domestizieren.

Wenn sich im Krieg des Rechts mit Recht, in den Kollisionen von Weltrecht wider Weltrecht realgesellschaftliche Konflikte von globalem Ausmaß artikulieren, dann kommt es mit Benjamin darauf an, das Recht nicht den selbsternannten Entscheidern zu überlassen, sondern sich in den Kampf um die Gewalt des Rechts einzumischen und für Strukturen zu kämpfen, in denen die gesellschaftliche Rechtsetzung auf Dauer gestellt und von den etatistischen Gewaltinstitutionen unabhängig gesetzt ist: Hauke Brunkhorst nennt das die demokratische Verknüpfung von Dezision und Diskussion, Gunther Teubner bezeichnet es als die Kopplung von Spontan- und Organisationsbereichen (Brunkhorst 2005, 177). Im Kern geht es um die Ermöglichung der Demokratisierung der Rechtsform (Buckel 2007, 308) und die Öffnung des Rechts für Protestbewegungen. Otto Kirchheimer hat hier mit seiner Reflexion zur Sozialisierung des Rechts angesetzt (Kirchheimer 1976), Rudolf Wiethölter mit der Suchformel der Entwicklung eines gesellschaftlichen Rechtfertigungsrechts (Wiethölter 2003).

Für die Perspektive des demokratischen Rechts ist es geboten, den Fokus von den staatlichen Entscheidern auf die gesellschaftlichen Rechtskreationsprozesse im Kampf ums Weltrecht zu verschieben. Um zum Kunduzfall zurückzukommen: Im Februar hat das Verwaltungsgericht Köln in einem Feststellungsverfahren über die Klage des LKW-Fahrers im Fall Kunduz verhandelt, der festgestellt wissen will, dass die Entscheidung des Obersts Unrecht war; mehrere Schadensersatzklagen sind anhängig; gegen die Einstellung der strafrechtlichen Ermittlungen wurde Verfassungsbeschwerde eingelegt und es ist schon jetzt absehbar, dass die militärische Entscheidung auch internationale Gerichte wie den Europäischen Gerichtshof für Menschenrechte beschäftigen wird.¹² Dieser Kampf der Opfer um Gerechtigkeit wird das Recht für Jahre beschäftigen. Diese Verfahren, die Beteiligungsrechte der Opfer und das rechtskreative Potenzial globaler Skandalisierungsprozesse, die Niklas Luhmann im Anschluss an Emile Durkheim als Rechtsetzung durch *colère publique* beschreibt (Luhmann 2005), die an das Gefühl für Ungerechtigkeit appellieren (Cahn 1949), sind für die Rechtskreation mindestens so entscheidende Daten wie die Entscheidungsqualen eines Kommandeurs.

III.

Eine solche Ausweitung des Terrains des Rechtskampfes bleibt wiederum nicht ohne Konsequenzen für die Utopie des Rechts und die Realisierung des emanzipatorischen Ideals. Für Christoph Menke besteht die Utopie des Rechts „nicht in der Transzendierung, sondern in seiner Depotenzierung: indem das Recht und seine Anwendung *zu einer Möglichkeit* werden“ (Menke 2011, 100).

Wenn man sich damit zufrieden gibt, macht man es sich aber nur etwas weniger gemütlich in den Gehäusen der Hörigkeit des Rechts, die als solche nicht infragegestellt werden. Während Benjamin „die Entscheidung [als] transzendent“ denkt (Benjamin 1924/5, 189), beraubt Menke das Rechtsentscheiden der Dimension der Transzendenz.

¹² Zum verwaltungsrechtlichen Verfahren VG Köln Urteil vom 09.02.2012 (Az. 26 K 5534/10), noch nicht rechtskräftig; zu den Rechtsfragen der beim LG Bonn anhängigen Schadensersatzklagen siehe Fischer-Lescano/Kommer 2012; die Verfassungsbeschwerde wird beim BVerfG unter dem Az. 2 BvR 987/11 geführt.

Muss aber nicht der Stachel der Forderung nach Gerechtigkeit mehr sein als die Forderung, einen Widerwillen beim autoritativen Entscheiden zu entwickeln? Bedarf es nicht stärkerer Parteinahme mit dem Kampf der Anteilslosen?¹³ Muss das Recht nicht eine Sensibilität für ihr Leiden entwickeln (Fischer-Lescano 2013)? Können sich die 1,3 Milliarden Menschen, die weltweit in Armut leben, auf den Widerwillen der Ministerialbürokratie und der globalen Gerichtsbarkeiten verlassen?

Mit dem Satz „Gerechtigkeit ist das Prinzip aller göttlichen Zwecksetzung“ (Menke 2011, 198) begründet Benjamin die entsetzende Gewalt des Rechts. Christoph Menke dämmt die Sprengkraft dieser Benjamin'schen Formel dadurch ein, dass er die Gerechtigkeit wie Niklas Luhmann als Kontingenzformel ausdeutet:¹⁴ als Auftrag, die interne Konsistenz des Entscheidens (Gleichheit) zu sichern und eine Responsivität zum Nichtrecht herzustellen und die Spannung zum Außerrechtlichen zu reformulieren.¹⁵ Aber erst, wenn man die Gerechtigkeit nicht nur als Kontingenzformel, sondern zugleich als Transzendenzformel des Rechts versteht, bleibt die Gerechtigkeit im Kommen, nur dadurch kann der Stachel der Gerechtigkeit als Emanzipationsauftrag wirken. Das Recht – um es mit Gunther Teubner zu formulieren – enthält die „Aufforderung der Transzendenz, die Immanenz in deren für diese jedoch nicht verstehbaren Sinn zu transformieren [...] Gerechtigkeit verwirklicht sich erst im realen Durchgang durch Ungerechtigkeit“ (Teubner 2008, 28; Femia 2013). Der Wechselprozess zwischen geltenden Anschlusszwängen im Recht und ihrer Transzendierung kann zu einem Transformationsprozess des Rechts führen, in dem die „ungeheure Kluft“, die für Benjamin „zwischen Recht und Gerechtigkeit klafft“ (Benjamin 1995, 42), zu überwinden ist. Diese Überwindung ist kein Selbstläufer. Die Ungerechtigkeit muss artikuliert werden, skandalisiert; man muss im juristischen Deutungskampf dem Recht den Spiegel der Gerechtigkeit vorhalten.

An dieser Stelle wird auch sichtbar, dass der Umgang mit der zunächst einmal nur analytischen Unterscheidung der göttlichen und der mythischen Gewalt, die Benjamin trifft, unterschiedliche Ausdeutungen erfahren kann: Man kann einmal, wie Christoph Menke, die göttliche Gewalt in die mythische Gewalt hineinkopieren, Benjamins Entsetzung als Domestizierung der mythischen Gewalt konzipieren und die göttliche so der mythischen Gewalt assimilieren. In einer zweiten Variante, vor der Derrida nachdrücklich warnt, vernichtet die göttliche Gewalt die mythische Gewalt, der proletarische Generalstreik wird dann ununterscheidbar von der „totalisierenden anti-rechtlichen Gewalt der Vernichtung – konkret der rechts-vernichtenden Kritik der Faschisten“ (Vismann 1992, 259f.). In der dritten Variante, das hat Cornelia Vismann präzise rekonstruiert, zielt Benjamins messianisch-marxistischer Diskurs auf die „Sehnsucht nach dem Anderen, jenseits von Rechts-Gewalt“ (Vismann 1992, 261), auf

¹³ Rudolf Wiethölter differenziert zwischen formaler, inhaltlicher und prozeduraler Parteinahme und sieht in der Rechtsarbeit die „Recht-Fertigung von Kollisionsregeln um einer ‚Sache‘ willen“ betroffen (Wiethölter 1985, 139).

¹⁴ Luhmann 1993, 218; zur hier ansetzenden normativen Weiterentwicklung der deskriptiv angelegten Luhmann'schen Systemtheorie zu einer normativen Theorie siehe die Beiträge in Amstutz/Fischer-Lescano 2013; ferner Chernilo, 2012; Philippopoulos-Mihalopoulos 2010 u. 2011; Fuchs/Hofkirchner 2009; Stäheli 2000; Ruda 2008; Francot-Timmermans/Christodoulidis 2011.

¹⁵ Der Bereich des Nichtrechts bleibt bei Menke vage. Im Begriff „Nichtbürger“ werden die funktionalen Rationalitäten (der Wirtschaft, Kunst, Wissenschaft, Religion etc.) sowie die humanen (Körper, Bewusstsein) und natürlichen Umwelten der Gesellschaft nicht unterschieden. Menke ersetzt die Vielfalt der sozialen Grenzbeziehungen stattdessen durch die Differenz Bürger/Nicht-Bürger bzw. Recht/Nicht-Recht: „Die Utopie ist die Gleichheit der Möglichkeit zwischen der rechtlichen Gleichheit der Bürger und der nichtrechtlichen Ungleichheit als Nicht-Bürger“ (Menke 2011, 100, Hervorhebung im Original).

eine neue Gesetzmäßigkeit, die nicht als Negation der alten Gesetzmäßigkeit realisiert werden kann, sondern nur durch eine neue Form der Gewalt, die die Differenz göttlicher und mythischer Gewalt anerkennt, die die eine Form aber nicht in der anderen aufgehen lässt, sondern beide miteinander kombiniert.

Eine Andeutung, wie diese Kombination realisiert werden kann, gibt Benjamin mit der Unterscheidung von politischem und proletarischem Generalstreik. Benjamin insistiert darauf, dass der politische Generalstreik als Chiffre für einen Kampf dient, der auf instrumentell-strategisches Handeln hinausläuft, der politisch-rechtliche Formen ausbildet und sich auf politisch-rechtliche Formen einlassen muss, um erfolgreich zu sein. Der proletarische Generalstreik hingegen ist als Ausdruck waltender Gewalt der Ausbruch aus dem Zirkel der Gewalt, von Kalkulation und Gegen-Kalkulation, von Erfolg, Zugeständnis, Kompromiss, Kampf usw. Er ist formlos und antizipiert den Kommunismus. Die Herausforderung ist es, beide Momente, das politische und proletarische, in der Praxis so zu kombinieren, dass die waltende Transzendierungsperspektive Benjamins auch dann noch erhalten bleibt, wenn der proletarische Streik sich in die politisch-rechtlichen Institutionen einschreibt. Das setzt voraus, dass man den Unterschied zwischen beiden Formen anerkennt, das waltende Moment aber nicht in die Reflexion der politischen Entscheidungsinstanzen verlagert, sondern gerade verhindert, dass die politische Gewalt sich als proletarisch geriert. Die Möglichkeit der Transzendierung darf nicht in den Mühlen des Systems zerrieben werden. Die Pointe von Benjamin ist es, zu insistieren, dass bei der proletarischen Aneignung des Rechts das Recht nicht vernichtet wird. Vielmehr ist in der gesellschaftlichen Aneignung der Institutionen die Perspektive einer Transzendierung des Rechts offen zu halten, um der Aufforderung der Transzendenz nachzukommen, die Immanenz mythischer Gewaltförmigkeit durch die waltende Gewalt als das Andere des Rechts zu transformieren. Für den „anderen Gebrauch vom Recht“ (Agamben 2004, 77), der an ein Studium des Rechts „die Verheißungen anknüpft, welche die Überlieferung an das der Thora geschlossen hat“ (Benjamin 1934, 437), beschwört Benjamin eine „Kultur des Herzens“, die die Mittel der gewaltlosen Einigung bereitstellen müsse: „Herzenshöflichkeit, Neigung, Friedensliebe, Vertrauen und was sich sonst hier noch nennen ließe“ (Benjamin 1921, 191).

Das beinhaltet eine Transzendierungsperspektive für das Recht, die Christoph Menke aber negiert: „Denn die Herrschaft des Rechts ist die der Gleichheit der Bürger; jenseits des Rechts herrscht die Ungleichheit“.¹⁶ Menke führt die Analyse bis zum entscheidenden Punkt, schreckt dann aber vor ihrer Konsequenz zurück und konstatiert für das Gerechtigkeitsprinzip, was Adorno für das Tauschprinzip herausgearbeitet hat: Die Abschaffung des Rechts (Menke) wie auch die Abschaffung des Tauschs (Adorno) kommen als Ausweg nicht in Betracht. Adorno bleibt aber bei dieser Bestandsgarantie nicht stehen. Wenn wir das Tauschprinzip nicht abschaffen können, so seine Forderung,

¹⁶ Menke 2011, 100. Luhmann bezeichnet die Konstellation im Exklusionsbereich des Rechts hingegen als eine des Gleichseins im Nichtrecht. Die Anteilslosigkeit, um es in der Terminologie Rancières zu formulieren, führt zu einer Gleichheit in hochintegrierter Unfreiheit: „Im hochintegrierten Exklusionsbereich ist, abgesehen von der Kontrolle über den eigenen Körper, nichts zu verlieren“ (Luhmann 1993, 585). Und auf der Inklusionsseite muss man sagen: Das Recht ist in die existierenden Ungleichheiten tief verstrickt. Die Differenzen Eigentümer/Nichteigentümer, Bourgeois/Proletarier und im Ergebnis zwischen den Anteiligen und den Anteilslosen werden durch Recht generiert, mindestens stabilisiert. In Benjamins Reflexion über die Gerechtigkeit wird darum das subjektive Besitzrecht transformiert zu einem Anspruch „der keineswegs auf Bedürfnisse, sondern auf Gerechtigkeit sich zurückführt, und dessen letzte Richtung möglicherweise nicht auf ein Besitzrecht der Person, sondern auf ein Guts-Recht des Gutes geht“ (Benjamin 1995, 41).

müssen wir es transzendieren – und zwar durch die Einforderung seiner Versprechung: „Annullierte man simpel die Maßkategorie der Vergleichbarkeit, so träten anstelle der Rationalität, die ideologisch zwar, doch auch als Versprechen dem Tauschprinzip innewohnt, unmittelbare Aneignung, Gewalt, heutzutage: nacktes Privileg von Monopolen und Cliques. Kritik am Tauschprinzip [...] will, daß das Ideal freien und gerechten Tauschs, bis heute bloß Vorwand, verwirklicht werde. Das allein transzendierte den Tausch“ (Adorno 1979, 150). Aufs Recht gewendet: Erst die Verwirklichung des gerechten Rechts transzendierte das Recht. Und wenn Benjamin im Aufsatz über Kafka „das Recht, das nicht mehr praktiziert und nur studiert wird“ als „Pforte der Gerechtigkeit“ bezeichnet (Benjamin 1934, 437), verweist er auf jene Möglichkeit des Rechts als gewaltloses Nichtrecht, die jenseits des Gewaltzusammenhangs des Rechts steht, „das sich selbst aufhält und zurücknimmt“ (Hamacher 2012, 212). Erst durch die Integration dieser Möglichkeit der Transzendenz wird postmoderne Rechtstheorie den Anschluss an die erste Generation kritischer Theorie auch im Hinblick auf die Einforderung des emanzipatorischen Ideals und der Gerechtigkeit herstellen können.

IV.

Kurz gesagt: Die konstitutive Verknüpfung politischer Einheit mit der Rechtskreation unterschätzt die gesellschaftliche Kontextualisierung des Rechts. Das Recht operiert in der Weltgesellschaft unabhängig von politischer Einheit. Kritische Theorien des Rechts müssen darum über eine Fokussierung der Entscheidung als *Dezision ex fastidio* hinausgehen und die institutionellen Bedingungen im Kampf ums Recht in den Blick nehmen, also die Prozesse gesellschaftlicher Rechtskreation in den Reflexionsprozess einbeziehen und prozedurale Kopplungen von *Dezision* und Diskussion schaffen. Das ist Möglichkeitsbedingung für die Demokratisierung der Rechtsform und führt zu einer Freisetzung der utopischen Perspektive des Rechts und damit zu einer radikalen Haltung der Kritik (Foucault 1992, 8) an den bestehenden Rechtfertigungsverhältnissen (Horkheimer 1937): Die Kritik des Rechts will, dass das Ideal des emanzipatorischen und gerechten Rechts, bis heute bloß Vorwand, durch den Kampf der Widerwilligen um die Aneignung des Rechts verwirklicht werde. Das allein transzendierte das Recht.

Bibliographie

- Adorno, T. (1970), Negative Dialektik, in: ders., Gesammelte Werke, Bd. 6, Frankfurt am Main.
- Agamben, G. (2004), Ausnahmezustand, Frankfurt am Main.
- Amstutz, M./Fischer-Lescano, A. (Hrg.) (2013), Kritische Systemtheorie, Bielefeld, i.E.
- Arendt, H. (1949), Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, in: Die Wandlung 4, 754-770.
- Benjamin, W. (1916), Notizen zu einer Arbeit über die Kategorie der Gerechtigkeit, in: Frankfurter Adorno Blätter 4 (1995), 41-52.
- (1921), Zur Kritik der Gewalt, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. II.1. [= GS II.1], Frankfurt am Main (1991), 179-203.
 - (1924/5), Goethes Wahlverwandtschaften, in: GS I.1, 123-201.
 - (1934), Franz Kafka. Zur zehnten Wiederkehr seines Todestages“, in: GS II.2, 409-438.
- Berman, H. (1991), Recht und Revolution, Frankfurt am Main.
- (1995), World Law, in: Fordham International Law Journal 18, 1617-1622.
- Berman, P. (2007), Global Legal Pluralism, in: Southern California Law Review 80, 1155-1237.

- Bogdandy, A. v. /Dann, P./Goldmann, M. (2010), Völkerrecht als öffentliches Recht: Konturen eines rechtlichen Rahmens für Global Governance, in: *Der Staat* 49, 23-50.
- Brecht, B. (1949), Kaukasischer Kreidekreis, in: ders., *Werke. Große kommentierte Berliner und Frankfurter Ausgabe*, Bd. 8 (Stücke), Frankfurt am Main (1989).
- Brunkhorst, H. (2005), Das öffentliche Recht im ‚Empire‘, in: Faber, R. (Hrg.), *Imperialismus in Geschichte und Gegenwart*, Würzburg, 168-182.
- (2002), *Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft*, Frankfurt am Main.
 - (2010), *How is a critique of violence historically possible?*, Vortrag auf der Benjamin-Konferenz in Santiago de Chile und Buenos Aires, Manuskript.
- Buckel, S. (2007), *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist.
- Butler, J. (2007), *Kritik, Zwang und das heilige Leben in Walter Benjamins ‚Zur Kritik der Gewalt‘*, in: Susanne Krasmann u.a. (Hrg.), *Rationalitäten der Gewalt*, Bielefeld, 19-46.
- Cahn, E. (1949), *The sense of injustice*, New York.
- Chernilo, D. (2012), *Theorizing Global Modernity*, in: Kathya Araujo u.a. (Hrg.), *Legitimization in World Society*, Aldershot, 61-80.
- Christensen, R./Sokolowski, M. (2001), *Die Bedeutung von Gewalt und die Gewalt von Bedeutung*, in: Friedrich Müller/Rainer Wimmer (Hrg.) *Neue Studien zur Rechtslinguistik*, Berlin, 203-233.
- Cover, R. (1986), *Violence and the Word*, in: *The Yale Law Journal* 95, 1601-1629.
- Denninger, E. (2005), *Recht in globaler Unordnung*, Berlin.
- Derrida, J. (1991), *Gesetzeskraft. Der ‚mystische Grund der Autorität‘*, Frankfurt am Main.
- (2006), *Nicht die Utopie, das Un-Mögliche*, in: ders. *Maschinen Papier*, Wien, 321-337.
- Eberl, O./Niesen, P. (2009), *Demokratischer Positivismus: Habermas und Maus*, in: Sonja Buckel u.a. (Hrg.), *Neue Theorien des Rechts*, 2. Aufl., Stuttgart, 3-26.
- Femia, P. (2013), *Infrasystemische Subversion*, Amstutz, M. u.a. (Hrg.), *Kritische Systemtheorie*, Bielefeld, i.E.
- Fischer-Lescano, A. (2013), *Rechtskraft*, Berlin, i.E.
- Fischer-Lescano, A./Christensen, R. (2005), *Auctoritatis interpositio. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie*, in: *Der Staat*, 213-242.
- Fischer-Lescano, A./Kommer, S. (2012), *Entschädigung für Kollateralschäden? Rechtsfragen anlässlich des Luftangriffs bei Kunduz im September 2009*, *Archiv des Völkerrechts* 50, 156-190.
- Fischer-Lescano/Möller, K. (2012), *Der Kampf um globale soziale Rechte. Zart wäre das Größte*, Berlin.
- Fischer-Lescano, A./Teubner, G. (2006), *Regime-Kollisionen*, Frankfurt am Main.
- Foerster, H. von (1992), *Ethics and Second-order Cybernetics*, in: *Cybernetics and Human Knowing* 1, 9-20.
- Forst, R. (2011), *Kritik der Rechtfertigungsverhältnisse*, Berlin.
- Foucault, M. (1992), *Was ist Kritik?*, Berlin.
- Francot-Timmermans, L./Christodoulidis, E. (2011), *The Normative Turn in Teubner’s Systems Theory of Law*, *Rechtsphilosophie & Rechtstheorie* 40, 187-190.
- Franzius, C. (2013), *Recht und Politik in der transnationalen Konstellation*, in: *Archiv des öffentlichen Rechts* 138, i.E.

- Fromm, E. (1922), Das jüdische Gesetz. Zur Soziologie des Diaspora-Judentums, München (1989).
- Fuchs, C. u.a. (2009), Autopoiesis and Critical Social Systems Theory, in: Rodrigo Magaláhez/Ron Sanchez (Hrg.), Autopoiesis in Organization Theory and Practice, Bingley, 111-129.
- Gehring, P. (2004), Différend und litige: Lyotards Widerstreit der Streitformen, in: Dietmar Köveker (Hrg.), Im Widerstreit der Diskurse. Jean-François Lyotard und die Idee der Verständigung im Zeitalter globaler Kommunikation, Berlin, 93-106.
- Habermas, J. (2003), Kulturelle Gleichbehandlung und die Grenzen des postmodernen Liberalismus, DZPhil 51, 367-394.
- (2005), Eine politische Verfassung für die pluralistische Weltgesellschaft?, in: Kritische Justiz 38, 222-247.
- Halter, U. (2003), Recht als Tabu? Was Juristen nicht wissen wollen sollten, in: Otto Depenheuer (Hrg.), Recht und Tabu, Opladen, 141-190.
- Hamacher, W. (2012), Recht im Spiegel, in: Mein, G. (Hg.), Die Zivilisation des Interpreten, Wien, 201-214.
- Hanschmann, F. (2008), Der Begriff der Homogenität in der Verfassungslehre und Europarechtswissenschaft, Berlin.
- Heller, H. (1928), Politische Demokratie und soziale Homogenität, in: ders., Gesammelte Schriften, Bd. 2, Leiden (1971), 421-434.
- Honneth, A. (2011), Das Recht der Freiheit, Berlin.
- Horkheimer, M. (1937), Traditionelle und kritische Theorie, in: ders., Traditionelle und kritische Theorie. Fünf Aufsätze, Frankfurt am Main (1968), 12-56.
- Joas, H. (2011), Die Sakralität der Person, Berlin.
- Kant, I. (1795), Schrift zum ewigen Frieden, in: Werkausgabe (hg. von Wilhelm Weischedel), Bd. XI, Frankfurt am Main (1967), 191-251.
- Kelsen, H. (1911), Hauptprobleme der Staatsrechtslehre, in: Jestaedt u.a. (Hrg.), Hans Kelsen Werke, Band 2, Tübingen (2008).
- Kirchheimer, O. (1928), Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, in: ders., Von der Weimarer Republik zum Faschismus, Frankfurt am Main (1976), 32-52.
- Ladur, K.-H. (1995), Postmoderne Rechtstheorie, 2. Aufl., Berlin.
- Lefort, C. (1986), Le Travail de l'oeuvre Machiavel, Paris.
- Liste, P. (2011), Völkerrecht-Sprechen, Baden-Baden.
- Loick, D. (2012), Kritik der Souveränität, Frankfurt am Main.
- Lorey, I. (2011), Figuren des Immunen, Zürich.
- Luhmann, N. (1993), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main.
- (2005), Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung, in: ders. Soziologische Aufklärung, Band 6, 2. Aufl., Wiesbaden, 229-236.
- Lyotard, J.-F. (1987), Der Widerstreit, München.
- (1988), Bürgerkrieg der Sprache mit sich selbst, in: Bernhard Taureck (Hg.): Französische Philosophie im 20. Jahrhundert, Reinbeck, 270-276.
- Marx, K. (1867), Das Kapital, in: MEW 23, Berlin (1962).
- Maus, I. (2012), Über Volkssouveränität, Frankfurt am Main.

- Mayer, F. (2005), Europa als Rechtsgemeinschaft, in: Gunnar Folke Schuppert u.a. (Hrg.), Europawissenschaft, Baden-Baden, 429-487.
- McCall, L. (2005), The Complexity of Intersectionality, in: Signs. Journal of Women in Culture and Society 30, 1771-1800.
- Meisterhans, N. (2010), Menschenrechte als weltgesellschaftliche Herrschaftspraxis, Baden-Baden.
- Menke, C. (1994), Für eine Politik der Dekonstruktion. Jacques Derrida über Recht und Gerechtigkeit, in: Haverkamp, A. (Hrg.), Derrida-Benjamin, Frankfurt am Main 1994, 279-287.
- (2004), Spiegelungen der Gleichheit, Frankfurt am Main.
 - (2008), Die „Aporien der Menschenrechte“ und das „einzigste Menschenrecht“. Zur Einheit von Hannah Arends Argumentation, in: Geulen, E. u.a. (Hrg.), Hannah Arendt und Giorgio Agamben, München, 131-147.
 - (2008), Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29, 81-109.
 - (2009), Das Nichtanerkennbare. Oder warum das moderne Recht keine „Sphäre der Anerkennung“ ist, in: Forst, R. u.a. (Hrg.), Sozialphilosophie und Kritik, Frankfurt am Main, 87-108.
 - (2011), Recht und Gewalt, Berlin.
 - /Pollmann, A. (2009), Philosophie der Menschenrechte, 2. Aufl., Hamburg.
- Miéville, C. (2005), Between Equal Rights. A Marxist Theory of International Law, Leiden.
- Möller, K. (2008), Global Assemblages im neuen Konstitutionalismus, in: ancilla iuris, 44-56.
- Moore, B. (1987), Ungerechtigkeit. Die sozialen Ursachen von Unterordnung und Widerstand, Frankfurt am Main.
- Müller, H. (2002), Wolokolamsker Chaussee I: Russische Eröffnung, in: ders., Werke 5. Die Stücke 3, Frankfurt am Main, 85-97.
- Müller-Schöll, N. (2002), Das Theater des konstruktiven Defaitismus. Lektüren zur Theorie eines Theaters der A-Identität bei Walter Benjamin, Bertolt Brecht und Heiner Müller, Frankfurt am Main.
- Opitz, S. (2012), An der Grenze des Rechts, Weilerswist.
- Paschukanis, E. (1924), Allgemeine Rechtslehre und Marxismus. Versuch einer Kritik der juristischen Grundbegriffe, 3. Aufl., Frankfurt am Main (1970).
- Philippopoulos-Mihalopoulos, A. (2010), Niklas Luhmann: Law, Justice, Society, Oxford 2010.
- (2011), Critical Autopoiesis. Environment of the Law, in: Vries, U. u.a. (Hrg.), Law's Environment. Critical Legal Perspectives, Den Haag, 45-62.
- Prien, T. (2008), Fragmentierte Volkssouveränität. Recht, Gerechtigkeit und der demokratische Einspruch in der Weltgesellschaft, Baden-Baden.
- Renner, M. (2010), Selbstgeschaffenes Recht der Wirtschaft? Öffentliche Interessen in privaten Rechtsregimes, in: Kritische Justiz 43, 62-70.
- Ridder, H. (1960), Zur verfassungsrechtlichen Stellung der Gewerkschaften im Sozialstaat nach dem Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland, Stuttgart.
- Ruda, F. (2008), Alles verpöbelt sich zusehends! Namenlosigkeit und generische Inklusion, in: Soziale Systeme 14, 210-228.
- Ruggie, J. (2011), Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations 'Protect, Respect and Remedy' Framework, 21.03.2011, A/HRC/17/31.
- Saage-Maaß, M. (2010), Geschäft ist Geschäft? Zur Haftung von Unternehmen wegen der Förderung staatlicher Menschenrechtsverletzungen, in: Kritische Justiz 43, 54-61.

- / Veith, Y. (2011), Keine usbekische Baumwolle aus Kinderhand auf den europäischen Markt. Mit soft law gegen Kinderzwangsarbeit?, in: Juridikum, 352-363.

Sassen, S. (2006), Territory, Authority, Rights, Princeton.

Schmitt, C. (1912), Gesetz und Urteil, Berlin.

Stäheli, U. (2000), Sinnzusammenbrüche. Eine dekonstruktive Lektüre von Niklas Luhmanns Systemtheorie, Weilerswist.

Teubner, G. (1999), Ökonomie der Gabe, in: Koschorke, A. u.a. (Hrg.), Widerstände der Systemtheorie, Berlin, 199-212.

- (2006), Die anonyme Matrix: Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, in: Der Staat 44, 161-187.
- (2008), Selbstsubversive Gerechtigkeit. Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 29, 9-36.
- (2010), Societal Constitutionalism and the Politics of the Common, in: Finnish Yearbook of International Law 21, 2-15.
- (2012), Das Recht vor seinem Gesetz: Franz Kafka zu (Un-)Möglichkeit kollektiver Selbstreflexion des Rechts, in: Stefan Keller/Stefan Wiprächtiger (Hrg.), Recht zwischen Dogmatik und Theorie: Marc Amstutz zum 50. Geburtstag, Baden-Baden, 277-296.
- (2012), Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Berlin.
- /Zumbansen, P. (2000), Rechtsentfremdungen: Zum gesellschaftlichen Mehrwert des zwölften Kamels, in: Zeitschrift für Rechtssoziologie 21, 189-215.

Trüstedt, K. (2012), Nomos und Narrative, in: Augsburg, I. u.a. (Hrg.), Die Innenwelt der Außenwelt der Innenwelt des Rechts, Tübingen, 59-77.

Vesting, T. (2011), Die Medien des Rechts, Bd. 1 (Sprache) und Bd. 2 (Schrift), jeweils Weilerswist.

Viellechner, L. (2011), Berücksichtigungspflicht als Kollisionsregel, in: Matz-Lück, N. u.a. (Hrg.), Grundrechte und Grundfreiheiten im Mehrebenensystem: Konkurrenzen und Interferenzen, Berlin, 109-160.

Vismann, C. (1992), Das Gesetz ‚DER Dekonstruktion‘, in: Rechtshistorisches Journal 11, 250-264.

- (2005), Two critiques of Law: Benjamin and Kraus, in: Cardozo Law Review 26, 1159-1174.
- (2006), Das Drama des Entscheidens, in: dies. u.a. (Hrg.), Urteilen/Entscheiden, München, 91-100.

Weber, S. (2008), Benjamin's abilities, Cambridge.

Wiethölter, R. (1985), Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, in: Kritische Justiz 18, 126-139.

- (1989), Ist unserem Recht der Prozeß zu machen?, in: Axel Honneth u.a. (Hrg.), Zwischenbetrachtungen. Im Prozeß der Aufklärung. Jürgen Habermas zum 60. Geburtstag, Frankfurt am Main 1989, 794-812.
- (2003), Recht-Fertigungen eines Gesellschafts-Rechts, in: Christian Joerges/Gunther Teubner (Hrg.), Rechtsverfassungsrecht. Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie, Baden-Baden 2003, 13-21.