

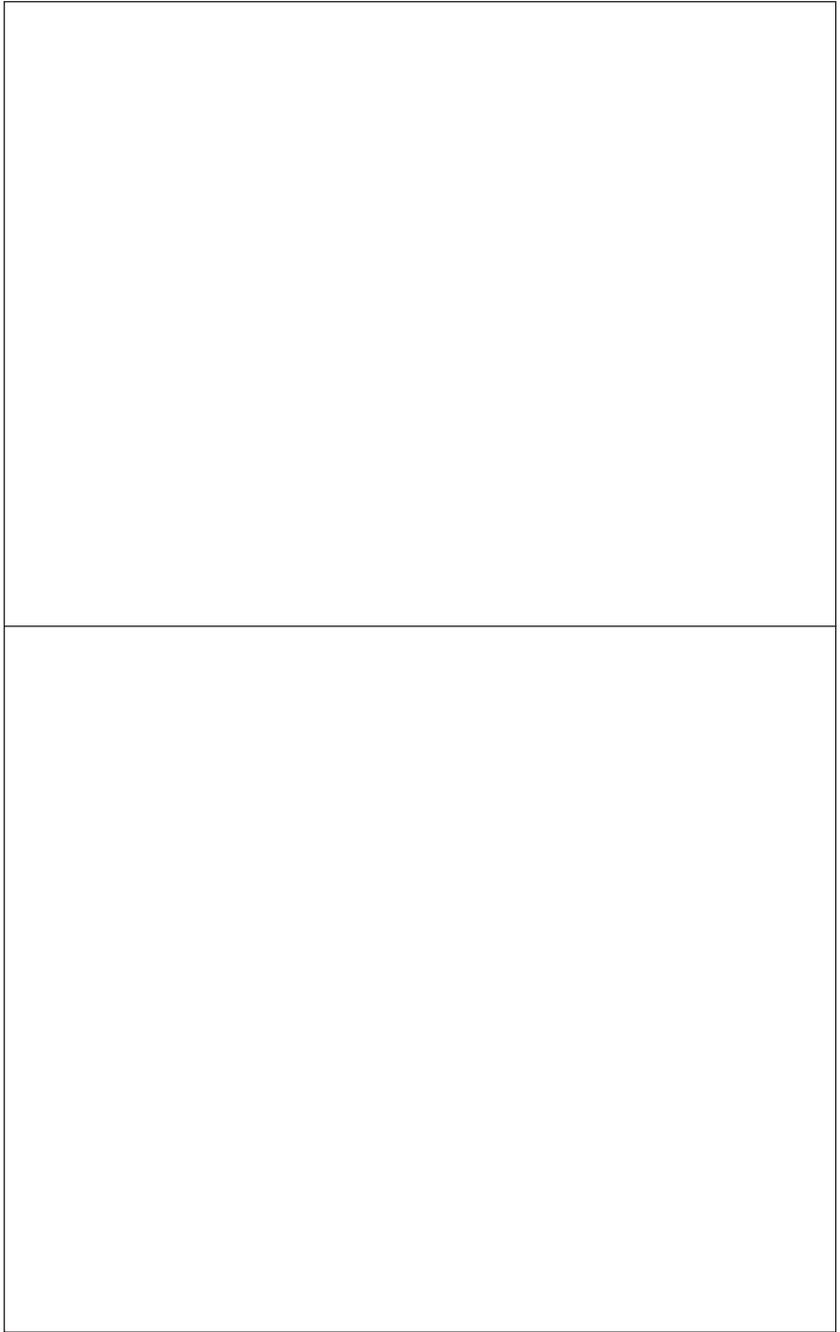
Christian Kalthöner

# Die Gewalt des Rechts

Analyse und Kritik nach Benjamin und Menke



**Nomos**



Christian Kalthöner

# Die Gewalt des Rechts

Analyse und Kritik nach Benjamin und Menke



**Nomos**



Onlineversion  
Nomos eLibrary

**Die Deutsche Nationalbibliothek** verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über <http://dnb.d-nb.de> abrufbar.

Zugl.: Diss., Friedrich-Schiller-Universität Jena, 2021

ISBN 978-3-8487-8380-9 (Print)

ISBN 978-3-7489-2770-9 (ePDF)

1. Auflage 2021

© Nomos Verlagsgesellschaft, Baden-Baden 2021 Gesamtverantwortung für Druck und Herstellung bei der Nomos Verlagsgesellschaft mbH & Co. KG. Alle Rechte, auch die des Nachdrucks von Auszügen, der fotomechanischen Wiedergabe und der Übersetzung, vorbehalten. Gedruckt auf alterungsbeständigem Papier.

*Im Zweifel für den Zweifel*  
*Das Zaudern und den Zorn*  
*Im Zweifel fürs Zerreißen*  
*Der eigenen Uniform*  
Tocotronic: Im Zweifel für den Zweifel



## A. Vorwort

„Der philosophische Diskurs der Moderne“<sup>1</sup> lässt sich grob in zwei Denkrichtungen unterteilen. In seiner ersten und früheren Ausprägung, wie sie sich in René Descartes „*cogito*“ und in Immanuel Kants Kritiken manifestiert, liegt der Fokus auf einem selbstbewussten Subjekt, das über den Gebrauch seines rationalisierenden Verstandes die Welt aufklärt. Von diesem nimmt eine verfügbarmachende Vernunft ihren Ausgang, die ihre Gegenstände berechnet und sich von den Fesseln alter Mythen zu entzaubern sucht. Wesentliche Kategorien der praktischen und politischen Philosophie – wie die Menschenrechte, der gewaltmonopolisierende Nationalstaat, die Gewaltenteilung, die repräsentative Demokratie oder das Rechtsstaatsprinzip – entspringen dieser Ausrichtung oder erhalten in ihr zumindest eine transzendentalphilosophische Fundierung.

Mit Friedrich Nietzsche schlug das moderne philosophische Denken dagegen einen anderen Kurs ein. Impulsgeberin dieser Ausprägung ist eine ausgewiesene Skepsis gegenüber den Denkwegen der aufklärenden Vernunft. Dieser – auch unter dem Etikett der *Postmoderne* firmierende – Diskurs hat sich insoweit den Nachweis einer konstitutiven Bedingtheit der Subjektivität von äußerlichen Begebenheiten zum Ziel gesetzt. Innerhalb dieser Denkrichtung wird sich daher darauf konzentriert, was der subjekt-zentrierten Vernunft entgeht, um sie darin mit ihrem Anderen zu konfrontieren. Nicht selten wird hier die aufklärerische Vernunft als eine instrumentelle Vernunft enthüllt, die hinterrücks Herrschaftsverhältnisse der Ausbeutung und des sozialen Ausschlusses etabliert, die vor ihr noch aus sich selbst heraus gerechtfertigt erscheinen.

Dass es auch mit dem Recht eine derartige Bewandnis habe, war eines der Verdachtsmomente, die den jüdischen Philosophen Walter Benjamin leiteten, als er zur Jahreswende 1920/1921 den Aufsatz „*Zur Kritik der Gewalt*“<sup>2</sup> verfasste. Im zeitgeschichtlichen Kontext kurz nach den Gräueln

- 
- 1 Vgl. dazu und im Folgenden *Habermas*, *Der philosophische Diskurs der Moderne*.
  - 2 Der Aufsatz war eigentlich für eine Veröffentlichung in den „*Weißten Blättern*“ gedacht. Dort wurde er allerdings abgelehnt, weil er „für zu lang und zu schwierig“ erachtet wurde. Erst im August 1921 fand er schließlich im „*Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik*“ Publizität. Vgl. zur Entstehungsgeschichte von *Zur Kritik der Gewalt*: *Tiedemann/Schweppenhäuser*, *Anmerkungen der Herausgeber zu*

und den geopolitischen Umbrüchen des Ersten Weltkriegs, einer erfolgreichen Revolution in Russland und einer gescheiterten in Deutschland und der noch jungen, aber auch fragilen Weimarer Republik artikuliert Benjamin in dem Essay seine tiefgreifenden Zweifel am überkommenen Verständnis der für die Staats- und Rechtstheorie zentralen Kategorie *Gewalt*. Gewalt, so sein Argwöhnen, lasse sich nicht vollends in der weitverbreiteten Vorstellung vom Zweck-Mittel-Verhältnis darstellen, noch darin ihre Anwendung rechtfertigen, geschweige denn unter dieser Größe abbauen. Vielmehr will Benjamin im Aufkommen wie auch im Niedergang von Rechtsordnungen eine inhärente Dialektik zweckrationalen Gewaltgebrauchs am Werk sehen. Nach dieser sei das Recht existenziell auf Gewalt als Mittel angewiesen und dennoch stets dazu gehalten, sie allenthalben zu bekämpfen, um ihrer Art nicht selbst zur Beute zu werden. Dabei identifiziert Benjamin dieses „Schwankungsgesetz“<sup>3</sup> innerhalb seines geschichtsphilosophischen Analyserahmens als ein Relikt mythischen Ursprungs, das sich zum neuzeitlichen Zeitbewusstsein quasi anachronistisch verhält.

Seit seiner Veröffentlichung hat der Essay *„Zur Kritik an der Gewalt“* eine Vielzahl von Rezeptionen hervorgerufen.<sup>4</sup> Nachdem der Interessenschwerpunkt seiner Rezipienten in den 1960er Jahren auf den revolutionären Einschlügen lag<sup>5</sup>, entspannt sich ab den 1990er Jahren zwischen den poststrukturalistischen und kritischen Philosophen Jaques Derrida, Giorgio Agamben und Christoph Menke eine Kontroverse, die ihren Ausgang in jenem Schwankungsgesetz des Rechts nimmt und sich darin Benjamins postmoderner Erbmasse angenommen hat. In Tradition zu Benjamins Geschichtsphilosophie entwickeln sie ihre Anschauung vom Recht aus einer strukturalen Zeichentheorie, paradigmatisch bzw. form-genealogisch. Das Rechtsbild, welches sie danach zeichnen, hat ziemlich exzessive, sozial-exklusive, unflexibel-totalisierende und lädierende Züge – Züge, die insoweit die klassischen modernen Rechts- und Staatstheorien ignorieren. Effektiv werden diese Qualitäten dabei einer „Gewalt des Rechts“<sup>6</sup> zugeschrieben, die das Recht als Phänomen im Wesentlichen prägt.

---

Seite 179-203 (*Zur Kritik der Gewalt*), GS II.3, S. 943-945; Brief von Benjamin an Gershom Scholem, Januar 1921, *Benjamin*, Gesammelte Briefe, Bd. 2, S. 130.

3 *Benjamin*, *Zur Kritik der Gewalt*, GS II.1, S. 202.

4 Vgl. zur Rezeptionsgeschichte *Honneth*, „*Zur Kritik der Gewalt*“, in: Lindner (Hg.), *Benjamin-Handbuch*, S. 193 (193).

5 Vgl. *Marcuse*, Nachwort, in: Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, S. 99-107.

6 *Menke*, *Recht und Gewalt*, S. 34.

Während in den vergangenen Jahren wissenschaftliche Abhandlungen die *Gewalt des Rechts*, wie sie sich vom postmodernen Diskurs im Anschluss an Benjamin darstellt, im Souveränitätsprinzip aufbauschen und ungeachtet ihrer positiven Funktionen für eine rigorose Kastration des Rechts von aller Gewalt plädieren<sup>7</sup> oder aber vor lauter Polemik die eigenen Parallelen in der Ausgangsposition übersehen<sup>8</sup>, blieb eine vermittelnde Analyse zwischen dem Recht, so wie es gegenwärtig praktiziert wird, und seiner postmodernen Kritik bis heute aus.

Die vorliegende Studie hat sich daher zur Aufgabe gemacht, diese Lücke zu schließen und die *Gewalt des Rechts* sowie die dazugehörige Kontroverse im Anschluss an Benjamin aus einer *rechtstheoretischen Perspektive* zu reflektieren. Eine Herausforderung, derer sich diese Arbeit zu stellen hat, ist dabei der Umstand, dass, bis auf Agamben, keiner der Autoren Jurist war bzw. ist und die Texte, auf die hier Bezug genommen wird, allesamt philosophische sind, wobei sich Benjamin noch nicht einmal dezidiert als Rechtsphilosoph verstanden wissen wollte.

Die Reflexion erfolgt hierbei in fünf Teilen. Gegenstand des ersten (Kap. B.) ist zunächst die Formulierung eines rechtstheoretischen Begriffs vom Recht, der insbesondere sein vorgebliches Verhältnis zur Gewalt, als auch seine Funktion in modernen Gesellschaften ausleuchtet. Darin fungiert der zu bildende Begriff im Gesamtzusammenhang der Arbeit, wohlweislich seiner Nähe zur subjektzentrierten Vernunft, als kritischer Maßstab wie auch als Kontrastfolie für die ihm nachgelagerte Rekonstruktion.

Der zweite Teil (Kap. C.I.) hat sich der Darstellung der spezifischen Epistemologie der Autoren verschrieben. Die genaue Analyse des individuellen erkenntnistheoretischen Zugangs erweist sich als unabdingbare hermeneutische Voraussetzung für das jeweilige Rechtsverständnis des einzelnen Autors. Erst auf Grundlage der sprachphilosophischen und zeichentheoretischen Implikationen werden Ort, Wirkungsweise und Status der *Gewalt des Rechts* in ihrer vollen Dimension einsichtig, was darzustellen Gegenstand des dritten Werksabschnitts (Kap. C.II.) ist. Von besonderer Bedeutung ist dabei für die Bewertung der *Gewalt des Rechts* Derridas anspruchsvoller und ideologiekritischer Gerechtigkeitsbegriff<sup>9</sup>, den es wider den Relativismus der positiven Rechtslehre gegenüber der Kategorie Gerechtigkeit als kritischen Maßstab für rechtliches und politisches Handeln

---

7 Loick, Kritik der Souveränität.

8 Ladeur, Die Textualität des Rechts.

9 Dessen Bedeutung wird insbesondere von Wolf, Gerechtigkeit als Dekonstruktion, herausgearbeitet.

auch innerhalb pluralistischer Gesellschaften zu rehabilitieren gilt (Kap. C.II.3.b. und Kap. C.III.3.d.).

Im vierten Teil (Kap. C.III.) sollen die Gewaltüberwindungsstrategien der Autoren eine Beurteilung erfahren. Gerade vor dem Hintergrund ihrer Transformationskonzepte zeigt sich dabei deutlich, inwieweit die Autoren die *Funktionen* des Rechts unbedacht lassen, die dieses in hyperkomplexen Gesellschaften einnimmt.

Abschließend soll daher auf Basis von Derridas „*hermeneutischem Generalstreik*“<sup>10</sup> und im Gegensatz zu Benjamins „*revolutionärem Generalstreik*“, Agambens Vision von „*Studium und Spiel*“ und Menkes „*Entsetzung des Rechts*“ der Versuch unternommen werden, Grundzüge eines neuen Rechts zu skizzieren (Kap. D.), das seinen bisherigen funktionalen Errungenschaften gerecht werden könnte, sich zugleich aber auch als gegenüber den Rechtsunterworfenen sozialintegrativ und weniger lädierend erweist.

---

10 Ich entlehne den Begriff zur Bezeichnung der von Derrida fokussierten Transformationsbewegung *Vismann*, *Rechtshistorisches Journal* 1992, S. 250 (250).

# Inhaltsverzeichnis

B.	Hintergrund und Bewertungsmaßstab	13
	I. Zum rechtstheoretischen Standpunkt	13
	II. Was ist Recht?	14
	III. Objektives Recht und subjektive Rechte	16
	IV. Die Grammatik des Gesetzes	17
	V. Zur Bewertung von Gewalt durch das Recht und ihrer Rechtfertigung	18
	VI. Funktionen des Rechts	25
C.	Über die Möglichkeit, Recht und Gewalt einer Kritik zu unterziehen	30
	I. Zur Genese des Rechts	32
	1. Der Sündenfall (Benjamin)	33
	2. Der Eid (Agamben)	41
	3. Iteration und <i>différance</i> (Derrida)	48
	4. Tragödie und Genealogie (Menke)	58
	a. Das Verhältnis von Literatur und Philosophie	59
	b. Die Entstehung des Rechts nach der Tragödie	61
	5. Zwischenbetrachtung und Überleitung	67
	II. Zur Gewalt des Rechts	68
	1. Das Schwankungsgesetz (Benjamin)	68
	a. Die rechtsetzende Gewalt	69
	b. Die rechtserhaltende Gewalt	74
	c. Das Schwankungsgesetz	78
	2. Die souveräne Ausnahme (Agamben)	79
	a. „ <i>Homo sacer</i> “	81
	b. Menschenrechte	87
	c. Souveräne Gewalt	89
	d. Das Lager	90
	e. Kritik	92
	3. Die performative Gewalt (Derrida)	93
	a. Recht – Gewalt – Deutung	94
	b. Legitimation – Gewalt – Demokratie	97
	c. Recht – Gerechtigkeit – Gewalt	99

d. Recht – Gerechtigkeit – Aporie	102
4. Fluch und Autonomie (Menke)	115
a. Exkurs: Luhmanns Systemtheorie des Rechts	118
b. Menkes Lesart des Re-entry	125
c. Die „Gewalt der Gewalt“. Zur Genealogie des autonomen Rechts	130
d. Kritik	145
5. Zwischenbetrachtung	147
III. Zur Überwindung (der Gewalt) des Rechts	149
1. Exkurs: Zum Messianischen bei Benjamin, Agamben und Derrida	149
2. Die göttliche Gewalt (Benjamin)	154
3. Der wirkliche Ausnahmezustand (Agamben) und der hermeneutische Generalstreik (Derrida)	165
a. Kafkas Messianismus und das Studium	165
b. Sinn – Dekonstruktion – Gerechtigkeit und zur Kritik der Revolution	170
c. Parallelen und Differenzen zwischen Agamben und Derrida	174
4. Selbstreflexion des Rechts (Menke)	180
5. Zwischenbetrachtung und Bewertung	192
D.    Ausblick	195
Danksagung	203
Literaturverzeichnis	205

## B. Hintergrund und Bewertungsmaßstab

Benjamin, für dessen Denken Kant eine wichtige Referenz war<sup>11</sup>, hat den Titel für seinen Aufsatz „*Zur Kritik der Gewalt*“ mit Bedacht gewählt. Mit ihm rekurriert er insbesondere auf Kant und Karl Marx, die „Kritik“ als Methode zur Aufklärung verstanden. Nicht nur im Anspruch, sondern auch in der Struktur verrät Benjamins Essay auch einiges über die spezifische Herangehensweise, der eine Kritik entsprechen muss. Bei einer solchen handelt es sich nicht einfach um eine Anklage, vielmehr muss sie analytisch verstanden werden. Wie es ihre etymologische Wurzel, das altgriechische Verb *κρίνειν* (dt. *scheiden, absondern, entscheiden*), schon anklingen lässt, geht es bei einer Kritik insoweit darum, etwas zu scheiden, zu unterscheiden und zu beurteilen. Erforderlich für eine Kritik ist daher zunächst die Bildung eines geeigneten Maßstabs, anhand dessen der von ihr ausgemachte Gegenstand geschieden, unterschieden und beurteilt werden kann.<sup>12</sup>

Auch das Programm der vorliegenden Studie ist die Ausarbeitung einer *Kritik*. Die Kritik an der philosophischen Kritik der Autoren Benjamin, Agamben, Derrida und Menke am Recht verlangt daher ebenfalls einen Maßstab. Bevor also der Diskurs nach Benjamin dargestellt wird, soll auf den folgenden Seiten eine rechtstheoretische Betrachtungsweise des Rechtsphänomens entfaltet werden, von der aus der postmoderne philosophische Diskurs anschließend seine Beurteilung erfahren kann.

### I. Zum rechtstheoretischen Standpunkt

Als Rechtstheorie wird hier das Unternehmen bezeichnet, die Eigenarten und die Funktionsweise des Rechts im gegenwärtigen Rechtssystem zu ermitteln und zu verorten. In diesem Sinne intendiert die Rechtstheo-

---

11 *Benjamin*, Über das Programm der kommenden Philosophie, GS II.1, 157 ff.; vgl. zum Einfluss Kants Denkens auf das von Benjamin: *Fenves*, „Über das Programm der kommenden Philosophie“, in: Lindner (Hg.), *Benjamin-Handbuch*, S. 134 (134 ff.).

12 Vgl. *Benjamin*, *Zur Kritik der Gewalt*, GS II.1, S. 181. Benjamin selbst wählt zum Maßstab seiner Kritik der Gewalt die Kriterien, die die positive Rechtslehre zur Bewertung von Gewalt ausgebildet hat, a.a.O.

rie, das Recht in seiner Entstehung, seinem Grundgerüst und seiner Wirkungsweise auf die Gesellschaft zu beschreiben. Dafür integriert sie in ihre Anschauung vom Recht Ansätze der „Allgemeinen Rechtslehre“, der Rechtssoziologie und der Rechts- und Geistesgeschichte. Zu diesem Zweck begreift und reflektiert die Rechtstheorie das Recht vor der Lehre von den Grundbegriffen des Rechts, der Theorie der Normen und der juristischen Methodik, seiner Funktion in einer Gesellschaft und den historisch-geistesgeschichtlichen Entwicklungszusammenhängen seiner Ausdrücke.<sup>13</sup>

## II. Was ist Recht?

Für die Bildung eines Begriffs vom Recht wird hier der positiven Rechtslehre gefolgt. Damit ist zweierlei zum Ausdruck gebracht. Als Recht im Sinne des Begriffs wird demnach nur das erachtet, was von bestimmten Institutionen in einer Gesellschaft für Recht erklärt wird. Recht ist danach nichts, was von Gott oder irgendeiner anderen metaphysischen Instanz kommt und im weltlichen Bereich gefunden wird, wie es naturrechtliche Lehren behaupten. Als rechtlich ist eine Norm nur dann zu bezeichnen, wenn sie durch eine Institution gesetzt worden ist, durch die sie jederzeit auch wieder geändert werden kann, wenn die Norm also „kraft Entscheidung gilt“.<sup>14</sup> Dabei muss die Norm nicht unbedingt von einer staatlichen Institution erlassen worden sein, sondern kann ebenso in anderen gesellschaftlich anerkannten Institutionen ihren Ursprung haben, wie es etwa das Kirchenrecht oder die Tarifvertragsautonomie nahelegen.<sup>15</sup>

Zum Begriff des Rechts gehört aber nicht nur die Quelle einer Norm. Damit das gesetzte Recht auch die Welt gestalten kann, bedarf es überdies eines Aktes, der zwischen der Rechtsnorm und einem Lebenssachverhalt eine Beziehung herstellt. Diese Beziehung wird von der Deutung besorgt, die der Rechtsnorm wie auch einem Lebenssachverhalt einen „spezifisch[en] juristische[n] Sinn, seine eigentümliche rechtliche Bedeutung“ verleiht.<sup>16</sup> Für die Rechtswirklichkeit ist dabei die Deutung der normativen Gehalte in den Entscheidungen der Gerichtsbarkeit von besonderer

---

13 Ich orientiere mich für die Begriffsbestimmung an *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtslehre, § 1 Rn. 20 ff.

14 *Luhmann*, Positivität des Rechts als Voraussetzung einer modernen Gesellschaft, S. 122, 125.

15 *Rüthers/Fischer/Birk*, Rechtstheorie, § 2 Rn. 56.

16 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 5.

Bedeutung. Da in den meisten Staaten ein mehrstufiger Instanzenzug vorherrschend ist, in dem den höherrangigen Gerichten die Aufhebung der Urteile der rangniedrigeren gestattet ist, ist in erster Line die Deutung des Rechts in den Urteilen der obersten Gerichte maßgeblich.<sup>17</sup>

Ein hinreichender, aber kein notwendiger Indikator für eine Rechtsnorm ist außerdem ihre zwangsweise Durchsetzbarkeit durch staatliche Institutionen, über die Widerstände eingegeben werden können, um tatsächlich Rechtsverhältnisse zu schaffen.<sup>18</sup>

Gemäß dieser positivrechtlichen Bestimmung des Rechtsbegriffs unterscheidet sich das Recht von der Moral und der Gerechtigkeit. Die Differenz zur Moral wird hierbei über zwei Kriterien möglich. Zum einen lässt sich von einer Rechtsnorm nur dann sprechen, wenn und soweit sie von einer hinreichend legitimierten Quelle – etwa vom Staat oder einer staatlich anerkannten Institution – gesetzt worden ist, wohingegen das für moralische Normen keine zwingende Voraussetzung ist.<sup>19</sup> (Folglich kann eine Rechtsnorm auch moralisch sein, für ihre Geltung ist das allerdings keine unabdingbare Voraussetzung.) Zum anderen lassen sich Recht und Moral über die Motivation des Handelnden differenzieren, wie dies insbesondere Kant vorgenommen hat. Entscheidend ist also, was den Handelnden zur Handlung motiviert. Dementsprechend ist für eine moralische Gesetzgebung eine notwendige Voraussetzung, dass die „Triebfeder“ auf dem freien Willen des handelnden Subjekts beruht, wohingegen für eine rechtliche die „bloße [objektive] Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze [...], die Legalität“ ausreicht, zu der es, wenn nötig, auch gezwungen werden darf.<sup>20</sup>

Der Neokantianer Hans Kelsen, der selbst Wertrelativist war, möchte überdies Recht und Moral danach unterscheiden, dass die Moral genauso wie die Gerechtigkeit Werte verabsolutiere, was das Recht nicht tun könne.<sup>21</sup> Er reformuliert diesen Unterschied mit einer etwas stärkeren Institutionen-Fixierung als ein erkenntnistheoretisches Problem: Anders als Rechtsnormen, die ihre Geltung aus institutionell gesetzten höherrangigen

---

17 Hart, *Der Begriff des Rechts*, S. 168-175.

18 Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, A 35; Jhering, *Der Zweck im Recht*, S. 320 f.; Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 25 f.; dass es sich um kein notwendiges Kriterium handelt besagen Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft. Recht*, S. 197 und Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, S. 135.

19 Vgl. Habermas, *Faktizität und Geltung*, S. 137.

20 Kant, *Die Metaphysik der Sitten*, A 14 ff.

21 Kelsen, *Reine Rechtslehre*, S. 13. Die Zitation richtet sich nach der ersten Auflage von 1934.

Normen ableiten, handele es sich bei der Moral und der Gerechtigkeit um platonische Ideale, die den Anspruch universeller Gültigkeit erheben, was sich vom „Standpunkt rationaler Erkenntnis“ aus aber nicht begründen lasse.<sup>22</sup>

Abgesehen von diesem radikalen Abgrenzungsversuch werden etwa in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts ökonomische<sup>23</sup> und prozedurale<sup>24</sup> Gerechtigkeitskonzepte<sup>25</sup> vertreten und Gerechtigkeit insoweit für mit dem Recht vereinbar und für durch es realisierbar erachtet. Im ersten Fall wird Gerechtigkeit gemäß ihrer aristotelischen Bestimmung<sup>26</sup> objektiv als Frage der äquivalenten Verteilung bzw. Behandlung begriffen<sup>27</sup>; im zweiten wird die Ermöglichung von Gerechtigkeit im Recht von der strikten Einhaltung bestimmter Verfahrensvoraussetzungen abhängig gemacht.

Dass sich das Verhältnis von Recht und Gerechtigkeit aber nicht ganz so einfach darstellen und sich Gerechtigkeit im Recht auch anderweitig erstreben lässt, wird im Verlaufe der Arbeit noch zu zeigen sein.<sup>28</sup>

### III. Objektives Recht und subjektive Rechte

Historisch besehen unterliegt die Form des Rechts einem Wandel. Das Recht der Moderne ist dabei maßgeblich von der „Figur der subjektiven Rechte“ geprägt.<sup>29</sup> Die Eigenart der subjektiven Rechte wird ersichtlich, sobald man sie dem antiken Recht gegenüberstellt.<sup>30</sup> Im antiken Recht war die Vorstellung vorherrschend, dass es sich beim Recht um etwas „*Proportionales*“<sup>31</sup> handele. Das Recht wurde mit dem Gerechten gleich-

---

22 *Kelsen*, Reine Rechtslehre, S. 14-16; zu den Defiziten von Kelsens Begründung vgl. *Wolf*, Gerechtigkeit als Dekonstruktion, S. 20-38.

23 Vgl. z.B. BVerfGE 1, 14 (52); 13, 46 (53); 98, 365 (385).

24 Vgl. BVerfG, Beschluss der 1. Kammer des Zweiten Senats vom 16. Oktober 2013 - 2 BvR 736/13 -, Rn. 9.

25 Eine Übersicht der verschiedenen Gerechtigkeitsatheorien findet sich in: *Düwell/Hübenthal/Werner* (Hg.), Handbuch Ethik (Schlagwort „Gerechtigkeit“, S. 371-376).

26 Vgl. *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1131a-1132b.

27 Kritisch zur ökonomischen Gerechtigkeitsauffassung: *Horkheimer/Adorno*, Dialektik der Aufklärung, S. 13.

28 Vgl. Kap. C.II.3.d und Kap. C.III.3.

29 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 291.

30 So insb. *Menke*, Kritik der Rechte, S. 43-64.

31 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1131a, 30.

gesetzt. Recht oder gerecht ist danach die „Mitte“, der gerechte Anteil bzw. die Kompensation „zwischen dem Zuviel und dem Zuwenig“.<sup>32</sup> Man stelle sich das Recht gewissermaßen wie eine statische Einheit vor, einen Kuchen, den es zu verteilen gilt. Recht hat folglich, wer seinen wohlproportionierten Teil vom Ganzen hat.<sup>33</sup>

Im Recht der subjektiven Rechte werden dagegen keine Teile arithmetisch verteilt. Stattdessen wird bei ihnen die „Willkür“ des berechtigten Subjekts dahingehend verrechtlicht, im Rahmen des Rechts nach freiem Ermessen und ohne rechtliche Kontrolle handeln zu können,<sup>34</sup> d.h. von einem Anderen ein Handeln, Dulden oder Unterlassen zu verlangen, was der Pflicht der anderen Person zu dieser Handlung, Duldung oder Unterlassung entspricht.<sup>35</sup> Oder, um es kurz in den Worten von Rudolf von Jhering zu sagen: Subjektive Rechte schützen das „Interesse“ des Berechtigten.<sup>36</sup> Ein Wesensmerkmal der subjektiven Rechte ist es dabei, dass es auch in der Hand des Berechtigten liegt, ob und inwieweit er von ihnen in ihrem Rahmen Gebrauch macht.<sup>37</sup>

Obwohl sich die subjektiven Rechte zunächst im Privatrecht entwickelt haben, findet man sie ebenfalls im öffentlichen Recht, etwa in Gestalt der Grundrechte im Verhältnis zwischen Staat und Bürger oder als verfassungsrechtlich garantierte Rechte zwischen am Verfassungsleben beteiligten Organen.

#### IV. Die Grammatik des Gesetzes

Ein subkutanes Thema dieser Studie, das Spannungsverhältnis zwischen dem Singulären und dem Allgemeinen, hat seinen Anlass in der grammatikalischen Form des Gesetzes. Rechtsnormen sind grundsätzlich *allgemein* formuliert. Bei ihrer Bildung wird von dem mannigfaltig Besonderen abstrahiert. Stattdessen soll sich das Konkrete im Allgemeinen der Norm wiederfinden lassen.<sup>38</sup> Zweck der Abstraktion ist die generelle Anwendbarkeit

---

32 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1132a, 15.

33 Ebd., 1132a, 30.

34 *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 291.

35 *Weber*, Wirtschaft und Gesellschaft. Recht, S. 307 f.; *Alexy*, Theorie der Grundrechte, S. 171 f., S. 171 Fn. 48.

36 *Jhering*, Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen seiner Entwicklung, Dritter Teil, S. 339.

37 Vgl. *Kelsen*, Allgemeine Theorie der Normen, S. 269.

38 *Aristoteles*, Nikomachische Ethik, 1135a, 5-10.

der Norm. Darin drückt sich die im Recht enthaltene und im Begriff des „Gesetzes“ präzierte Idee der Gleichberechtigung aus.<sup>39</sup> Um der Willkür vorzubeugen, ist der Adressat eines Gesetzes somit immer ein namentlich unbestimmter Personenkreis. Demnach soll sich niemand der Anwendung des Rechts aufgrund von besonderen Merkmalen entziehen können oder bevorzugt werden.

Ein bereits von Aristoteles<sup>40</sup> diskutiertes Problem, das sich aus der Allgemeinheit des Gesetzes ergibt, ist allerdings seine Interpretationsbedürftigkeit durch den Richter. Soweit Richter einen gewissen Entscheidungsspielraum für sich in Anspruch nehmen, kommt es de facto schnell zu einer Machtverschiebung oder besser gesagt zu einer Machtaufteilung zwischen dem gesetzgebenden Organ und dem Rechtsanwender. Schon Justinian antwortete auf diese Entwicklung mit einem Kommentierungsverbot.<sup>41</sup> In der Zeit des aufgeklärten Absolutismus wurde mit dem Preußischen Allgemeinen Landrecht von 1794 sogar der Versuch unternommen, in 19.194 Paragraphen nahezu alle Rechtsfragen kasuistisch, also fallbezogen, zu kodifizieren, um so unter anderem der richterlichen Interpretation und der Kommentierung des Rechts Einhalt zu gebieten. Selbstverständlich musste dieser vom Naturrecht beeinflusste Versuch scheitern. Weil ständig neue und vom Gesetzgeber unvorhergesehene Fälle auftraten, wurde bereits nach wenigen Jahren das Verbot der Auslegung durch Präjudizien und Kommentare gekippt.<sup>42</sup>

Für die Überschaubarkeit, Berechenbarkeit und Praktikabilität des Rechts wie auch der Gesellschaft scheint es also, dass die Abstraktion vom Besonderen und die Generalisierung des Rechts, etwa in Gestalt von Rechtsinstituten,<sup>43</sup> keine unwesentlichen Bedingungen sind.

## V. Zur Bewertung von Gewalt durch das Recht und ihrer Rechtfertigung

Das Verhältnis von Recht und Gewalt zueinander ist, wie Niklas Luhmann das einmal festgestellt hat, „symbiotisch“<sup>44</sup>. Nicht nur das antike und mittelalterliche Recht stehen im Zeichen der Gewalt. Auch in den staats-

---

39 *Habermas*, Faktizität und Geltung, S. 110.

40 *Aristoteles*, Rhetorik, 1,7.

41 *Constitutio Tanta*, 21.

42 *Meder*, Rechtsgeschichte, S. 279-283, 303; *Luig*, AcP 1994, S. 521 (521).

43 Vgl. *Luhmann*, Das Recht der Gesellschaft, S. 274 f.

44 *Luhmann*, Rechtszwang und politische Gewalt, S. 170.

und rechtstheoretischen Abhandlungen der Neuzeit bildet die Vorstellung einer Verzahnung von Recht und Gewalt einen elementaren Bestandteil. Zu sehen war das bereits bei Kant, bei dem es in der Überschrift zu § D in „*Die Metaphysik der Sitten*“ heißt: „Das Recht ist mit der Befugnis zu zwingen verbunden (i. Orig. in Majuskeln, C.K.)“. Das Innovative an den modernen staats- und rechtstheoretischen Abhandlungen ist gegenüber dem archaischen Recht jedoch die vernünftige Begründung der Anwendung von Gewalt. Dabei ist der Rechtfertigungsdiskurs zu ihrer Anwendung – in dessen Tradition auch Kant steht – und die Vorstellung eines staatlichen Gewaltmonopols das geistesgeschichtliche Produkt der Lehren, die Thomas Hobbes aus den Gräueln des Dreißigjährigen Krieges gezogen hat.<sup>45</sup> Wenn man also das Verhältnis von Recht und Gewalt verstehen möchte, und zwar in Hinblick darauf, wie das Recht Gewalt situiert, muss man auch diesem „Gewaltrechtfertigungsdiskurs“ in seinen Grundzügen nachgehen, dessen Ideengeschichte sich in den zeitgenössischen Verfassungen und den normativen Erwartungen an die politische Tradition niederschlägt.<sup>46</sup>

Den Hintergrund dieses Diskurses bildet Hobbes' Konzept des „Leviathan“. Dieses beruht auf der Supposition eines vorstaatlichen Naturzustands, in dem sich die Menschen in einem nicht enden wollenden Krieg „eines jeden gegen jeden“ befinden und in dem für jedermann die „ständige Furcht und die Gefahr eines gewaltsamen Todes“ herrscht.<sup>47</sup> In diesem Naturzustand gibt es zwar kein „Gesetz“, weil ein solches nur von einer „öffentliche[n] Macht“ erlassen werden könnte, wohl aber das „Naturrecht“ eines jeden, die jeweiligen Fähigkeiten zur Erhaltung des „eigenen Lebens“ einzusetzen.<sup>48</sup> Um nicht ständig in der Angst des eigenen Todes leben zu müssen, übertragen die Menschen durch Zustimmung zu einem gegenseitigen Vertrag dem „Gemeinwesen“ bzw. dem „Leviathan“ ihr natürliches Recht, das zu tun, was sie am Leben hält, auf dass sie von nun an von ihm regiert werden.<sup>49</sup> Der Zweck des Vertrages soll darin liegen, ein Leben in „Frieden und Sicherheit“ zu gewährleisten.<sup>50</sup> Mit der

---

45 Vgl. zum Gewaltrechtfertigungsdiskurs: *Hirsch*, Recht auf Gewalt?

46 Vgl. für eine kritisch-anarchistische Rekonstruktion: *Loick*, Kritik der Souveränität, S. 29-143.

47 *Hobbes*, Leviathan, S. 104f.

48 Ebd., S. 106f.

49 Ebd., S. 145. Dass die Motivation zum Vertrag gerade auf „Furcht“ beruht, ist explizit kein die Gültigkeit des Vertrages hemmender Umstand, vgl. a.a.O. S. 107, 116.

50 Ebd., S. 150.

Übertragung seiner Rechte auf den Leviathan erhalte der Einzelne aus dem Vertrag einen Anspruch gegenüber dem Gemeinwesen auf die Erfüllung jenes Zweckes. Reziprok dazu schulde das Gemeinwesen gegenüber dem Einzelnen die Gewährleistung eines friedlichen und sicheren Lebens. Das Gemeinwesen und derjenige, der das Gemeinwesen vertritt, sei souverän und übe entsprechend eine „souveräne Macht“ aus.<sup>51</sup> Die souveräne Macht ist unterdessen das Konzentrat der Summe der auf das Gemeinwesen übertragenen natürlichen Rechte.

Mit der Installation einer souveränen Macht ist schließlich die Idee des Gewaltmonopols geboren. Denn der Souverän „entscheidet über alles, was für Frieden und Verteidigung seiner Untertanen nötig ist (i. Orig. in Majuskeln, C.K.)“.<sup>52</sup> Zu diesem Zweck wird die souveräne Macht „absolut“<sup>53</sup> gesetzt. Hiernach sei sie dazu gehalten, konkurrierende Mächte, die ihr zur Gefahr werden könnten, zu unterdrücken. Von daher steht ihr auch das Recht zu, über Leben und Tod ihrer Untertanen zu entscheiden, was Hobbes noch einmal darin betont, dass er die souveräne Macht der *patria potestas*, dem altrömischen Recht des Hausherrn, über das Leben der Hausangehörigen zu entscheiden, annähert.<sup>54</sup> Die Furcht vor dieser Gewalt, so Hobbes' Gedanke, werde die Menschen schlechterdings bändigen.<sup>55</sup> Andererseits finden die Macht des Souveräns und die Entsagung des natürlichen Rechts der Selbsterhaltung ihre Schranken im Vertragszweck. Gewährleistet der Souverän diesen nicht mehr oder pervertiert er ihn gar, hat er sein Recht verwirkt und das natürliche Recht des Einzelnen lebt wieder auf.<sup>56</sup>

Die Pointe des Naturzustands liegt in einer Kontrastierung, die über seine Fiktion möglich wird. Gegenüber den in ihm vorherrschenden Verhältnissen kann sich nämlich das Gemeinwesen als rettende „Antwort“ gerieren.<sup>57</sup> Die Gegenüberstellung von Naturzustand und Gemeinwesen, souveräner Macht und Untertan zeichnet zudem eine Differenzierung zwischen legitimer und illegitimer Gewalt vor.<sup>58</sup> Gewalt ist unter diesen Prämissen folglich dann legitim, wenn sie zum Schutz von Frieden und

---

51 *Hobbes*, *Leviathan*, S. 150.

52 Ebd., S. 150.

53 Ebd., S. 173.

54 Ebd., S. 144-146, 176. Genau genommen stammen jene Merkmale der Souveränität bereits von Jean Bodin, vgl. *Schmitt*, *Politische Theologie*, S. 17.

55 *Hobbes*, *Leviathan*, S. 145.

56 Ebd., S. 187.

57 *Menke*, *Recht und Gewalt*, S. 105 Fn. 11.

58 Vgl. *Hirsch*, *Recht auf Gewalt?*, S. 65.

Sicherheit ergeht. Gewalt, die dagegen den Errungenschaften des Gemeinwesens zur Gefahr wird, ist nicht legitim, weshalb dann auch zu ihrer Abwendung die Anwendung einer durch den Souverän verübten „Gegen-Gewalt“<sup>59</sup> gerechtfertigt erscheint. Hierbei nimmt die Unterscheidung wie auch die Rechtfertigung der Anwendung von Gewalt mehr und mehr arithmetische und geometrische Züge an.<sup>60</sup> Das Gemeinwesen erhält, wie Alfred Hirsch schreibt, die Gestalt einer künstlich erschaffenen gewaltfreien Ordnung, wogegen das „Andere der Ordnung“, das Unordentliche mit der Gewalt in eins gesetzt wird.<sup>61</sup> Im Verhältnis von Gewalt und Gegen-Gewalt bekommt die gerechtfertigte Gewalt so selbst einen ordnenden, „instrumentalen Charakter“<sup>62</sup>. Was hierbei allerdings meist ausgeblendet wird ist, dass logischerweise auch erst mit der Ordnung die Unordnung entsteht.<sup>63</sup>

Die im Zuge der Aufklärung aufkommende Begeisterung für Formen demokratischer Herrschaft löst sich von Vorstellungen einer Herrschaft Weniger über Viele, hält aber insgesamt am Prinzip der Souveränität fest. Die souveräne Macht wird nun nicht mehr in einem Monarchen personifiziert und durch ihn vererbt, sondern, bei Jean Jaques Rousseau, permanent in Abhängigkeit von einem den Bürgern des Gemeinwesens gebildeten „Gemeinwillen“ gesetzt, an dem jeder in gleicher Weise partizipiert.<sup>64</sup> Dadurch bekommt auch die Rechtfertigung souveräner Gewalt in ihrer Anwendung gegenüber dem Einzelnen eine andere Tiefe. Denn sämtliches Handeln der Regierung und die Inhalte der vom Gemeinwesen erlassenen und demnach auch zwangsweise durchsetzbaren Gesetze werden an einen Gemeinwillen rückgekoppelt, dessen Teil auch der Adressat jener souveränen Akte ist. Wenn nun der Einzelne dem Gemeinwillen zuwiderhandelt, sei es dem Gemeinwesen nicht nur aus einem eigenen Recht gestattet, den Einzelnen zu zwingen, dem Gemeinwillen zu folgen; die Berechtigung dazu folgt dann schon aus dem eigenen Recht des Einzelnen: man „zwingt“ ihn nun lediglich dazu, „frei zu sein“.<sup>65</sup>

Kant gibt der von Hobbes und Rousseau kommenden Staatstheorie zu guter Letzt eine konsequente, positive Rechtsform. Allerdings begründet er die Notwendigkeit des Staates aus dem Privatrecht heraus. Der Hinter-

---

59 *Hobbes*, *Leviathan*, S. 12.

60 Vgl. *Hobbes*, *Leviathan*, S. 177; *Hirsch*, *Recht auf Gewalt?*, S. 230-233.

61 *Hirsch*, *Recht auf Gewalt?*, S. 76.

62 *Arendt*, *Macht und Gewalt*, S. 47.

63 *Hirsch*, *Recht auf Gewalt?*, S. 76.

64 *Rousseau*, *Du contrat social ou principes du droit politique*, S. 35, 37, 39.

65 *Ebd.*, S. 43.

gedanke ist dabei, dass nur im Staate die Möglichkeit besteht, Eigentum dauerhaft zu erwerben, wohingegen im Naturzustand lediglich tatsächliche Besitzverhältnisse zu verzeichnen sind, in denen die Zuordnung von Rechten mitunter unklar und infolge vielfältiger Rechtsauffassungen konfliktträchtig ist.<sup>66</sup> Kant intendiert, den Rechtszustand und den Staat weder empirisch noch quasiempirisch über eine Fiktion zu begründen, sondern apriorisch. Obgleich auch bei ihm der Staat die rechtlich begründete Institution ist, die die Gewalt ausübt, folge das Recht zu zwingen nicht erst aus der souveränen Gewalt, sondern schon aus dem *Begriff* des Rechts. Das „Recht“ ist, wie Kant definiert, „der Inbegriff der Bedingungen, unter denen die Willkür des einen mit der Willkür des andern nach einem allgemeinen Gesetze der Freiheit zusammen vereinigt werden kann.“<sup>67</sup> Für Kant ist Freiheit nämlich nur im Rechtszustand objektiv existent, indem das allgemeine Gesetz in seiner Normativität positiv angibt, wie die Bedingungen einer gleichen Freiheit für alle lauten. Wenn das Kriterium der Freiheit das Recht ist, ist darin ebenfalls negativ ausgesagt, dass im Unrecht die Unfreiheit vorherrsche. Da es für Kant beim Recht, wie bereits erwähnt, nicht auf die innere Motivation des Handelnden ankommt, darf der Rechtszustand deshalb auch durch äußere Einwirkung auf das Individuum, durch Zwang, hergestellt werden. Entsprechend wird die „Befugnis zu zwingen“ logisch aus der praktischen Vernunft begründet. Sie folgt schlichtweg aus „dem Satze des Widerspruchs“, sodass sie dann erlaubt ist, wenn jemand im Unrecht ist.<sup>68</sup> Hiernach lässt sich das Recht, ist es erst einmal mit der „Zwangsbefugnis analytisch verknüpft“<sup>69</sup>, auch als geometrische Zwangsordnung vorstellen, die positive Freiheitssphären schafft: Der „Begriff des Rechts“ ist insoweit auch der „unter allgemeine Gesetze gebrachte, mit ihm zusammenstimmende durchgängig wechselseitige und gleiche Zwang“.<sup>70</sup>

Der Schritt vom Recht zum Staat ist sonach das deduktive Ergebnis einer logischen Operation. Es bedarf schließlich sowohl einer Instanz, die den Zwang tatsächlich durchsetzt, als auch eines Rahmens, in dem sich die allgemeinen Gesetze der Freiheit und Zuordnung vernünftigt bilden lassen, die für den Rechtszustand erforderlich sind.<sup>71</sup> Die Grundstruktur eines

---

66 Vgl. *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, A 162-165.

67 Ebd., A 33.

68 Ebd., A 35.

69 *Kersting*, Wohlgeordnete Freiheit, S. 11.

70 *Kant*, Die Metaphysik der Sitten, A 37.

71 Ebd., A 161-165, 73.