

Jochen Bung

Kritik des Rechts als Finger in der Wunde

Als vor über 15 Jahren die Tagung des *Jungen Forums Rechtsphilosophie* in Frankfurt am Main unter dem Stichwort „Rechtskritik“¹ stattfand, war das damit verbundene Projekt noch nicht so klar konturiert und differenziert wie heute.² Heute wird mit dem Begriff nach etabliertem Verständnis eine Kritik am Recht selbst verbunden, eine Kritik an der „Rechtsform“ als einer die sozialen Verhältnisse wesentlich prägenden gesellschaftlichen Form.³ Die Rechtskritik bezieht sich hierbei entschieden auch oder vor allem auf die Schattenseiten dieser Prägung. Recht ist nicht einfach das Gute, es erscheint, wie Walter Benjamin bemerkt hat, „in so zweideutiger sittlicher Beleuchtung“⁴, dass nach Alternativen gefragt werden muss, dass wegen der von Benjamin diagnostizierten unauflöslichen Verbindung von Recht und Gewalt „die Frage sich von selbst aufdrängt, ob es zur Regelung widerstreitender menschlicher Interessen keine anderen Mittel als gewaltsame gebe“⁵. Solange Konfliktlösung über das Recht erfolgt, so Benjamins Vermutung, solange wird auch das Mythische an den gesellschaftlichen Verhältnissen reproduziert. Rechtsverhältnisse sind Ausdruck von Machtverhältnissen, deren Wechselspiel „in

1 Bung (2007), 157 ff.

2 Zabel (2021), 275 ff.

3 Paschukanis (1970 [1924]), dazu Bayer (2021) und Obermayr (2022), s. auch Loick (2017), 12 („Rechtsform“) sowie Menke (2018), 9 („Rechte als Form“).

4 Benjamin (1980 [1921]), 190, zu Benjamin s. auch Claudia Wirsing in diesem Band.

5 Ebd., 190.

jenem blinden Fortgang der Zeit“⁶ den Mythos perpetuiert. Dieser Befund muss das juristische Bewusstsein konsternieren, weil es selbstverständlich davon ausgeht, dass das Recht dazu dient, Macht und Gewalt zu begrenzen. Ist das staatliche Gewaltmonopol – vor allem im Rechtsstaat, wo die Staatsgewalt an Gesetz und Recht gebunden ist (Art. 20 Abs. 3 Grundgesetz) – nicht eine der wichtigsten historischen Errungenschaften? Stellt nicht die Domestizierung der privaten Gewalt, der privaten rächenden Gewalt zumal, einen gesellschaftlichen Fortschritt dar, der den ewigen Kreislauf der (Wieder-)Vergeltung durchbricht? Vielleicht. Aber vielleicht war auch „[d]as öffentliche Strafrecht kein uneingeschränkter Fortschritt“⁷.

Hegels Rechtsphilosophie ist nicht nur die erste Rechtssoziologie, sondern auch die erste Rechtskritik. Sie legt den Finger in die Wunde. Sie zeigt: Recht und Wohl treten auseinander, geraten gegeneinander. Das Freiheitsversprechen des Rechts ist hehr, aber leer. Nicht mit Leben gefüllt, tritt es zum Leben selbst in einen Widerspruch. Das Gute kann nur in der Auflösung des Widerspruchs liegen, der Versöhnung von Recht und Wohl, von Freiheit und Leben. Indem Hegels Rechtsphilosophie für diese Versöhnung auch den Begriff des *absoluten Rechts* verwendet⁸, deutet sie die Möglichkeit an, dass die Überwindung der Entfremdung von Recht und Wohl als Möglichkeit einer immanenten Entwicklung des Rechts selbst begriffen werden kann. In dieser Entwicklung käme das Recht erst zu sich selbst, wäre wahres und gutes Recht, vorher wäre es unwahr, zumindest einseitig, abstraktes Recht. Das abstrakte Recht ist nicht das ganze Recht. Manchmal scheint es, dass diese Einsicht etwas zu kurz kommt in der Kritik am Recht als einer falschen sozialen oder gesellschaftlichen Form. Dass Recht aber nicht auf eine bestimmte Form

6 Adorno (1981), 9.

7 Lüderssen (2012), 552 f.

8 Hegel (2015 [1820]), 244 (§ 130).

festgelegt ist, wird ausgeblendet oder heruntergespielt, ebenso die Kompliziertheit des Spagats der Rechtsanwendung im Bemühen um eine Vermittlung zwischen Bestimmtheit, Garantiefunktion und Gleichbehandlung einerseits und der materiellen Individualisierung um der Gerechtigkeit willen andererseits. Stattdessen wird mit starken Stilisierungen gearbeitet wie „der letztlichen Unentscheidbarkeit aller Rechtsprobleme“⁹ oder jener vom Recht als dem „Urphänomen irrationaler Rationalität“¹⁰.

Diese Stilisierungen und Zuspitzungen treffen zweifellos etwas am Recht. Das Recht als gewaltförmige, morsche oder gespenstische Ordnung bei Benjamin¹¹, als subsumtionslogische Verdinglichung der Einzelinteressen und des Lebens bei Adorno¹², als überhebliche, kolonisierende und die Kolonialisierung fortschreibende Form bei Spivak¹³, als eine Form der Ermöglichung und Begünstigung entsetzlicher Subjektivität bei Loick¹⁴ oder als Paralyse des Politischen bei Menke¹⁵ – alle diese Beschreibungen machen darauf aufmerksam, dass die Erzählungen vom Recht nicht einfach eine Erfolgsgeschichte sind. Verrechtlichung bedeutet auch Ausgeliefertsein, Entfremdung und Beklemmung, bedeutet keineswegs automatisch Befriedung, sondern mitunter auch Verschärfung und Eskalation des zwischenmenschlichen Konflikts, sinnlose Fortsetzung, Verlängerung und Verhärtung der Streitigkeit und der Streitparteien gegeneinander, Fortsetzung der Verwundungen.

Rechtskritik legt den Finger in die Wunde. Wir brauchen sie gerade aus juristischer Perspektive, zur Irritation eines abgehobe-

9 Benjamin (1980 [1921]), 196.

10 Adorno (1984), 304.

11 Benjamin (1980 [1921]), 188 f.

12 Adorno (1984), 303 ff.

13 Spivak (2004).

14 Loick (2017), 10 f.

15 Menke (2018), 7 ff.

nen, entfremdeten und verhärteten Bewusstseins, in dem immer noch Reflexionsverweigerungen zur Methode und zum guten Ton gehören, schlicht affirmatives Verhältnis zum Gegenstand, zu den herrschenden Rollenverständnissen, Fachidiotie, die, trotz des Beschwörens der Kritikfähigkeit in den Ausbildungsvorschriften (vgl. § 5a Abs. 3 S. 1 Deutsches Richtergesetz, „Fähigkeit zur kritischen Reflexion des Rechts“) stets noch „des konkreten Bewusstseins ihrer eigenen Beschränktheit“¹⁶ mangelt. Aber wie weit geht Rechtskritik, wie weit soll sie gehen, wie weit kann sie gehen? Benjamin hat die Aufgabe – radikaler als alle – so formuliert, dass sie „mit einer Kritik aller Rechtsgewalt, das heißt mit einer Kritik der legalen oder exekutiven Gewalt zusammen[fällt] und bei einem minderen Programm gar nicht zu leisten ist“¹⁷.

Wo Rechtskritik derart aufs Ganze geht, auch den Parlamentarismus und den Kompromiss als (zumindest latent) gewaltfördernd charakterisiert, droht sie freilich ins Leere zu laufen und auf andere Weise so einseitig zu werden, wie die schlicht-affirmativen Narrative vom Recht. Das Recht ist weder gut noch schlecht. Ähnlich wie das Eigentum, mit dem es eng verwoben ist, ursprünglicher noch als mit dem Staat. Die Dubiosität des Privateigentums liegt auf der Hand. Hegel, der es gegen Platon verteidigte, stellt fest, dass, wie der Angriff aufs Eigentum, das Eigentum selbst, sein legaler Gebrauch, eine Form des Unrechts sein kann.¹⁸ Denn es ruht ja nicht in sich selbst, sondern befindet sich als Vermögenswertträger in einer permanenten Unruhe, einer anti-sozialen Dynamik aus Akkumulation, Ausbeutung und Ausschluss. In diese unheilvolle Dynamik ist das Recht der privat-autonomen Gesellschaft zutiefst verstrickt. „Die Rechtsgarantie“,

16 Horkheimer (1977), 532.

17 Benjamin (1980 [1921]), 197.

18 Hegel (2015 [1820]), 383 (§ 232).

bemerkt Max Weber, „[steht] in weitestem Umfang direkt im Dienst ökonomischer Interessen.“¹⁹

Aber lässt sich die Exklusionsfunktion des Eigentums nur im Sinne ihrer anti-sozialen Effekte begreifen? Ist es vor aller „Privatautonomie“ nicht konstitutiv für alles Soziale, dass es eine Grenze der Gemeinschaft gibt, eine Grenze dessen, was vergemeinschaftet werden kann? Eine Grenze, an der ich anfange und du aufhörst, weil es zugleich (und eben dadurch) die Grenze ist, an der du anfängst und ich aufhöre? Der natürliche Begriff des Eigentums meint ein spezifisches, unvertretbares und unveräußerliches Selbstverhältnis, ein Verhältnis, das wir – natürlich wesentlich vermittelt über andere – nicht zu anderen, aber zu uns selbst haben und das deswegen nicht in erster Linie Sachen oder Vermögenswerte betrifft, sondern – weil das Selbst als solches in diesem Verhältnis nicht leicht zu identifizieren ist – ganz unmittelbar den eigenen Leib und seine Energien, das eigene Denken und seine Artikulationen. Wir konstituieren uns durch Offenheit und Abgrenzung, beides gehört, wie Autonomie und Abhängigkeit, zu den Bedingungen eines guten und gelingenden Lebens. Eigentum an sich selbst ist mehr als eine politische Fiktion und nicht jeder Arbeitsvertrag ist ein Sklavenvertrag.²⁰

Denn ebenso wie das Eigentum darf auch der Vertrag nicht auf das Verständnis eines Instituts oder Instruments der Privatautonomie verkürzt werden. Der Vertrag ist nicht nur eine Interessenform, er ist auch eine Vernunftform (die uns als Eigentümer:innen aufhebt). Benjamin irrt, wenn er meint, dass alle Verträge nicht nur in der Konsequenz ihrer möglichen Entwicklung, sondern bereits im Ursprung auf Gewalt verweisen.²¹ Unbestreit-

19 Weber (1972), 196.

20 Zu „ownership of property in the person“ und „labour power“ als *politischen Fiktionen* zur Rechtfertigung von Unterdrückung und Ausbeutung Pateman (1988), 151.

21 Benjamin (1980 [1921]), 190.

bar sind viele reale Vertragsverhältnisse Ausdruck von Machtverhältnissen und lassen sich auf ein ursprüngliches Gewaltverhältnis zurückführen, aber diese soziale Wirklichkeit bestimmt nicht über den Begriff des Vertrages, das, was Carole Pateman den „pure contract“²² nennt, dessen revolutionäres Potential sie einräumt und nur durch das Argument neutralisieren kann, dass alle Vertragsverhältnisse im Kapitalismus zwangsläufig auf einen „Boss“ und eine „Firma“ hinauslaufen.²³

Mir scheint, durch seine Ausführungen zu Formen der gewaltlosen Beilegung von Konflikten²⁴ unterläuft Benjamin seine eigene Behauptung vom gewaltförmigen Grund alles Kontraktualen. Ausdrücklich bekräftigt er die Möglichkeit gewaltloser Konfliktlösungen und zwar, „überall, wo die Kultur des Herzens den Menschen reine Mittel der Übereinkunft an die Hand gegeben hat“²⁵. Das reine Mittel der Übereinkunft aber ist nichts anderes als das wechselseitige Versprechen. Es kann gebrochen, es kann bereits unaufrichtig, also in der Absicht abgegeben werden, nicht Wort zu halten, aber es bedarf in der „eigentlichen Sphäre der Verständigung“²⁶ keiner externen Gewalt zur Sanktionierung der Unaufrichtigkeit.²⁷ Deswegen führt der Hinweis auf die „Straflosigkeit der Lüge“²⁸ in den Kern der Frage nach gewaltloser Regelung menschlicher Interessen. Die Lüge kann straflos gelassen werden, weil sie gegen die gewaltlose Macht der Sprache vielleicht punktuelle Erfolge erzielen, aber nichts Entscheidendes ausrichten kann. In der Sprache sind wir auf jene „höheren Ordnungen und [die] ihnen entsprechenden gemeinsamen Interessen“²⁹ aus-

22 Pateman (1988), 148.

23 Ebd., 152 f. (Übersetzung JB).

24 S. dazu auch Butler (2020), 125 ff.

25 Benjamin (1980 [1921]), 191.

26 Ebd., 192.

27 Zu Benjamins „linguistic idealism“ Butler (2020), 128.

28 Benjamin (1980 [1921]), 192.

29 Ebd., 193.

gerichtet, weil die Sprache gerade kein Eigentum von mir oder dir ist (es gibt keine Privatsprache), sondern wir uns nur gemeinsam verständigen können. Als Form praktischer Vernunft ist die Praxis der Verständigung gewaltfrei. Benjamin argumentiert, „dass erst spät und in einem eigentümlichen Verfallsprozess [...] die Rechtsgewalt in sie eingedrungen [ist], indem sie den Betrug unter Strafe stellte.“³⁰ Gerade wegen der Tiefenschärfe seiner Analyse wundert mich, warum Benjamin den kontraktualen Charakter der Verständigung verkennt, ihre gewaltfreie Verbindlichkeit. Diese Verkennung führt zu der Ungereimtheit, dass er meint, die Verständigungsform könne nichts bewirken, „wenn Klassen oder Nationen im Streit liegen“³¹ – und dann doch darauf verweist, wie „in der jahrtausendealten Geschichte von Staaten sich Mittel gewaltloser Übereinkunft herausgebildet [haben]“³², die den Mitteln der Übereinkunft durch die Form der Verständigung gleichen. Deswegen ist es ja „so wichtig, dass Völker zum Vertragsverhältnis innerhalb ihrer und gegeneinander kommen“³³. Für die Etablierung oder Aufrechterhaltung des Friedens zwischen den Staaten gibt es dazu keine Alternative. Für das Verhältnis sozialer Klassen mag etwas anderes gelten.

Das ursprüngliche Recht ist das Recht des Vertrages.³⁴ Mit der Einführung von Recht und Staat übernimmt man die Prämisse des Positivismus, die aber nicht plausibel zu begründen ist, weil die soziale Praxis des Versprechens ursprünglicher ist als jede Institution, die nur unter Rückgriff auf diese Praxis vernünftig legitimiert werden kann. Was ich vorschlage, ist kein staatlicher oder staatsvermittelter, es ist ein natürlicher Begriff des Rechts, den man vom missverständlichen (und missbrauchten) Begriff des Naturrechts abgrenzen muss, weil mit Natürlichkeit nicht

30 Ebd., 192.

31 Ebd., 193.

32 Ebd., 195.

33 Hegel (2015 [1820]), 171 f. (Anm. zu § 81).

34 Luhmann (1995), 74.

Natur, sondern soziale Praxis gemeint ist, ähnlich wie im Begriff natürlicher Sprachen, der wesentlich auch ihre Veränderbarkeit einschließt. In dieser Praxis verwirklicht sich natürliches Recht, das gewaltfrei verbindlich ist und nicht auf Bevorzugung oder Überwältigung beruht. Auch dieses Recht muss Gegenstand der Rechtskritik sein (Rechtskritik als Vertragskritik) und zwar insoweit, wie die realen Bedingungen der Verständigung deren reine Form verzerren, weil insbesondere die Chancen, sich zu artikulieren und sich Gehör zu verschaffen ungleich und ungerecht verteilt sind, weil das „reine Mittel“³⁵ (Benjamin) in Wirklichkeit verunreinigt ist. Wesentlich ist, dass Verständigung „nur dann keine Zwänge produziert, wenn für alle möglichen Beteiligten eine symmetrische Verteilung der Chancen, Sprechakte zu wählen und auszuüben, gegeben ist.“³⁶ Diese gerechte Verteilung kann weder von oben verordnet werden, noch stellt sie sich einfach von selbst her, sie muss erkämpft und gestaltet werden.

Literatur

- Adorno, Theodor W. (1984), Negative Dialektik, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- _____ (1981), Gesellschaftstheorie und Kulturkritik, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Benjamin, Walter (1980 [1921]), Zur Kritik der Gewalt, in: Tiedemann, Rolf/Schweppenhäuser, Hermann (Hg.), Gesammelte Schriften Bd. II/1, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Bayer, Daria (2021), Tragödie des Rechts, Berlin: Duncker & Humblot.
- Bung, Jochen (2007), Stichwort: Rechtskritik, in: Bung, Jochen/Valerius, Brian/Ziemann, Sascha (Hg.), Normativität und Rechtskritik, Stuttgart: Steiner, 157–159.
- Butler, Judith (2020), The Force of Nonviolence: An Ethico-Political Bind, New York: Verso.

35 Benjamin (1980 [1921]), 191.

36 Habermas (1971), 233.

- Habermas, Jürgen (1971), Vorbereitende Bemerkungen zu einer Theorie der kommunikativen Kompetenz, in: Holzer, Horst/Steinbacher, Karl (Hg.), Sprache und Gesellschaft, Hamburg: Hoffmann und Campe, 208–235.
- Hegel, G.W.F. (2015 [1820]), Grundlinien der Philosophie des Rechts, in: Moldenhauer, Eva/Michel, Karl Markus (Hg.), Werke Bd. 7, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Horkheimer, Max (1977 [1937]), Traditionelle und kritische Theorie, in: ders., Kritische Theorie, Schmidt, Alfred (Hg.), Frankfurt am Main: S. Fischer.
- Loick, Daniel (2017), Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts, Berlin: Suhrkamp.
- Lüderssen, Klaus (2012), Rechtsfreie Räume?, Berlin: Suhrkamp.
- Luhmann, Niklas (1995), Das Recht der Gesellschaft, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
- Menke, Christoph (2018), Kritik der Rechte, Berlin: Suhrkamp.
- Obermayr, Linda Lilith (2022), Die Kritik der marxistischen Rechtstheorie. Zu Paschukanis' Begriff der Rechtsform, Weilerswist: Velbrück.
- Paschukanis, Jewgeni (1970 [1924]), Allgemeine Rechtslehre und Marxismus, Frankfurt: Verlag Neue Kritik.
- Pateman, Carole (1988), The Sexual Contract, Cambridge: Polity Press.
- Spivak, Gayatri Chakravorty (2004), Righting Wrongs, in: The South Atlantic Quarterly 103.2 – 3, 523–581.
- Weber, Max (1972), Wirtschaft und Gesellschaft, Tübingen: Mohr Siebeck.
- Wirsing, Claudia (2024), Recht im Widerspruch. Zur Bedeutung der „Kritik“ in der Kritischen Theorie, in diesem Band, 111–119.
- Zabel, Benno (2021), Rechtskritik, in: Hilgendorf, Eric/Joerden Jan C. (Hg.), Handbuch Rechtsphilosophie, Berlin: Springer.

