

Gegenrechte

Herausgegeben von
ANDREAS FISCHER-LESCANO,
HANNAH FRANZKI und
JOHAN HORST

Mohr Siebeck

Gegenrechte



Gegenrechte

Recht jenseits des Subjekts

Herausgegeben von

Andreas Fischer-Lescano, Hannah Franzki
und Johan Horst

Mohr Siebeck

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

Hannah Franzki ist wissenschaftliche Mitarbeiterin (Post-Doc) im ERC-Forschungsprojekt „transnational force of law“ an der Universität Bremen.

Johan Horst ist wissenschaftlicher Mitarbeiter (Post-Doc) im ERC-Forschungsprojekt „transnational force of law“ an der Universität Bremen.



TRANSNATIONAL FORCE OF LAW

FUNDED BY THE EUROPEAN RESEARCH COUNCIL

Dieses Projekt wurde mit Mitteln aus dem Horizon 2020 Forschungs- und Innovationsprogramm des Europäischen Forschungsrates (ERC) gefördert (ERC-2014-CoG, No. 647313-Transnational Force of Law, Andreas Fischer-Lescano).

ISBN 978-3-16-156028-6 / eISBN 978-3-16-156029-3
DOI 10.1628/978-3-16-156029-3

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

© 2018 Mohr Siebeck Tübingen. www.mohrsiebeck.com

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

Das Buch wurde von Gulde Druck in Tübingen gesetzt, auf alterungsbeständiges Werkdruckpapier gedruckt und von der Großbuchbinderei Spinner in Ottersweier gebunden.

Vorwort

Das vorliegende Buch ist im Rahmen des ERC-Forschungsprojektes *Transnational Force of Law (tfl)* an der Universität Bremen entstanden. Das tfl-Forschungsprojekt geht der Frage nach, wie die aktuellen Entwicklungen der transnationalen Rechtsrealität normativ fundiert und kritisiert werden können. Zu diesem Zweck entwickelt es das Konzept einer transnationalen Rechtskraft. Es basiert auf der Annahme, dass eine normative Fundierung aus der polyzentrischen Natur der transnationalen Konstellation selbst entwickelt werden muss und nicht allein auf verfassungsstaatliche Bausteine setzen kann. Die verfassungsstaatlich schon prekäre Synthese von Recht und Staatsgewalt wird im transnationalen Recht durch das Zusammenwirken einer Vielzahl gesellschaftlicher Kräfte abgelöst. Transnationale Rechtskraft kommt nicht nur denjenigen Normen und Normordnungen zu, die auf eine staatlich oder anderweitig verfasste Gemeinschaft zurück gehen, sondern auch vertraglichen Netzwerken, Codes of Conduct und sonstigen vermeintlich privaten Normierungsformen ebenso wie subalternen, gegenhegemonialen und alternativen Normbildungen.

Um die normativen Herausforderungen der transnationalen Rechtskraft identifizieren und beschreiben zu können, werden im Rahmen des Forschungsprojekts drei exemplarische Bereiche des transnationalen Rechts untersucht: die transnationalen Finanzmärkte (*lex finanziaria*), die Internet Governance (*lex digitalis*) und die transnationalen Agrarmärkte (*lex agraria*). Diese drei Bereiche werden maßgeblich durch neue Formen der Rechtserzeugung, Rechtsdurchsetzung und Adjudikation geprägt und haben zugleich eine umfassende gesellschaftliche Diskussion über die richtige und gerechte normative Fundierung globalisierter Regelungsbereiche ausgelöst.

Für ein Verständnis transnationaler Normbildungen ist eine kritische Auseinandersetzung mit der Figur subjektiver Rechte von grundlegender Bedeutung, denn im transnationalen Recht scheint die Dogmatik subjektiver Rechte oft nicht mehr in der Lage zu sein, neuartige Phänomene der transnationalen Rechtsrealität adäquat zu erfassen. Vor diesem Hintergrund hat das Forschungsprojekt im Februar 2017 zu der Tagung „Kritik der subjektiven Rechte“ eingeladen. Die in diesem Band vereinten Texte sind außer den beiden nachträglich aufgenommenen Texten von Alexander Somek und Matthias Flatscher/Sergej Seitz anlässlich der Tagung entstanden. Sie nähern sich den subjektiven Rechten – und ihrer Kritik – aus unterschiedlichen Richtungen und entwerfen durchaus

divergierende Bilder des Rechts. Gerade diese Mehrstimmigkeit zeichnet den Freiraum der Imagination zwischen „der egalitären Politisierung und der naturalisierenden Entpolitisierung“ aus, den Christoph Menke in diesem Band als den Ort der Politik der Rechte identifiziert.

Für die Unterstützung bei der Organisation und Durchführung der Tagung sowie bei der Fertigstellung des Bandes möchten wir uns herzlich bei Jule Austermann, Nele Austermann, Appolinaire Apetor-Koffi, Sebastian Eickenjäger, Mar Escudero Morón, Elena Ewering, Hanna Haerkötter, Florian Nustede, Tore Vetter und Anna Wolfinger bedanken.

Bremen, Januar 2018

*Andreas Fischer-Lescano,
Hannah Franzki, Johan Horst*

Inhaltsverzeichnis

<i>Andreas Fischer-Lescano, Hannah Franzke und Johan Horst</i> Einleitung	1
<i>Christoph Menke</i> Genealogie, Paradoxie, Transformation. Grundelemente einer Kritik der Rechte	13
Rechtsgeschichten	
<i>Jean-François Kervégan</i> Was bedeutet es, Rechte zu haben?	35
<i>Chris Thornhill</i> Subjektive Rechte und Staatlichkeit	53
<i>Helge Dedek</i> Zur „Legalisierung des Natürlichen“. Subjektives Recht und Gewalt . . .	81
Kritik der Kritik	
<i>Alexander Somek</i> Der Grund der Rechte. Ein Versuch, die <i>Kritik der Rechte</i> zu verstehen	107
<i>Sonja Buckel</i> Die Bürde der subjektiven Rechte. Eine Auseinandersetzung mit der Rechtsphilosophie Christoph Menkes	125
<i>Dan Wielsch</i> Gesellschaftliche Transformation durch subjektive Rechte	141

Matthias Flatscher und Sergej Seitz

Destruktion der Souveränität. Das Verhältnis von Ordnung und
Störung in Christoph Menkes Rechtsphilosophie 165

Benno Zabel

Gerechtigkeit und „responsive“ Demokratie. Überlegungen zu einer
Idee der Selbstaufklärung des Rechts 187

Zur Aktualität von Gegenrechten

Tatjana Sheplyakova

Klagen als Ausübung der „Gegenrechte“ 205

Malte-C. Gruber

Fluide Zivilverfahren. Zur prozessualen Präsentation von
Ermöglichungs- und Gegenrechten 227

Johan Horst

Gerechtigkeit als dialektischer Vollzug. Das Programm eines Rechts der
Gegenrechte 249

Kolja Möller

Ein postheroischer Populismus? Zum Verhältnis von Populismus und
Reflexivität 277

Hannah Franzki

Von Staatsstreich und Teufelspakt. Zustände der Ausnahme 301

Daniel Loick

„Moment anstatt Grund“. Zur institutionellen Gestalt der Gegenrechte 325

Gegenrechte als transsubjektive Rechte

Pasquale Femia

Transsubjektive (Gegen)Rechte, oder die Notwendigkeit die Wolken in
einen Sack zu fangen 343

Gunther Teubner

Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte. Gegenrechte in ihrer
kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension 357

Andreas Fischer-Lescano

Subjektlose Rechte 377

Verzeichnis der Autorinnen und Autoren 421

Register 423

Einleitung

Andreas Fischer-Lescano, Hannah Franzki und Johan Horst

I. Subjektive Rechte und ihre Kritik	1
II. Überblick über den Band	3
1. Evolution der Rechte	4
2. Kritik der Rechte	5
3. Zur Aktualität der Gegenrechte	7
4. Transsubjektive Rechte	9
III. Die Kritik der subjektiven Rechte im transnationalen Recht	10

I. Subjektive Rechte und ihre Kritik

Wir kennen das moderne Recht nur als Recht der subjektiven Rechte. Subjektive Rechte sind die zentrale Begründungsfigur modernen Rechts. Und obwohl diese Figur seit ihrer Entstehung von Kritik begleitet wurde, werden Subjektivrechte als Grund moderner gesellschaftlicher Ordnung bis heute, so scheint es, als alternativlos empfunden. Dies gilt in Gestalt der Menschenrechte gerade auch für das transnationale Recht. Die drei Generationen der Menschenrechte unterscheiden sich zwar in Bezug auf die jeweiligen Schutzgüter, organisieren diesen Schutz aber ganz überwiegend subjektivrechtlich. Dabei greifen nicht nur Verfechter des Liberalismus, sondern auch diejenigen Akteure, die im Liberalismus den Ursprung vieler gesellschaftlicher Probleme sehen, in ihren politischen Kämpfen auf die Figur der Rechte zurück: um Freiheiten gegen Notstandsgesetzgebungen zu verteidigen, um die desaströsen Auswirkungen staatlicher Sparmaßnahmen auf breite Bevölkerungsschichten aufzuzeigen, um den durch Ressourcenabbau und Monokultur entstehenden Schaden für Menschen und Umwelt zu begrenzen, um Arbeitsbedingungen in den Fabriken am Ende transnationaler Wertschöpfungsketten zu verbessern oder um den Staat zu zwingen, gegen das zwangsweise Verschwinden von Personen vorzugehen.

Vor diesem Hintergrund scheint eine radikale Kritik der subjektiven Rechte das Privileg derer, die sich nicht auf sie berufen müssen. Über ihre Abschaffung, so mag man meinen, könnten nur diejenigen nachdenken, deren Körper nicht dem unmittelbaren Zugriff von Staat oder Privaten ausgesetzt sind. Die Ab-

schaffung subjektiver Rechte ist nur als absolute Rechtlosigkeit zu denken. Ohne subjektive Rechte, so die Angst, wird das Subjekt rechtlich schutzlos.

Dennoch ist es gerade jetzt wichtig, über die Figur der subjektiven Rechte hinaus zu denken und auf die permanente Gefährdung personaler, humaner und ökologischer Entfaltungsräume nicht lediglich reflexartig mit der Verteidigung subjektiver Rechte zu reagieren.¹ Bürgerliche Rechte ermöglichen nicht nur bürgerliche Freiheiten, sondern stützen auch ökonomische Ausbeutungsverhältnisse ab; sie schützen nicht nur vor Diskriminierung, sondern schreiben gleichzeitig koloniale und geschlechtsbezogene Ungleichheiten fort; sie fördern nicht nur soziale Teilhabe, sondern potenzieren zugleich die immensen globalen Ungerechtigkeiten und Exklusionsverhältnisse. Die Limitation subjektiver Rechte zeigt sich insbesondere in den unterschiedlichen Forderungen nach einer Ausweitung der Rechtssubjektivität auf Prozesse künstlicher Intelligenz, auf nicht-menschliche Lebensformen und allgemein die Natur. Darüber hinaus lassen die Dezentrierung der öffentlichen Gewalt und neuartige gesellschaftliche Kollisionslagen und Gewaltphänomene es allgemein als fraglich erscheinen, ob die Komplexität rechtlicher Beziehungen in der Weltgesellschaft im rechtlichen Passpartout der subjektiven Rechte überhaupt adäquat abgebildet werden kann. Die massiven Auswirkungen globaler Ungleichheiten und die zu Tage tretenden strukturellen Kollisionslagen lassen sich oft nicht in der Form subjektiver Rechte und subjektivrechtlich verfasster Verantwortungszuweisungen abbilden. Die Kämpfe um das Recht und um Rechte sind deshalb ein Anzeichen dafür, dass die gegenwärtige transnationale Rechtsordnung nicht in der Lage ist, menschliches Leben, soziale und kulturelle Entfaltungsräume sowie die natürliche Umwelt zu schützen. Die Frage nach anderen Formen gesellschaftlicher Interaktion und ihrer rechtlichen Ausgestaltung stellt sich damit umso dringender.

Die Figur der subjektiven Rechte hat seit ihrer Entstehung stets auch Unbehagen hervorgerufen. Schon Karl Marx kam in seinem Text *Zur Judenfrage* zu dem Befund, dass subjektive Rechte zwar die bürgerliche, nicht aber die menschliche Emanzipation ermöglichen.² Auch bei Hans Kelsen finden sich bereits kritische Äußerungen zur Figur der subjektiven Rechte und der damit zusammenhängenden Unterscheidung von Staat und Gesellschaft sowie öffentlichem und privatem Recht.³ Nicht zuletzt vor diesem Hintergrund diagnostizierte Niklas Luhmann, dass die Dogmatik subjektiver Rechte dazu zwingt, gesellschaftliche Konfliktlagen stets in die Form von Individualkonflikten zu bringen.⁴ Eine ver-

¹ Ähnlich argumentiert auch Wendy Brown, dass es angesichts neoliberaler Reformen des Staatsapparates nicht ausreiche, sich auf die Verteidigung liberaler Institutionen zu beschränken, siehe Wendy Brown, *Neo-Liberalism and the End of Liberal Democracy*, *Theory & Event* 7 (2003), S. 43 ff.

² Karl Marx, *Zur Judenfrage*, in: Karl Marx/Friedrich Engels, *Werke*, Band. 1, Dietz Verlag, Berlin (DDR), 1976, S. 347 ff.

³ Vgl. Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, London 1955, S. 97 f.

⁴ Niklas Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die mo-*

wandte Kritik lässt sich auch bei Jürgen Habermas finden, der in Bezug auf das dialektische Verhältnis formaler und materieller Gleichheit darauf hinwies, dass die subjektivrechtliche Absicherung privater Autonomie nur im Gleichschritt mit der Aktivierung staatsbürgerlicher Autonomie erfolgen könne.⁵ Auch feministische Rechtskritik hat wiederholt dafür plädiert, auf die individualistische *ethics of rights* mit einer *ethics of care* zu antworten, die die Bedürftigkeit von Menschen und ihre Abhängigkeit zum Ausgangspunkt nimmt.⁶ Schließlich haben Wendy Brown und Gayatri Spivak auf die problematische Rolle subjektiver Rechte für Projekte gesellschaftlicher Emanzipation aufmerksam gemacht.⁷

Zuletzt hat Christoph Menke mit seiner *Kritik der Rechte* und dem Vorschlag eines neuen Rechts der Gegenrechte der Debatte um die subjektiven Rechte grundlegend neue Impulse gegeben. Aus einer Rekonstruktion des bürgerlichen Rechts, das subjektive Rechte als Form der Gleichheit einsetzt, entwickelt Menke ein neues Verständnis von Gesetz und Natur. Vor diesem Hintergrund vollzieht er eine radikale Kritik des bürgerlichen Rechts, die in der Revolution eines neuen Rechts der Gegenrechte ihren begrifflichen Ausdruck findet. Die Gegenrechte werden dadurch charakterisiert, dass sie den Gegensatz von Recht und Nichtrecht anders vollziehen. Dieser Vollzug zeichnet sich dadurch aus, dass in ihm alle Subjekte zur politischen Teilhabe befähigt werden. Zugleich aber sichert das Recht in Form der Gegenrechte das Recht auf Nichtteilnahme und Passivität:

Derjenige Zustand einer sozialen Praxis ist gerecht, in dem alle die Macht der Teilnahme haben *und* jeder das Gegenrecht des Ohnmächtigen hat. Denn das ist die Ordnung des Sozialen, die dem Subjekt gerecht wird.⁸

Mit den Gegenrechten bietet Menke mithin eine Figur an, die einerseits die politische Partizipation im Rahmen der Selbstgesetzgebung sichern und andererseits vor der Herrschaft des Rechts, seinen Zuschreibungen und seiner Gewalt schützen soll.

II. Überblick über den Band

Die Beiträge im vorliegenden Band setzen sich mit der Kritik der Rechte aus unterschiedlichen Perspektiven auseinander und fragen, inwieweit die Figur der

derne Gesellschaft, in: Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt am Main 1981, S. 45 ff.

⁵ Jürgen Habermas, Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaates, Frankfurt am Main 1997, S. 109 ff.

⁶ Carol Gilligan, Die andere Stimme, München 1996.

⁷ Gayatri Chakravorty Spivak, Righting Wrongs – Unrecht richten, Zürich 2008; Wendy Brown, Suffering the Paradoxes of Rights, in: Brown/Halley (Hg.), Left legalism, Durham 2002, S. 420 ff.

⁸ Christoph Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015, S. 396.

Gegenrechte ein nicht gewaltvolles, selbstreflexives Recht ermöglicht. Sie folgen dabei unterschiedlichen Ansätzen und Strategien und sind entsprechend in vier Abschnitte eingeteilt.

Vorangestellt ist ihnen ein Beitrag *Christoph Menkes*, der im Anschluss an die *Kritik der Rechte* das Programm einer kritischen Unterscheidung zweier entgegengesetzter Verständnisse der Rechte – subjektive Rechte und Gegenrechte – näher erläutert. Die erste Erläuterung betrifft dabei den Begriff der Kritik, die zweite die Konzeption der Gegenrechte. In diesem Zusammenhang geht Menke auch auf die Frage ein, inwieweit eine (transformative) Politik der Gegenrechte in aktuelle Kämpfe im und ums Recht eingeschrieben werden muss und kann.

1. Evolution der Rechte

Die Beiträge im ersten Abschnitt des Buches ergänzen und hinterfragen liberale Betrachtungen subjektiver Rechte und ihre Geschichte. In diesem Sinne fragt *Jean-François Kervegan* zunächst noch einmal ganz grundsätzlich, was es bedeutet Rechte zu haben und gibt sodann einen Überblick über die Antworten, die unterschiedliche Theorien auf diese Fragen gegeben haben. Kervegan unterscheidet dabei moralische Rechte von dem, was er Rechte im strikten Sinne nennt. Zwar könne es strategisch wirkungsmächtig sein, eine Forderung als „rights claim“ zu formulieren, ein Recht im engeren Sinne müsse aber normativ gesichert sein, um als Recht zu gelten.

Auch der Beitrag von *Helge Dedek* bezieht sich auf den ersten Teil der *Kritik der Rechte*, indem er den beiden von Menke entwickelten Genealogien der subjektiven Rechte aus dem Privatrecht einen dritten Durchgang durch die Geschichte an die Seite stellt. *Dedek* betont dabei, dass es sich bei der so entstehenden Rechtsgeschichte nicht um eine tatsächliche, kontinuierliche Entwicklung handelt, sondern um das Produkt von Rückgriffen. In der Rekonstruktion dieser Rückgriffe fokussiert er anders als Menke nicht die Legalisierung des Natürlichen, sondern den Gewaltbegriff. Dabei zeigt er auf, wie die Konzeptualisierung rechtlicher Beziehungen auf Bilder von „Gewaltverhältnissen“ im Sinne von Macht- und Beherrschungsstrukturen (insbesondere die „Gewalt“ des Hausvaters des antiken Haushalts) zurückgreift. In der Konsequenz verleihe das subjektiv, als *qualitas moralis* verstandene Recht der Person die Qualität als *Inhaber von Gewalt*, innerhalb eines Machtkreises offenbar „souverän“ zu herrschen. Indem wir dieses Element in der Herausbildung subjektiver Rechte zur Kenntnis nehmen, wird deutlich, dass die menschliche Interaktion durch die Berufung auf Rechte in der Folge auch immer eine mitgesprochene Kampfanzeige und Gewaltdrohung ist, die die Kommunikation auf eine andere Ebene verlagert und dabei auch dem Kommunikationsvorgang selbst Gewalt antut.

Chris Thornhills Beitrag ergänzt die Betrachtung der modernen subjektiven Rechte, indem er die Gleichursprünglichkeit von subjektiven Rechten und

Staatlichkeit in der liberalen Theorie näher betrachtet. Zwar falle die Herausbildung der subjektiven Rechte mit der Herausbildung kapitalistischer Ordnung zusammen. Aber die Ausgrenzungsbestrebungen, die mit der Identifizierung von *Bourgeois* und *Citoyen* und der Begrenzung politischer Teilhabe einhergingen, wurden von einem soziologischen Inklusionsprozess konterkariert. Der Begriff des Staatsbürgers als Begründungsfigur liberaler Ordnung, so die zentrale These Thornhills, wecke einen normativen Inklusionsanspruch und destabilisiere so die Legitimation staatlicher Ordnung. Der Preis, den man aber letztlich für die Stabilisierung der Form des modernen politischen Systems bezahlt habe, sei die Vermittlung staatsbürgerlicher Inklusionserwartungen über einzelne, segmentär konstruierte Rechte, die in einer Fragmentierung des Staatsbürgers gemündet habe.

2. Kritik der Rechte

In einem zweiten Abschnitt folgen vier Beiträge, die das Verhältnis von Eigen- und Fremdbeschreibung des Rechts fokussieren sowie die Implikationen einer rechtsphilosophischen Perspektive auf subjektive Rechte beleuchten.

Alexander Somek rekonstruiert in seinem Beitrag zunächst den Argumentationsgang der *Kritik der Rechte* und fragt dann nach dem spezifischen Mehrwert zweier theoretischer Ansätze, die Menkes Beschreibung der Figur der Rechte sowie seine Überlegungen zu den Gegenrechten prägen: Niklas Luhmanns Systemtheorie sowie die Moralgenealogie Friedrich Nietzsches. Somek argumentiert, dass der auf das Verhältnis von Recht und Nichtrecht gerichtete Fokus, der der systemtheoretischen Rechtsbeschreibung folge, den Blick auf die zentrale Bedeutung des Verhältnisses von Recht und Moral verdecke. Die systemtheoretische Darstellung mache sich systematisch dafür blind, dass das Zulassen von Willkür (dem Eigenwillen) einer Unvernunftsvermeidungsanstrengung entspringe, die das Recht zu dem mache, was es ist: eine selbstreflexive Korrektur der Moral. Auch in Bezug auf den Sklavenaufstand verteidigt Somek liberale Rechtsbeschreibungen gegen Menkes Kritik. Insbesondere sei die Freiheit zur Nichtteilnahme, die laut Menke durch die Gegenrechte verwirklicht werden soll, auch schon in den liberalen Rechten verwirklicht.

Auch *Dan Wielsch* problematisiert Menkes Beschreibung der Funktion subjektiver Rechte, allerdings in anderer Weise als dies bei Somek geschieht. Die kritische Philosophie übernehme mit dem Fokus auf private subjektive Rechte eine Prämisse aus dem liberalen Begründungsdiskurs, ohne jedoch die Prozesshaftigkeit des subjektiven Rechts freizulegen. Gegen die unilaterale Rekonstruktion, die lediglich die Relevanz subjektiver Rechte für die Herausbildung des Wirtschaftssystems (Markt) betrachte, setzt Wielsch auf eine multilaterale Rekonstruktion subjektiver Rechte. Vor dem Hintergrund des Rechts der Europäischen Union zeigt er auf, wie zwar im Unionsrecht die Funktion subjek-

tiver Rechte auf die Gewährleistung einer bestimmten sozialen Institution, nämlich des gemeinsamen Marktes, ausgerichtet sei. Dennoch könnten subjektive Rechte nicht ontologisch auf den Schutz privater Freiheit oder des individuellen Willens reduziert werden. An dieser Stelle verweist Wielsch auf universale Rechte, wie sie zum Beispiel in der Allgemeinen Menschenrechtserklärung der Vereinten Nationen zum Ausdruck kommen. Während in den subjektiven Rechten des Privatrechts und ihrer Dogmatik eine Engführung auf die Normativität spezifischer Sozialbereiche eintreten kann, fordern Wielsch zufolge universale Rechte den jeweiligen Bereichsdogmatiken eine Auseinandersetzung mit gegenläufigen Rationalitäten ab. Die von Wielsch formulierte Kritik subjektiver Rechte betrifft somit unter anderem den Fokus auf philosophische Begründungsdiskurse, der dazu führe, dass Entwicklungen in der tatsächlichen Operationalisierung subjektiver Rechte nicht zur Kenntnis genommen würden.

Ähnlich beschäftigt sich auch der Beitrag von *Sonja Buckel* mit den Konsequenzen einer *rechtsphilosophischen* Kritik subjektiver Rechte, die das Recht aus sich selbst heraus betrachtet. Anders als bei Wielsch ist für Buckel jedoch nicht die Privilegierung privater subjektiver Rechte über die universalen Rechte problematisch, sondern eine Überbewertung der Bedeutung subjektiver Rechte allgemein, auf denen folglich die gesamte Bürde des bürgerlichen wie des revolutionären Rechts lastet. Indem sie Menkes Materialismus der Form mit einer sozialwissenschaftlichen Rechtsformanalyse in Verbindung bringt, lenkt sie den Blick auf die gesellschaftlichen Kämpfe ums Recht. Vor diesem Hintergrund formuliert Buckel abschließend Fragen, die sich aus einer gesellschaftstheoretischen Zuspitzung des Konzepts der Gegenrechte ergeben. Es stelle sich die Frage, so Buckel, wer die aufständischen „Sklaven“ sind, denen Menke die Bejahung der Passivität in den Mund legt. Buckel weist darauf hin, dass das Gegenrecht auf Passivität selbst noch ein bürgerlicher Traum sein könnte. Auch sei unklar, wer die Gegenrechte gegen die Aktiven erkämpfen solle und welche Rolle der Staat – mit seinem Gewaltmonopol – bei ihrer Durchsetzung spiele.

Auch der Beitrag von *Matthias Flatscher* und *Sergej Seitz* fragt nach der Beschaffenheit der Gegenrechte und problematisiert dabei insbesondere das Verständnis von Passivität, das dem Programm der Gegenrechte zu Grunde liegt. Flatscher und Seitz fokussieren dafür zunächst das Verhältnis von Ordnung und Störung in Menkes Konzeption der Gegenrechte. Hier, so die These der Autoren, sei keine normative Unterscheidung von Rechtskonformität und Devianz mehr denkbar. Gerechtigkeit wird zum formalen Prinzip der Erneuerung, die Störung zum Prinzip von Gerechtigkeit. Sobald aber die Störung der Ordnung immanent ist, bestehe die Gefahr der Totalisierung und Entpolitisierung. Um einer erneuten Affirmation von Souveränität zu entgehen, schlagen die Autoren vor, auf einen Moment der Alterität zu rekurrieren. Passivität als zentrales Movens der Gegenrechte würde dann nicht mehr *politisch* aktivistisch

als das Ausbleiben von Handlung verstanden, sondern würde, mit Levinas, zu einem irreduziblen *ethischen* Moment.

Benno Zabel setzt sich in seinem Beitrag kritisch mit der Störung als Prinzip des Politischen bei Menke auseinander. Er beruft sich hierzu allerdings nicht auf eine Ethik, sondern diskutiert das Verhältnis von bürgerlichem und neuem Recht. Gegenrechte könnten ihre kritische Funktion nur erfüllen, wenn sie sich auf eine existierende Rechteordnung beziehen können. Dadurch, dass das neue Recht die traditionelle liberale Ordnung dynamisieren soll, bestehe aber die Gefahr, dass aus der Affirmation des Politischen eine Marginalisierung des (Gesetzes-) Rechts folge. Es sei unklar, welches normative Projekt die Gegenrechte eigentlich anvisieren und wie in der Figur der Gegenrechte das Freiheitspotential der subjektiven Rechte überhaupt noch abgebildet werden könne. Vor diesem Hintergrund warnt Zabel vor einer vollständigen Politisierung des Rechts und verweist auf die Aufgabe des Rechts, bestimmte Bereiche zu entpolitisieren.

3. Zur Aktualität der Gegenrechte

Die Frage nach dem Ort und der Umsetzung der anvisierten Revolution der Gegenrechte, und damit auch die Frage, inwieweit Gegenrechte sich innerhalb der bürgerlichen Rechtsordnung verwirklichen lassen, stehen im Zentrum des dritten Abschnittes. Die hier versammelten Beiträge zielen darauf ab, die Figur der Gegenrechte zu konkretisieren. Sie formulieren, was ein Recht der Gegenrechte leisten müsste und untersuchen aktuelle Rechtspraxen auf gegenrechtliche Momente.

Tatjana Sheplyakovas Beitrag stellt ausgehend vom radikalen Prozesscharakter des Rechts die Bedeutung der Klage für die Geltendmachung von Gegenrechten in den Vordergrund. Gegenrechte sind für Sheplyakova eine andere Form des Vollzugs des Rechts, die sich gegen die Kopplung von Macht und Recht richtet. Die Klagemöglichkeit bzw. das Recht auf Rechtsschutz sei vor diesem Hintergrund die unerlässliche Bedingung dafür, dass es in einer Ordnung überhaupt Rechte geben kann, die nicht mehr rein instrumentell (als Interessendurchsetzung) zu verstehen sind, sondern (auch) einen nicht-instrumentellen Zweck entfalten, der darin bestünde, die Trennung von Macht und Recht zu institutionalisieren. Ihre zentrale These lautet dabei, dass das, was Menke als zentrales Element eines neuen Rechts der Gegenrechte formuliert, schon in der Form der Klage aktualisiert ist. Was Menke Gegenrechte nennt, so Sheplyakova, seien letztlich Rechte, die sich in ihrer Doppelstruktur von Anspruch *und* Klage der Gleichsetzung von politischer und privatrechtlicher Macht widersetzen und auf diese Weise die Logik des bürgerlichen Rechts hinter sich lassen.

Malte Gruber untersucht ebenfalls zivilrechtliche Klageverfahren auf ihr gegenrechtliches Potential. Gegen die Auffassung, es sei die primäre Aufgabe des

Zivilprozesses nur subjektive Privatrechte der Parteien durchzusetzen, plädiert Gruber für ein soziales Privatrecht, das Zivilrechtsklagen nicht länger an subjektive Rechte bindet. In diesem Sinne verweist Gruber darauf, dass die Schuldrechtsmodernisierung von 2002 nicht als Krise des Privatrechts gewertet werden müsse, sondern dass sie den Verbraucherschutz dort ermögliche, wo Individualklagen keinen vergleichbaren Erfolg versprechen. Am Beispiel des Falles „*Battlefield*“ zeigt er auf, dass insbesondere Verletzungen von Datenschutzrichtlinien erst in der kollektiven Dimension schädlich und wirtschaftlich relevant sind und Individualklagen somit nicht den Kern des Problems erfassen würden. Vor diesem Hintergrund fordert Gruber die Entwicklung von Klageformen, die die Gegenrechte auf Nicht-Teilnahme und -Berücksichtigung umsetzen. Insbesondere an Klagerechte für Institutionen sei hier zu denken, denn sie entlasten die einzelnen Geschädigten davon, ihre noch nicht begriffenen, „latenten“ Rechte in ohnehin aussichtslosen Individualklagen geltend zu machen.

Der Beitrag von *Johan Horst* macht das Programm der Gegenrechte für das transnationale Recht fruchtbar. Horst hebt hervor, dass die Gegenrechte wesentlich als eine dialektische Vollzugsform des Rechts zu verstehen sind, die aus der Autonomie des Rechts das Nichtrecht in einer Alteritätsorientierung berücksichtigen. Vor diesem Hintergrund untersucht er anhand von Beispielen, wie diese Responsivitätserwartungen für das transnationale Recht konkretisiert werden können. Mit der Politisierung, Entsetzung und Diskursivität benennt er sodann drei Dimensionen eines Vollzugs des transnationalen Rechts, die das Programm der Gegenrechte in der Rechtspraxis anleiten könnten.

Kolja Möller wiederum macht in seinem Beitrag die *Kritik der Rechte* für die Analyse populistischer Politikformen fruchtbar. Populistische Bewegungen, die beanspruchen den Volkswillen gegen eine sich verselbständigende Elite zu vertreten, seien in der Struktur der Demokratie angelegt und nicht etwa ein anti-demokratisches Phänomen. Wie auch Chris Thornhill für die Figur des Staatsbürgers, identifiziert Möller mit dem Konzept der Volkssouveränität einen im bürgerlichen Recht angelegten Widerspruch. Einerseits werde ein sich selbst bestimmendes, politisches Volk, das sich aus den mit Teilnahmerechten ausgestatten *citoyens* zusammensetzt, zur Gründungsmacht erhoben. Andererseits stieße aber die Selbstregierung an die Grenze der subjektiven Rechte des unpolitischen Volks der Privatbürger. Entsprechend Menkes Suche nach Gegenrechten, die sich gegen die Naturalisierung des Subjektes und seines Willens richten, fragt Möller nach der Möglichkeit eines Populismus, der die Kategorie Volk weder reifiziert noch annimmt, der Volkswillen könne sich unabhängig von bestehenden Strukturen denken.

Auch der Beitrag von *Hannah Franzki* bezieht die *Kritik der Rechte* auf ein aktuelles Phänomen. Franzki greift die Problematik des Verhältnisses von Recht und Gewalt, aus der Menke die Notwendigkeit eines Rechts der Gegenrechte entwickelt, auf, indem sie das von Menke beschriebene Paradox der gleichzeiti-

gen Gewaltaufhebung und Gewaltanwendung im Recht vor dem Hintergrund der rechtlichen Aufarbeitung systematischer Menschenrechtsverletzungen nachvollzieht. Franzki stellt dem Ausnahmezustand der Diktatur, in dem das Recht suspendiert ist, den Mythos vom *Familiar* gegenüber. Dieser beschreibt die vom bürgerlichen Recht aufrechterhaltene und verschleierte Gewalt des kapitalistischen Ausnahmezustands. Wenn das Recht Gewalt nicht nur begrenzt, sondern auch immer wieder einsetzt, stelle sich die Frage nach dem Gerechtigkeitsversprechen von Strafverfahren in Reaktion auf Systemunrecht. Dieses wird von Franzki dort verortet, wo Strafverfahren Konstellationen hervorbringen, in denen nicht nur die Gewalt der Vergangenheit, sondern auch die der gegenwärtigen Rechtsordnung in Erscheinung tritt.

Daniel Loick sieht die Aktualität eines Rechts der Gegenrechte in seiner Ähnlichkeit mit den diasporischen Rechtspraktiken des Judentums. Er liest das Programm eines neuen Rechts als Forderung nach einer grundlegend anderen Rechtsordnung. In seinem Beitrag arbeitet er zunächst die Charakteristika dieser neuen Ordnung heraus. Zentrale Anforderung sei es, die Interessen, Bedürfnisse und Begierden der Menschen nicht länger zu naturalisieren, sondern zu politisieren. Diese Anforderung an eine Gesellschaft der Gegenrechte sieht er in einer Gemeinschaft von Interpret_innen verwirklicht. Der freie Wille sei dann nicht länger Grund subjektiver Rechte, sondern lediglich Moment in einem kollektiven, pluralistischen Studium des Gesetzes. Loick spezifiziert diese Bewegung von Grund zu Moment in fünf Thesen und weist darauf hin, dass die so dargestellte Rechtspraxis den diasporischen Rechtspraktiken des Judentums ähnelt, von denen sich die kommende gegenrechtliche Transformation leiten lassen sollte.

4. *Transsubjektive Rechte*

Drei weitere Beiträge versuchen abschließend, das Programm der Gegenrechte als transsubjektive Rechte weiter zu denken und zu spezifizieren.

Pasquale Femia zeigt, wie schon innerhalb des bestehenden Rechtssystems eine infrasystemische Subversion wirksam ist. In die immanente Normativität des Rechts ist von Beginn an die Möglichkeit einer radikalen Selbstreflexivität eingelassen, da sich die Rechtsform stets im Hinblick auf ihr Anderes relationieren muss. Zwar schränkt die bisherige Form der subjektiven Rechte diesen Vorgang ein, doch eine Transformation des Rechts bleibt als Möglichkeit präsent. Dann wandeln sich, so Femia, subjektive Rechte zu transsubjektiven und formdestituierenden Gegengrundrechten. Femia hebt dabei insbesondere den transitiven Charakter der Überschreitungsbewegungen hervor: Das Recht öffnet sich hier nicht nur einseitig gegenüber anderen Personen oder Gegenständen, die es bisher in seiner Funktionsweise nicht berücksichtigen konnte, sondern geht in jedem Schritt über sich selbst hinaus.

Gunther Teubner schließt an die Kritik der Reifizierung des Willens an, indem er drei nicht-individuelle Dimensionen subjektiver Rechte hervorhebt, die die Annahme eines individuellen Willens als Fiktion entlarven: die Dimension der Kommunikationen, die der Kollektivakteure sowie die der Kommunikationsmedien. So seien zwar offiziell die Individuen die Subjekte subjektiver Rechte, ihre heimlichen Subjekte aber seien soziale Prozesse der Interaktion, der Organisation und der Kommunikationsmedien. Schon bei Kollektivakteuren stelle sich die Frage, auf welchen „Willen“ subjektive Rechte eigentlich verweisen. Vor diesem Hintergrund müsse ein „neues Recht“ es darauf anlegen, nicht nur im individuellen Bewusstsein, sondern auch in der sozialen Kommunikation affektive Potentiale freizusetzen. Hier müsste dann für jeden gesellschaftlichen Handlungsbereich getrennt bestimmt werden, wie und an welcher Stelle ein neues Recht Gegenrechte institutionalisieren könnte.

Auch *Andreas Fischer-Lescanos* Beitrag verweist darauf, dass das Rechtssubjekt ein semantisches Artefakt ist. Er spitzt das Konzept der Gegenrechte, das die soziale Personalität ernst nimmt, auf den Begriff der subjektlosen Rechte zu. Subjektlose Rechte sind nötig, um menschliche, ökologische und soziale Kräfte aufeinander zu beziehen. Sie führten zu Berechtigungen, die zwar auch die Form von „Rechten“ annehmen, aber eben nicht Rechte *des* Subjekts sind, sondern subjektlos wirkten.

III. Die Kritik der subjektiven Rechte im transnationalen Recht

Gerade für ein Verständnis transnationaler Normbildungen ist eine kritische Auseinandersetzung mit der Figur subjektiver Rechte von grundlegender Bedeutung. Im transnationalen Recht scheint die Dogmatik subjektiver Rechte oft nicht mehr in der Lage zu sein, neuartige Phänomene der transnationalen Rechtsrealität adäquat zu erfassen: Dies gilt zunächst in deskriptiver Hinsicht etwa für die Schwierigkeiten, die in transnationalen Vertragsnetzwerken erzeugten strukturellen Auswirkungen subjektivrechtlich zuzuordnen; ebenso für die Unmöglichkeit komplexe und multipolare Kollisionslagen mittels subjektivrechtlicher Zweipersonenverhältnisse widerzugeben oder für die Herausforderung die Artikulationen subalternen Interessen ohne die Zuschreibungen der eurozentrischen Sprache subjektiver Rechte zu ermöglichen.

Die Problematik der Figur subjektiver Rechte verschärft sich in normativer Hinsicht nochmals dadurch, dass die Dogmatik subjektiver Rechte die pluralen Gefährdungslagen der transnationalen Konstellation für die personalen, humanen und ökologischen Umwelten nur unzureichend identifizieren und abfedern kann. Die schwierigen Diskussionen um die Horizontal-Wirkung von Menschenrechten und die Menschenrechtspflichten transnationaler Unternehmen zeigen, dass die hier in Rede stehenden Gefährdungslagen ihrer Art nach nicht

mehr allein durch individuelle Verantwortungszuweisung und subjektive Rechte eingefangen werden können. Transnationale Klima- und Umweltgerechtigkeit, die Ermächtigung indigener und subalternen Lebenszusammenhänge, der Schutz von Privatheit vor staatlicher und ökonomischer Überwachung, der Ausgleich zwischen den Interessen des Globalen Nordens und Südens und allgemein die Abfederung der desaströsen Auswirkungen des Übergreifens funktionaler Eigenrationalitäten gesellschaftlicher Teilbereiche sind nicht mehr allein subjektivrechtlich erfassbar.

Eine normativ überzeugende Theorie des transnationalen Rechts muss daher im Kern an der Kritik der Figur subjektiver Rechte ansetzen. Mit den Gegenrechten thematisiert dieser Band einen Vorschlag, der den Versuch unternimmt, über die Limitationen subjektiver Rechte radikal hinauszugehen. Die Gegenrechte erschöpfen sich dabei nicht in der Erfindung neuer Rechte⁹ und Rechtssubjekte. Neue Rechte auf Teilhabe, Rechte der Natur etc. sind nur der eine Teil dieses Vorschlags. Zugleich muss „die Frage nach der Form dieser Rechte“¹⁰ gestellt werden. Die Limitationen und Verstellungen der Form subjektiver Rechte müssen selbst zum Thema einer Politik der Rechte werden. Eine derartige

Politik der Erfindung neuer Rechte würde als eine Politik *zwischen* zwei Formen verstanden, als eine Politik nicht bloß des Übergangs, sondern der aktiven Überführung der einen in die andere Form. Die Politik der Erfindung neuer Rechte wäre der Beginn einer Politik der Formveränderung: eine (rechtsform-)transformative Politik.¹¹

Die transformative Bestimmung der Rechte aus dem Gegebenen der subjektiven Rechte ist die interdisziplinäre Herausforderung dieses Bandes.

⁹ Vgl. hierzu Jacques Derrida, Nicht die Utopie, das Un-Mögliche, in: ders., Maschinen Papier, Wien 2006, S. 321 ff. (324).

¹⁰ Christoph Menke, in diesem Band, S. 30.

¹¹ A. a. O.

Genealogie, Paradoxie, Transformation

Grundelemente einer Kritik der Rechte¹

Christoph Menke

I. Teil	14
1. Genealogie der Form	14
2. Kritik und Paradoxie	17
II. Teil	21
1. Ein anderes Recht	21
2. Andere Rechte	24
3. Ausblick auf eine transformative Politik der Rechte	28

Wozu Rechte? Weshalb gibt es Rechte, wie gibt es sie und welche Folgen hat es, dass (oder wenn) es sie gibt? Diese Frage verlangt eine doppelte, in sich entgegengesetzte Antwort. Die Antwort muss die Form der Rechte so bestimmen, dass sie sie zugleich zurückweist und bejaht, also verteidigt. Wenn die Frage für die gegenwärtig existierende Gestalt der Rechte – das sind die „subjektiven“ Rechte im „bürgerlichen“ Recht² – gestellt wird, so führt ihre Beantwortung auf einen grundlegenden Zug dieser Form, der sie falsch macht: Die bürgerliche Form der subjektiven Rechte beruht auf einem Fehler. Dieser Fehler führt dazu, dass im bürgerlichen Recht die Rechte als „Eigenrechte“ konzipiert und praktiziert werden.³ Indem das Falsche der herrschenden Gestalt der subjektiven oder Eigenrechte aufgewiesen wird, erscheint aber zugleich die Möglichkeit einer anderen Gestalt der Rechte – einer richtigen Antwort auf die Frage: Wozu

¹ Die folgenden Überlegungen sind ein erster Versuch, auf Einwände zu antworten und Unklarheiten zu beheben, die in Diskussionen über meine *Kritik der Rechte* (Berlin 2015) aufgetreten sind. Ich danke dafür den Teilnehmern an der Tagung in Bremen im Februar 2017 (deren Beiträge in diesem Band versammelt sind) sowie an Workshops in Leipzig, Berlin, Frankfurt, Wien und Bonn. Siehe auch das „Gespräch über die Möglichkeiten, Grenzen und Gefahren einer Politisierung der subjektiven Rechte“ mit Christian Schmidt und Benno Zabel in: *Rechtsphilosophie. Zeitschrift für Grundlagen des Rechts* 1 (2017), S. 54–79 sowie meine Antworten auf Fragen von Peter Moser zur „Transformation des Rechts“ in: *Information Philosophie* 2 (2017), S. 88–90.

² Das bürgerliche Recht meint hier: das Recht der bürgerlichen Gesellschaft.

³ Zu diesem Ausdruck (den ich von Roberto Esposito übernehme) siehe *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, Kap. 9.

Rechte? Diese andere Bestimmung der Form der Rechte ist die eines neuen oder „anderen Rechts“.

Ich möchte im Folgenden dieses Programm einer kritischen Unterscheidung zweier entgegengesetzter Verständnisse (und damit zugleich einander bekämpfender Politiken) der Rechte in zwei Hinsichten weiter erläutern. Die erste Erläuterung betrifft den Begriff der Kritik. Die Aufgabe der Kritik ist die Unterscheidung, ja, Entscheidung zwischen dem Richtigen und dem Falschen; die kritische Einstellung ist „scheidend und entscheidend“.⁴ Wie verfährt diese kritische Unterscheidung zwischen den beiden Weisen, die Idee der Rechte zu verstehen – zwischen dem bürgerlichen und dem anderen Recht? Was ist das Maß dieser Unterscheidung und wie bestimmt sich darin das Verhältnis der beiden Rechtsformen (Teil 1)? Die zweite Erläuterung gilt der Neubestimmung der Rechte in der Konzeption eines „anderen“ Rechts (Teil 2). Diese Neubestimmung folgt aus der Kritik der subjektiven Rechte: Die Kritik, die das Falsche der subjektiven Rechte aufweist, legt damit zugleich die Bedingungen ihres richtigen Verständnisses fest. Die Kritik an der Form der subjektiven Rechte transformiert sie in die – ganz anders verfassten – Rechte des anderen Rechts. Damit öffnet die Kritik der Rechte zugleich den Spielraum für eine andere, transformative Politik der Rechte.

I.

1. Genealogie der Form

Die Kritik der Rechte folgt methodisch Marx' Modell der Kritik der politischen Ökonomie, das er im ersten Band des *Kapitals* so zusammenfasst: „Die politische Ökonomie hat nun zwar, wenn auch unvollkommen Wert und Wertgröße analysiert und den in diesen Formen versteckten Inhalt entdeckt. Sie hat [jedoch] niemals auch nur die Frage gestellt, warum dieser Inhalt jene Form annimmt, warum sich also die Arbeit im Wert [...] darstellt?“⁵ Dass die Kritik der Rechte diesem Modell folgt, besagt, dass sie *in Analogie* zur Kritik der politischen Ökonomie verfährt; die Kritik der politischen Ökonomie ist nicht die Grundlage der Kritik der Rechte – die Kritik der Rechte erfolgt also nicht so und dadurch, dass die Rechte auf die politische Ökonomie zurückgeführt und ihre Form durch sie erklärt würde.⁶ Die Kritik der Rechte muss vielmehr für das (bürgerliche) Recht dasselbe versuchen, das Marx für die (bürgerliche) politische Ökonomie getan hat. Diese Analogie hat drei Aspekte.

⁴ Walter Benjamin, Zur Kritik der Gewalt, in: Gesammelte Schriften, Frankfurt am Main 1977, Bd. II.1, S. 202.

⁵ Karl Marx, Das Kapital, Bd. I, in: Marx-Engels-Werke, Berlin 1977ff., Bd. 23, S. 94f.

⁶ Siehe dazu Menke (Fn. 3), 266–270.

1. Marx' Kritik gilt der politischen Ökonomie als einer bestimmten Weise, den Tauschwert zu analysieren, den eine Ware relativ zu anderen Waren hat. Ebenso ist die Kritik der subjektiven Rechte die Kritik an einer bestimmten Weise, die Rechte zu analysieren, die eine Person relativ zu anderen hat. Mit-hin ist der Gegenstand der Kritik zunächst eine bestimmte Denkweise: die herrschende, bürgerliche Weise, die Rechte einer Person relativ zu anderen Personen zu verstehen. Diese Denkweise, gegen die sich die Kritik wendet, ist die des Liberalismus. Kritik der politischen Ökonomie heißt Kritik des ökonomischen Liberalismus, und Kritik der subjektiven Rechte heißt Kritik des juristischen (auch des sog. „politischen“) Liberalismus.
2. Die bürgerliche politische Ökonomie, der Marx' Kritik gilt, analysiert den Tauschwert einer Ware als eine Form, in der ein bestimmter Inhalt steckt (oder „versteckt“ ist). Dieser Inhalt, den die politische Ökonomie nach Marx zurecht im Tauschwert entdeckt hat, ist die Arbeit. Ebenso gilt für die Kritik der Rechte, dass der Liberalismus, den sie kritisiert, die subjektiven Rechte der Person als eine Form analysiert, in der ein bestimmter Inhalt steckt. Dieser Inhalt ist der rechtliche Status jedes Einzelnen. Genauer: Der Inhalt der Rechte, die Personen einander gegenüber haben, ist der normative Status der Gleichheit.
3. Nach Marx' oben zitierter Bestimmung setzt die Kritik an der Wertanalyse in der herrschenden, bürgerlichen politischen Ökonomie damit ein, eine Frage aufzuwerfen, die diese „niemals auch nur gestellt“ hat. Das ist die Frage, „warum dieser Inhalt jene Form annimmt, warum sich also die Arbeit im Wert darstellt“. Die Kritik besteht also darin, ein Darstellungsverhältnis in den Blick zu nehmen (und nach seinem Verfahren, seinen Effekten und seinen Gründen zu befragen), das in der politischen Ökonomie gar nicht bemerkt wird. Damit tritt die Frage nach der Form ins Zentrum: Der Tauschwert ist eine spezifische Form der Darstellung der Arbeit (die ihren Inhalt ausmacht). Ebenso verfährt die Kritik am juristischen Liberalismus: Sie besteht in nichts anderem als darin, die Frage zu stellen (die der Liberalismus nicht stellt), warum der Status der Gleichheit sich *als* subjektive Rechte der Person darstellt. Warum nimmt jener Inhalt diese Form an? Warum überhaupt (subjektive) Rechte, wenn es um die Gleichheit geht?

Die drei Aspekte der Kritik der Rechte bilden eine Sequenz von drei Schritten, die man nur richtig versteht, wenn man sie in ihrem Zusammenhang betrachtet. Die Kritik richtet sich zunächst (1) gegen eine bestimmte Denkweise, eine Ideologie: gegen die Darstellung der rechtlichen Wirklichkeit im herrschenden, bürgerlichen Denken, das heißt im Liberalismus. Aber dann zeigt sich (2), dass die rechtliche Wirklichkeit selbst schon als eine Darstellung begriffen werden muss: Sie ist nicht eine Tatsache, sondern eine Gestalt, in der ein Inhalt versteckt, also dargestellt ist (die subjektiven Rechte der Person haben deren gleichen rechtli-

chen Status zum Inhalt). „Kritik“ heißt Lektüre von Darstellungen; genauer: das scheinbar einfachhin Gegebene lesend in eine Darstellung zu verwandeln. Dabei dient der Begriff der Darstellung nicht nur zur Unterscheidung von (verdecktem) Inhalt und (erscheinender) Gestalt, sondern dazu, in dieser Relation eine zweite Unterscheidung einzuführen: zwischen dem Inhalt, der in einer bestimmten Gestalt erscheint, und der Weise seines Erscheinens, also zwischen dem Inhalt und der Form der Darstellung.⁷ Indem die Kritik das Bestehende als eine Darstellung liest, erschließt sie, *wie* sich – in welcher Form – der Inhalt darstellt. Erst diese zweite Unterscheidung zwischen Inhalt und Form ist nach Marx die kritische Unterscheidung (während auch schon die bürgerliche politische Ökonomie die Arbeit als den verdeckten Inhalt des Werts erschlossen hat).

Das Bestehende als Darstellung zu lesen heißt zugleich, die Darstellung als Akt der Formgebung, der Formierung zu verstehen. Das Bestehende als Darstellung zu lesen heißt also, es als Darstellung der Darstellung – als Darstellung der Weise seiner Darstellung – zu lesen; die Kritik liest die Form als ihre Selbstdarstellung. Dadurch öffnet sich (3) das Feld der Fragen nach der Hervorbringung der herrschenden Darstellungsform. Wo, wann und wie ereignete sich die Genesis der Form der subjektiven Rechte aus dem Inhalt der normativen Gleichheit? Durch welchen Geburtsakt wurde diese Form hervorgebracht? Durch welche Annahmen wurde der – höchst unwahrscheinliche – Schritt von der Idee der Gleichheit zur Form der subjektiven Rechte möglich? Weshalb erfolgt die Darstellung jenes Inhalts – der Gleichheit – in *dieser* spezifischen Form, der Form der subjektiven Rechte? Durch die kritische Frage nach der Form öffnet sich daher die (zunächst logische, dann praktische) Möglichkeit, diese Darstellung auch nicht oder anders vorzunehmen: den Inhalt der Gleichheit *nicht* in der Form der subjektiven Rechte, sondern ganz anders darzustellen.

Die kritische Untersuchung der Form beruht entscheidend darauf, die Wirklichkeit selbst als eine Darstellung, die Realität als Repräsentation erkennen (und dadurch in Frage stellen) zu können. Die Kritik am Liberalismus der Rechte gilt, wie die Kritik der politischen Ökonomie, nicht einer Ideologie, einer falschen Darstellung der rechtlichen Wirklichkeit. Sondern sie besteht in nichts anderem als dem Aufweis der Darstellungsoperation, die die rechtliche Wirklichkeit selbst ausmacht; die Kritik liest die Form der subjektiven Rechte als die Weise, in der sich – in der gegenwärtigen Wirklichkeit, der des bürgerlichen Rechts – der Status der Gleichheit darstellt. Diese Darstellung ist ebenso wirklich wie ideologisch. (Oder umgekehrt: Wie die bürgerliche politische Ökonomie, so ist der juristische Liberalismus Ideologie und Wirklichkeit *zugleich*. Ideologie und Wirklichkeit haben dieselbe Struktur.) Die Kritik am Liberalismus sagt nicht, dass er die rechtliche Wirklichkeit verzerrt, sondern genau um-

⁷ Marx verwendet den Formbegriff (in dem oben angeführten Zitat) zweideutig: ebenso für die Gestalt wie für die Weise, in der der Inhalt erscheint.

gekehrt: dass er sie – bloß – wiederholt; dass er also *dieselbe* Operation der Darstellung, die in der rechtlichen Wirklichkeit die Form der subjektiven Rechte hervorbringt, bloß *noch einmal* vollzieht. Dadurch bringt der Liberalismus sie als Darstellung – als Darstellung eines Inhalts in einer spezifischen Form – zum Verschwinden; durch die bloße Wiederholung der Darstellung, die die Form der subjektiven Rechte in der Wirklichkeit hervorbringt, macht der Liberalismus sie zu einer bloßen Gegebenheit. Darin liegt der „unkritische Positivismus“ des Liberalismus.⁸

2. Kritik und Paradoxie

Die Kritik der bürgerlichen oder subjektiven Rechte ist die Untersuchung der Formierungsprozesse, die sie hervorbringen; genauer also der Prozesse, die den „Inhalt“ der Gleichheit in dieser spezifischen Form zur Darstellung bringen. Darin gleicht das Verfahren der Kritik der Rechte demjenigen der „wahr[e]n Kritik“, die Marx der „vulgären“ entgegengestellt.⁹ Vulgär nennt Marx eine Kritik, „die mit ihrem Gegenstand *kämpft*“, die sich ihm urteilend von außen gegenüber- und entgegengestellt. Darin nimmt die vulgäre Kritik den Gegenstand als eine Gegebenheit, als positiv Existierendes; die vulgäre Kritik ist – wie der Liberalismus, den sie kritisiert – positivistisch. Dagegen geht es der wahren Kritik darum, die „innere Genesis“ der subjektiven Rechte zu begreifen: „Sie beschreibt ihren Geburtsakt [...], sie *erklärt* sie, sie begreift ihre Genesis, ihre Notwendigkeit.“¹⁰ Diese Genesis der subjektiven Rechte besteht darin, dass und wie sie sich als Darstellung (als Darstellung des Inhalts der Gleichheit) hervorbringen – und darin zugleich als Darstellung, als Prozess der Formierung, verdecken. Die Problematisierung des Bestehenden in der „wahren Kritik“ fällt nach Marx mit der genealogischen Erklärung seiner Entstehung (die wiederum als Akt der Formierung eines Inhalts begriffen werden muss) in eins. Aber diese Bestimmung legt unmittelbar die Nachfrage nahe, wie die genealogische Erklärung des Bestehenden – die Marx eine Erklärung seiner „Notwendigkeit“ nennt – zugleich seine Kritik, also seine Zurückweisung als Falsches, sein kann.

Eine erste Antwort auf diese Frage sieht die kritische Kraft der genealogischen Erklärung darin, dass diese den Gegebenheitsschein des Bestehenden auflöst, den die vulgäre Kritik bloß reproduziert. Kritisch ist die genealogische Erschließung der Formierungsprozesse demnach im ontologischen Sinn: weil sie antipositivistisch ist (weil sie, in Adornos Formulierung, das Seiende als

⁸ Wie Marx für die „späteren Hegelschen Werke“, gerade auch Hegels Rechtsphilosophie, bemerkt, ist dieser „unkritische Positivismus“ zugleich ein „unkritische[r] Idealismus“ (Ökonomisch-philosophische Manuskripte, Marx-Engels-Werke (Fn. 5), Ergänzungsband 1, S. 573); denn er verklärt das Bestehende zum Selbstverständlichen und Unbefragbaren.

⁹ Marx, „Kritik des Hegelschen Staatsrechts“, Marx-Engels-Werke (Fn. 5), Bd. 1, 296.

¹⁰ Ebd.

Werden – als Gewordenes und damit Werdendes – liest¹¹). Das führt zu der Einsicht, dass die Dinge auch anders möglich sind. Die Genealogie erschließt die Kontingenz des Bestehenden: Die Gleichheit *muss* nicht in der Form der subjektiven Rechte, sie kann – im Prinzip – auch anders dargestellt werden. Wenn aber Luhmann recht hat und aus der Möglichkeit, dass alles anders sein könnte, keineswegs folgt, dass es auch als falsch beurteilt und sodann verändert werden kann¹², reicht dies nicht für eine Kritik der subjektiven Rechte. Diese Kritik besteht nicht bloß in Antipositivismus und Kontingenzbewusstsein. Von Kritik kann für eine genealogische Untersuchung vielmehr nur die Rede sein, wenn darin auf neue Weise zurückgewonnen wird, was die vulgäre Kritik nur „dogmatisch“ zu leisten vermochte: die kämpferische Entgegensetzung zum Bestehenden, also die urteilende Entscheidung zwischen dem Falschen und dem Richtigen. „Dogmatisch“ ist diese kritische Entgegensetzung, wenn sie das Falsche vom Richtigen äußerlich scheidet, das Falsche von einem vorausgesetzten Begriff des Richtigen her beurteilt. Wenn daher die genealogische Untersuchung kritisch, nach Marx die „wahre“ Kritik sein soll, muss sie den Begriff des Falschen – die Falschheit der subjektiven Rechte – anders, auf nicht- oder undogmatische Weise, bestimmen können.

Wird die Genealogie als kontingenzerschließend verstanden, dann ist das Falsche des Bestehenden der Schein seiner Positivität – der Anschein, dass es nicht anders sein kann: dass Gleichheit nur in der Form der subjektiven Rechte dargestellt werden kann; dass die subjektiven Rechte also gar keine *spezifische* Form der Darstellung der Gleichheit sind. Dass es auch anders sein kann (oder könnte), bedeutet aber noch nicht, dass es verändert werden *soll*. Erst in dieser Behauptung besteht jedoch die Kritik an der Form der subjektiven Rechte. Zugleich aber kann – nach Marx' Unterscheidung von vulgärer und wahrer, dogmatischer und genealogischer Kritik – die Kritik an der Form der subjektiven Rechte *nicht* so verfahren, dass sie diese Form im Namen einer vorausgesetzten Norm des Richtigen von außen bekämpft. Damit befindet sich die genealogisch verfahrenende Kritik in einem Dilemma: Als Kritik will sie die Form der subjektiven Rechte als falsch zurückzuweisen, aber kann dies nicht „dogmatisch“ tun, indem sie dieser Form eine richtige von außen gegenüberstellt.¹³ Der Ausweg

¹¹ „Lesen des Seienden als Text seines Werdens“ heißt es bei Adorno (Negative Dialektik, in: Gesammelte Schriften, Bd. 6, Frankfurt am Main 1973, S. 62).

¹² „Alles könnte anders sein – und fast nichts kann ich ändern“: So bestimmt Luhmann die Einsicht in die Kontingenz des Bestehenden (Niklas Luhmann, Komplexität und Demokratie, in: Politische Planung, Opladen 1971, S. 44).

¹³ Das heißt in anderer Formulierung, dass die Kritik der Rechte nicht selbst rechtsförmig verfahren kann. Das Recht ist das Urmodell der Kritik: der normativen Entscheidung zwischen richtig und falsch. Diesem Rechtsmodell der Kritik kann die Kritik der Rechte nicht folgen: Sie steht nicht, wie der Richter, über den Parteien, zwischen denen sie nach richtig und falsch unterscheidet. Die Kritik der Rechte muss daher zugleich eine Kritik am Recht und seiner Praxis der Kritik sein – eine Kritik der (Rechtsförmigkeit der) Kritik.

aus diesem Dilemma besteht darin, die Kritik am Positivismus grundlegender anzusetzen als dies das genealogische Kontingenzbewusstsein macht. Daraus ergibt sich ein grundlegend anderes Verständnis des kritischen Begriffs des Falschen.¹⁴

Der Positivismus der Form der subjektiven Rechte besteht nicht erst darin, dass sie als die einzig mögliche Weise erscheint, den Inhalt der Gleichheit darzustellen. Er besteht vielmehr darin, wie in dieser Form die grundlegende Operation vollzogen wird, die schlechthin konstitutiv für den modernen Begriff des Rechts ist. Das ist die Operation seiner Selbstreflexion; das moderne Recht ist das selbstreflexive Recht. Die Selbstreflexion, die das moderne Recht konstituiert, besteht darin, Verfahren und Formen auszubilden, die im Recht seine Differenz vom Nichtrechtlichen darstellen (oder die sich im Recht auf die Gewalt des Rechts beziehen, denn das Recht kann sich zum Nichtrechtlichen nicht normativ verhalten: Der Bezug des Rechts auf sein Außen, das Nichtrechtliche, ist selbst nicht rechtlich; er ist eine äußere Weise der Einwirkung: die Wirkungsweise der Gewalt).¹⁵ Der grundlegende Sinn, in dem die Form der subjektiven Rechte positivistisch ist, bezieht sich auf diese Operation der Selbstreflexion des modernen Rechts: Diese Form ist darin positivistisch, wie sie die moderne Selbstreflexion des Rechts vollzieht und das Nichtrechtliche im Recht repräsentiert. Die Form der subjektiven Rechte repräsentiert das Nichtrechtliche im Recht, *als ob* es ein Gegebenes wäre; sie produziert den „Mythos des Gegebenen“ (Wilfrid Sellars), den Adorno „Positivismus“ genannt hat. Diesen Mythos der Gegebenheit *praktiziert* die bürgerliche Form der Rechte: Subjektive Rechte sind Repräsentationen von Nichtrechtlichem – Interessen, Bedürfnissen, Identitäten etc. – im Recht, die das von ihnen Repräsentierte als Vorgegebenes hinnehmen, also durch seine rechtliche Repräsentation unverändert lassen. Die Form der subjektiven Rechte produziert den Schein der Gegebenheit, der Unveränderlichkeit desjenigen, wozu sie berechtigen. Subjektive Rechte sind *dazu da*, dasjenige, was und wozu sie berechtigen, der Veränderung zu entziehen; sie immunisieren gegen Kritik und verändernde Praxis.

In diesem Verständnis setzt der Positivismus der subjektiven Rechte viel grundlegender an als in der Kritik an ihrer Kontingenzvergessenheit. Ihr Positivismus besteht darin, dass sie dem, wozu sie berechtigen, einen illusionären Status verleihen; der Positivismus der subjektiven Rechte ist ein Effekt des Verhältnisses dieser Form zu ihrer Materie.¹⁶ Dieses Verhältnis wird dadurch bestimmt,

¹⁴ Zum folgenden siehe Menke (Fn. 3), Kap. 5–7 und 9.

¹⁵ Vgl. Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, Berlin 2011, und die kritische Auseinandersetzung in *Law and Violence*: Christoph Menke in *Dialogue*, Manchester, UK 2018.

¹⁶ Der *Inhalt* der subjektiven Rechte ist der normative Status der Gleichheit. Hingegen ist die *Materie* der subjektiven Rechte das, was oder wozu sie berechtigen: die Interessen oder Bedürfnisse oder Freiheit bzw. die Vollzüge (gewöhnlich: Handlungen und Unterlassungen), in denen sie sich verwirklichen.