

# 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](http://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 financiaria*), 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 Franzki und Johan Horst</i>                                                    |     |
| Einleitung . . . . .                                                                                              | 1   |
| <i>Christoph Menke</i>                                                                                            |     |
| Genealogie, Paradoxie, Transformation. Grundelemente einer Kritik<br>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<br>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.<sup>1</sup> 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 Pas-partout 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.<sup>2</sup> 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.<sup>3</sup> 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.<sup>4</sup> Eine ver-

<sup>1</sup> 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.

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

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

<sup>4</sup> 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.<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> Schließlich haben Wendy Brown und Gayatri Spivak auf die problematische Rolle subjektiver Rechte für Projekte gesellschaftlicher Emanzipation aufmerksam gemacht.<sup>7</sup>

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.<sup>8</sup>

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.

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

<sup>6</sup> Carol Gilligan, Die andere Stimme, München 1996.

<sup>7</sup> 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.

<sup>8</sup> 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 Rechte<sup>9</sup> 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“<sup>10</sup> 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.<sup>11</sup>

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

---

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

<sup>10</sup> Christoph Menke, in diesem Band, S. 30.

<sup>11</sup> A. a. O.



# Genealogie, Paradoxie, Transformation

## Grundelemente einer Kritik der Rechte<sup>1</sup>

*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“ Recht<sup>2</sup> – 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.<sup>3</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.

<sup>2</sup> Das bürgerliche Recht meint hier: das Recht der bürgerlichen Gesellschaft.

<sup>3</sup> 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“.<sup>4</sup> 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?“<sup>5</sup> 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.<sup>6</sup> 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.

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

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

<sup>6</sup> 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.<sup>7</sup> 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-

---

<sup>7</sup> 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.<sup>8</sup>

## 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 „wahre[n] Kritik“, die Marx der „vulgären“ entgegengestellt.<sup>9</sup> Vulgär nennt Marx eine Kritik, „die mit ihrem Gegenstand *kämpft*“, die sich ihm urteilend von außen gegenüber- und entgegenstellt. 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.“<sup>10</sup> 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

<sup>8</sup> Wie Marx für die „spätern 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 verkürzt das Bestehende zum Selbstverständlichen und Unbefragbaren.

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

<sup>10</sup> Ebd.

Werden – als Gewordenes und damit Werdendes – liest<sup>11</sup>). 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 kann<sup>12</sup>, 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.<sup>13</sup> Der Ausweg

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

<sup>12</sup> „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).

<sup>13</sup> 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.<sup>14</sup>

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).<sup>15</sup> 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.<sup>16</sup> Dieses Verhältnis wird dadurch bestimmt,

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

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

<sup>16</sup> 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.

wie die subjektiven Rechte den Akt der Selbstreflexion vollziehen, der das moderne Recht definiert: Die subjektiven Rechte vollziehen die Selbstreflexion des Rechts so, dass sie im Recht das repräsentieren, was vom Recht unterschieden ist, dabei aber das im Recht repräsentierte Nichtrechtliche zugleich als dem Recht vorgegeben und unveränderlich behandeln. Die Form der subjektiven Rechte ist also *als* selbstreflexive positivistisch oder sie ist als selbstreflexive zugleich naturalisierend (denn „Natur“ ist dasjenige, das der Norm des Rechts unveränderlich vorgegeben ist<sup>17</sup>). Genau das bezeichnet, worin und wie die Form der subjektiven Rechte falsch ist. Sie ist falsch, weil sie sich selbst widerspricht oder verstellt. Sie vollzieht die Selbstreflexion – sie repräsentiert das Nichtrechtliche im Recht –, und sie vollzieht sie nicht oder verstellt sie; denn indem sie das Nichtrechtliche als Gegebenes behandelt, verstellt sie, dass es nur für die und in der Selbstreflexion des Rechts gegeben – und ihm also nicht vorgegeben ist. Der Positivismus der subjektiven Rechte ist ein Vollzug der Selbstreflexion des Rechts, der die Selbstreflexion (also: sich selbst) verleugnet.

Der damit erreichte kritische Begriff des Falschen – der Sinn, in dem die Form der subjektiven Rechte falsch zu nennen ist – scheint aber immer noch ein „dogmatischer“ Begriff zu sein. Er scheint die subjektiven Rechte von außen an der Norm der Widerspruchsfreiheit zu messen (so wie es Marx von der „vulgären“ Kritik sagte<sup>18</sup>): Die Norm der Kritik der subjektiven Rechte scheint darin zu bestehen, die Selbstreflexion des modernen Rechts widerspruchsfrei zu verwirklichen. Aber so scheint es nur, wenn der Begriff der Selbstreflexion unzureichend bestimmt wird. Die Operation der Selbstreflexion besteht nicht darin, im Rückgang in den Grund des Rechts seine Identität mit sich selbst herzustellen. Sie besteht vielmehr darin, die Differenz des Rechts vom Nichtrechtlichen darzustellen und zu entfalten – und zwar: im Recht. Die Operation der Selbstreflexion ist der Vollzug einer Paradoxie: der Differenz *zwischen* Recht und Nichtrecht *im* Recht.

Wenn also die Form der subjektiven Rechte falsch ist, weil sie die Selbstreflexion, die sich in dieser Form vollzieht, zugleich verstellt und verleugnet (oder

<sup>17</sup> Das heißt nicht, dass die Materie der subjektiven Rechte – das, was oder wozu sie berechtigen – jeder Veränderung überhaupt entzogen ist: Was die subjektive Rechte sich reifizierend als (quasi-natürlich gegeben) voraussetzen, verändert *sich*. Es verändert sich so, wie sich Natürliches verändert; es verändert sich von selbst, durch Evolution. Subjektive Rechte sind eine dynamische Form, die die gesellschaftlichen, kulturellen, psychologischen Veränderungen im Recht abbilden. Aber sie setzen diese Veränderungen voraus, naturalisieren sie damit und entziehen sie der bewussten (also politischen) Steuerung durch's Recht.

<sup>18</sup> Marx' Beispiel für die vulgäre Kritik ist die Kritik an der bürgerlichen Staatsverfassung: „Sie macht auf die Entgegensetzung der Gewalten aufmerksam etc. Sie findet überall Widersprüche. Das ist selbst noch dogmatische Kritik, die mit ihrem Gegenstand *kämpft*, so wie man früher etwa das Dogma der heiligen Dreieinigkeit durch den Widerspruch von eins und drei beseitigte.“ (Marx (Fn. 9), 296) Die vulgäre Kritik, die das Dogma zurückweist, weil es selbstwidersprüchlich ist, operiert selbst im Namen eines Dogmas: der Norm der Widerspruchsfreiheit, die sie dem Kritisierten äußerlich entgegensetzt.



die rechtliche Selbstreflexion abbricht und ihrer verändernden Spitze beraubt; und wenn die Selbstreflexion des Rechts nichts als der Vollzug der Paradoxie ist, die Differenz von Recht und Nichtrecht im Recht darzustellen – dann ist die Form der subjektiven Rechte deshalb falsch, weil sie die Paradoxie, die sie definiert und ausmacht, verstellt. Die positivistische Falschheit der Form der subjektiven Rechte besteht in ihrer Paradoxieverleugnung. Das ist das kritische Urteil, zu dem die genealogische Untersuchung der Formierungsprozesse führt. Die „wahre Kritik“ urteilt über die Form der subjektiven Rechte; sie urteilt, dass sie falsch ist. Aber dieses Urteil besteht darin, dass die Form der subjektiven Rechte die Paradoxie, die sie ausmacht und hervorbringt, nicht ausdrückt und vollzieht.<sup>19</sup> Deshalb ist sie falsch. Die Norm der wahren Kritik ist das Paradox am Grund des Kritisierten: Sie kritisiert im Namen der Paradoxie.

## II.

### 1. Ein anderes Recht

Die bürgerliche, liberale politische Ökonomie hat die Arbeit als den im Tauschwert „versteckten Inhalt entdeckt“. Die Kritik der politischen Ökonomie setzt erst nach dieser Entdeckung ein. Die kritische Einsicht besteht nicht darin, versteckte Inhalte ans Licht zu bringen, sondern „die Frage [zu stellen], warum dieser Inhalt jene Form annimmt, warum sich also die Arbeit im Wert [...] darstellt?“<sup>20</sup> Die kritische Frage nach der Form geht also über die nach dem Inhalt hinaus, sie setzt die Bestimmung des Inhalts darin zugleich aber voraus; die Einsicht der bürgerlichen politischen Ökonomie, dass sich im Wert die Arbeit darstellt, bleibt in ihrer Kritik in Kraft. Ebenso gilt für die Kritik der subjektiven Rechte, dass die kritische Frage nach ihrer Form die liberale Einsicht voraussetzt, dass die Gleichheit ihren normativen Inhalt bildet.

Also erkennt die Kritik der subjektiven Rechte, dass diese einen doppelten Grund haben: einen inhaltlichen und einen formalen Grund. Der inhaltliche Grund ist die Gleichheit aller; inhaltlich sind die subjektiven Rechte egalitär.

<sup>19</sup> Auch diese Formulierung ist noch unzureichend und steht wiederum in der Gefahr des Dogmatismus. Denn die Paradoxie des Rechts kann sich nur so darstellen, dass sie in ihrer Darstellung zugleich ausgedrückt und nicht ausgedrückt wird: Es handelt sich nur um die Darstellung von einer *Paradoxie*, wenn die Darstellung sich gegen die Paradoxie, die sie darstellt, wendet. Daher richtet sich die Kritik nicht gegen die Verstellung der Paradoxie im Namen der Norm, die Paradoxie darzustellen. Sondern sie richtet sich gegen die Verstellung der Paradoxie in der Form der subjektiven Rechte im Namen der Norm, sie auszudrücken *und* sie nicht auszudrücken (oder sie aufzulösen; denn nur der Versuch, die Paradoxie aufzulösen, wird ihr *als* Paradoxie gerecht: Die Paradoxie kann nicht einfach affirmiert werden.).

<sup>20</sup> Siehe oben, Fn. 5. Der (wahre) Kritiker ist nicht ein „Polizeispion in höherem Dienst“, dessen „Kunst“ es ist, „das Versteckte an den Tag zu ziehn.“ (Sören Kierkegaard, *Die Wiederholung*, Frankfurt am Main 1984, S. 10).



Der formale Grund der subjektiven Rechte ist die positivistische Selbstverstellung des Paradoxes rechtlicher Selbstreflexion; durch ihre Form sind die subjektiven Rechte naturalisierend. Die Kritik, die die „innere Genesis“ dieser Gestalt analysiert, deckt auf, dass die subjektiven Rechte zugleich egalitär *und* naturalisierend sind. Darauf, auf den doppelten Grund der subjektiven Rechte, bezieht sich die „scheidende und entscheidende“ Einstellung (Benjamin) ihrer Kritik. Die Kritik beurteilt die subjektiven Rechte, indem sie sie auf ihren doppelten, in sich entzweiten Grund zurückführt.

Aber *wie* verhält sich die kritische Unterscheidung darin zu der Doppelung am Grund der Rechte? Dieser kritische Bezug kann auf zwei ganz verschiedene Weisen aufgefasst werden. Nach der ersten Auffassung besteht die scheidende Operation der Kritik darin, die beiden Seiten des Grundes voneinander zu trennen; also zuerst aufzuweisen, worin die subjektiven Rechte auf der einen Seite einen egalitären Inhalt und worin sie auf der anderen Seite naturalisierende Formeffekte haben – und dann *für* den egalitären Inhalt und *gegen* die naturalisierende Form der Rechte Position zu beziehen. Nach der ersten Auffassung ist es also möglich, den egalitären Inhalt der subjektiven Rechte von dieser Form zu befreien und ohne sie zu verwirklichen.

Nach der zweiten Auffassung setzt die kritische Entscheidung anders an: nicht zwischen dem Inhalt und der Form der subjektiven Rechte, sondern *innerhalb* ihrer Form. Sie unterscheidet zwischen dem Paradox der rechtlichen Selbstreflexion und seiner Selbstverstellung im Positivismus der subjektiven Rechte. Die erste Auffassung der Kritik der subjektiven Rechte gibt mit ihrer Form zugleich die Selbstreflexion preis, die das moderne Recht konstituiert; sie will die Gleichheit ohne rechtliche Selbstreflexion, ohne die Paradoxie des selbstreflexiven Rechts. In ihrer zweiten Auffassung dagegen befreit die Kritik zugleich den egalitären Inhalt *und* die rechtliche Selbstreflexion aus der entpolitisierenden Naturalisierung, in der die subjektiven Rechte sie stillstellen.<sup>21</sup> Das Programm dieser zweiten Gestalt der Kritik fordert mithin, die Gleichheit aller so zu verwirklichen, dass zugleich der Unterschied eines jeden als nichtrechtlichem gegenüber dem Recht verwirklicht wird. Während die Kritik der subjektiven Rechte in der ersten Auffassung daher auf die Vernichtung der Form der Rechte zielt, um den egalitären Gehalt freizusetzen, will die Kritik in der zweiten Auffassung eine radikal andere Gestalt der Rechte. Die Form der Rechte ist die Darstellung der Selbstreflexion des Rechts. Diese Darstellung kann entweder so erfolgen, dass sie das Dargestellte zugleich verstellt oder dass sie es ausdrückt und entfaltet. Das ist die Alternative, die die Kritik der Rechte zur Entscheidung stellt: ob die Paradoxie des sich selbst reflektierenden Rechts na-

<sup>21</sup> Vgl. Christoph Menke, Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form, in: Teubner (Hg.), Nach Jacques Derrida und Niklas Luhmann. Zur (Un-)Möglichkeit einer Gesellschaftstheorie der Gerechtigkeit, Stuttgart 2008, S. 101 f.

turalisierend stillgestellt oder *als* Paradoxie vollzogen wird. Die kritische Entscheidung gegen die naturalisierende Verstellung, ja, Verdrängung der rechtlichen Selbstreflexion verlangt daher, die Form der Rechte nicht preiszugeben, sondern anders zu denken. Das soll geschehen, indem die Rechte als „Gegenrechte“ neu gefasst werden.

Der Weg der kritischen Untersuchung führt von der herrschenden, bürgerlichen Gestalt der subjektiven Rechte zu ihrem doppelt gedoppelten Grund. Der Grund der subjektiven Rechte ist einerseits der Inhalt der Gleichheit und andererseits seine Darstellung in einer Form, die sich selbst widerspricht, die ihren sie konstituierenden, paradoxalen Akt zugleich voraussetzt und verstellt. Damit zeigt die Kritik, worin die subjektiven Rechte falsch sind. Sie widersprechen ihrem eigenen Begriff – sie verdecken die Paradoxie, die sie zugleich konstituiert. Und damit formuliert die Kritik der subjektiven Rechte zugleich das Gegenprogramm, den egalitären Gehalt und die selbstreflexive Paradoxie des modernen Rechts unverkürzt und unverstellt zusammen zu denken; das ist das Programm eines anderen Rechts. Darin können Gleichheit und Selbstreflexion aber nicht so zusammengedacht werden, dass sie in eine Form integriert werden. Es bedarf vielmehr eines Rechts, das zwei – ganz verschiedene – Formen asymmetrisch miteinander verbindet. Das andere Recht ist nicht einheitlich; es besteht aus der Spannung zwischen zwei gegenläufigen Rechtstypen: aus Verfassungsgesetzen und Gegenrechten.<sup>22</sup>

1. *Verfassungsgesetze* – genauer: verfassende, konstitutionalisierende Regeln und Normen<sup>23</sup> – definieren und organisieren, wie Praktiken geordnet sein müssen, um gelingen zu können. Verfassungsgesetze definieren das Gute, das Gelingen einer Praxis, indem sie die Rollen festlegen, in deren Ausübung sich Praktiken und Institutionen verwirklichen. Dadurch gewährleisten sie die Gleichheit der Teilnehmenden, die sich gerade in der Differenz ihrer praktischen und institutionellen Rollen verwirklicht, wenn diese Differenz aus nichts anderem als der Struktur der gelingenden Praxis folgt (also der sachlichen Differenz der Arbeitsteilung entspricht). Die beiden normativen Gesichtspunkte der Gleichheit der sozialen Teilnehmer und des Gelingens der sozialen Praxis fallen in den konstitutionalisierenden Gesetzen daher in eins. Diese Gesetze bestimmen die Struktur einer sozialen Praxis so, dass jeder Teilnehmer insofern ein gleicher ist (als Gleicher zählt oder gezählt wird), als er oder sie niemand anderem unterworfen ist – das heißt: niemand anderem als *dem* Anderen, dem Gelingen der sozialen Praxis. Die Leistung dieser Gesetze liegt also darin, jeden *als* „Anteil“ (Marx) zu adressieren und damit seine und ihre Teilnahme zu gewährleisten. Das schließt zwingend die

<sup>22</sup> Zum folgenden siehe Menke (Fn. 3), Kap. 15.

<sup>23</sup> Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente. Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung*, Berlin 2012.

Teilnahme an den politischen Prozessen ein, in denen die Gestalt der Praxis selbst zur Entscheidung steht. Die rechtliche Verfassung sozialer Praktiken muss zugleich die Verfassung der politischen (Meta-)Praktiken sein, durch die soziale Praktiken sich selbst regieren.

2. *Gegenrechte* verleihen die Macht zum Einspruch gegen die soziale Teilnahme, die die praxiskonstitutionalisierenden Gesetze egalitär organisieren und damit für jeden und jede sichern. Genauer: Gegenrechte berechtigen die Nichtteilnahme am Sozialen, das heißt, sie schützen das Nichtteilnehmen-können und -wollen, sie ermächtigen die Ohnmacht des Nichtteilnehmenden. Diese Berechtigung des Asozialen durch Gegenrechte gründet in der Operation der Selbstreflexion, die die moderne Gestalt des Rechts konstituiert. Die Gegenrechte sollen in der normativen Ordnung der Praxis durch das Recht zur Geltung bringen, dass jeder (und jede) nicht nur ein gleicher sozialer Teilnehmer, sondern ein radikal Ungleicher, ein Nichtteilnehmer ist. Die konstitutionalisierenden Gesetze organisieren die soziale Praxis und gewährleisten dadurch die gleiche Teilnahme, die Gegenrechte eröffnen und sichern Räume (oder Zeiten) der Nichtteilnahme.

## 2. Andere Rechte

Beide Elemente des anderen Rechts, und vor allem ihr Gegeneinander und Zusammen, bedürfen einer sehr viel genaueren Bestimmung. Das kann ich hier nicht leisten.<sup>24</sup> Ich möchte stattdessen erläutern, inwieweit der Begriff eines an-

<sup>24</sup> Ein Aspekt dieser genaueren Bestimmung liegt in der Klärung des Unterschieds und der Überlappung zweier Dialektiken von Teilnahme und Nichtteilnahme:

1. Das Gelingen der politischen Entscheidung darüber, wie die soziale Praxis rechtlich verfasst sein soll, verlangt die gleiche Teilnahme aller. Zugleich produziert jede Entscheidung eine asymmetrische Unterscheidung zwischen denen, die ihr zustimmen, und denen, die sie ablehnen. Denn alle politischen Entscheidungen fallen im Streit – also gegen eine widerstrebende Minderheitspartei. Weil die politische Entscheidung über die rechtliche Verfassung aber für alle verbindlich ist, muss sie auch für die unterlegene Partei gelten, die sie ablehnt und an der hervorgebrachten Ordnung der sozialen Praxis nicht im vollen Sinn teilnehmen kann. Die Ordnung des Sozialen durch konstitutionalisierende Gesetze schafft stets Halb- oder Nichtteilnehmer. Die Freiheit der politischen Regierung des Sozialen kann nicht darin liegen, dass jeder ihrer gegenwärtigen Gestalt zustimmt. Vielmehr muss sie durch Gesetze so verfasst werden, dass jeder die politische Macht hat, die Entscheidung wieder in Frage zu stellen und das Verfahren neu zu eröffnen – also aus der Position der sozialen Halb- oder Nichtteilnahme zur politischen Teilnahme überzugehen.

2. Davon unterschieden ist die Möglichkeit der Nichtteilnahme, die die Gegenrechte sichern. Auch sie steht in einem dialektischen Verhältnis zur Teilnahme: Sie steht ihr nicht äußerlich gegenüber, sondern wird von ihr hervorgebracht. Aber das geschieht in diesem zweiten Verhältnis von Teilnahme und Nichtteilnahme nicht im Modus der Notwendigkeit oder des Zwangs, sondern der Freiheit. Die Nichtteilnahme, die die Gegenrechte schützen, ist nicht erzwungen, sondern um der gelingenden Praxis willen gewollt. Während konstitutionalisierende Gesetze durch die Ordnung der sozialen Teilnahme Nichtteilnahme produzieren, die sie durch die Prozessualisierung der politischen Teilnahme revidierbar machen, sollen Gegen-

deren Rechts auch einen anderen Begriff der Rechte impliziert. Für diesen anderen Begriff der Rechte ist entscheidend, wie das Verhältnis zwischen den beiden Grundbedeutungen des Ausdrucks „Recht“ – in Hobbes' Worten: von „*jus* und *lex*, Recht [*right*] und Gesetz [*law*]“<sup>25</sup> – bestimmt wird, mit deren Unterscheidung und Entgegensetzung das neuzeitliche Recht einsetzt.

Das andere Recht kann in zwei verschiedenen Weisen dargestellt werden. Die erste Darstellungsweise ist negativ; sie bestimmt das andere Recht durch seinen Gegensatz zur bürgerlichen Form der subjektiven Rechte. Dieser Gegensatz besteht darin, dass die subjektiven Rechte vom Eigenen der Einzelnen ausgehen, während das andere Recht vom Gelingen der sozialen Praxis ausgeht. Die zweite Darstellungsweise ist positiv; sie beschreibt das andere Recht als die richtige Verwirklichung der modernen Idee der Rechte (die die kritische Genealogie am Grund der subjektiven Rechte freigelegt hat<sup>26</sup>). Die moderne Idee der Rechte verknüpft den Inhalt der Gleichheit mit der Selbstreflexion des Rechts, die egalitäre Ermächtigung aller mit der Anerkennung des Nichtrechtlichen eines jeden. Nach der zweiten, positiven Darstellung ist das andere Recht die Einlösung dieses Programms: Das andere Recht verwirklicht die Idee der Rechte; es ist das wahre Recht der Rechte.

Ich möchte im Folgenden zwei kurze Bemerkungen zur positiven Darstellung des anderen Rechts machen. In ihrem Zentrum steht die These, dass das andere Recht die wahre Einlösung der modernen Idee der Rechte ist. Die neue oder andere Form der Rechte, die darin hervortritt, kann durch zwei Züge charakterisiert werden. Die andere Form der Rechte ist *erstens* in sich gedoppelt: Sie besteht nur in der Spannung, ja, im Widerstreit zweier entgegengesetzter Gestalten und Logiken. Die andere Form der Rechte ist *zweitens* durch ihren abgeleiteten Status bestimmt: Die Rechte sind im anderen Recht nicht primär, sondern sekundär – sie haben ihren Sinn und Grund in dem Beitrag, den sie zur rechtlichen Ermöglichung des Gelingens sozialer Praktiken leisten.

Die moderne Idee der Rechte besteht, *erstens*, darin, die Gleichheit im Recht mit der Selbstreflexion des Rechts zu verknüpfen. Die Gleichheit bildet den In-

---

rechte umgekehrt Nichtteilnahme ermöglichen und dem Zugriff der politischen Selbstregierung der Praxis entziehen.

Begrifflich lassen sich diese beiden Fälle unterscheiden, empirisch gehen sie ineinander über.

<sup>25</sup> Thomas Hobbes, *Leviathan, oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, Frankfurt am Main 1984, Kap. 14, S. 99: *Right* und *law* sind einander entgegengesetzt, denn ein „*Recht* besteht in der Freiheit, etwas zu tun oder zu unterlassen, während ein *Gesetz* dazu bestimmt und verpflichtet, etwas zu tun oder und zu unterlassen.“ Dazu ausführlich Menke (Fn. 3), 19ff.

<sup>26</sup> Die Kritik ist also die Einheit von negativer und positiver Darstellung: Weil das andere Recht aus dem bürgerlichen Recht durch dessen Kritik hervorgeht und weil die Kritik des bürgerlichen Rechts den Widerstreit in seinem Grund – den Widerstreit mit seinem Widerstreit – aufweist, führt sie zugleich auf die Gestalt eines anderen Rechts, das diesen Widerstreit nicht auflöst, sondern vollzieht. Dass es eine negative und eine positive Darstellung des anderen Rechts gibt, folgt also aus dem vorher erläuterten Programm der Kritik.

halt der Rechte. Die Selbstreflexion des Rechts bezieht sich auf ihre Materie, die im Recht als nichtrechtliche anzuerkennen, also von der Normativität des Rechts freizusetzen ist.<sup>27</sup> Diese Doppelforderung von Gleichheit und Selbstreflexion wollen die subjektiven Rechte in *einem* Zug, in ein und derselben Gestalt verwirklichen. Deshalb definiert das bürgerliche Recht die Rechte als Eigenrechte: Sie sind Rechte darauf, was jedem Einzelnen zu eigen ist. Jede rechtliche Forderung wird im bürgerlichen Recht als eine Forderung danach verstanden, wie jeder andere, also egalitär, das verwirklichen zu können, was zu wollen, den Einzelnen als Einzelnen bestimmt und ausmacht – was also sein Eigenes ist. Die gleiche Berechtigung wird hier so verstanden, dass sie die Berechtigung jedes Einzelnen ist, sein Eigenes zu verwirklichen, das durch diese Berechtigung jeder gemeinsamen, normativen und vernünftigen Entscheidung entzogen (und also naturalisiert) wird.

Die Konzeption eines anderen Rechts versteht die zugleich egalitäre wie reflexiv freisetzende Berechtigung der Einzelnen anders. Sie versteht sie so, dass sie nur in der Unterscheidung zweier entgegengesetzter Formen der Berechtigung verwirklicht werden kann. Das sind zum einen Rechte auf gleiche Teilnahme. Sie werden durch die praxisverfassenden Gesetze hervorgebracht, die das Zentrum des anderen Rechts bilden. Die Gesetze, die die sozialen Praktiken konstitutionalisieren, legen die Formen des Handelns fest, in deren Vollzug diese Praktiken bestehen. Handlungen sind die Weise, in der Einzelne an Praktiken teilnehmen. Die Ermöglichung der Handlungen, die eine Praxis gelingen lassen, ist daher zugleich die Ermächtigung der Einzelnen zur Teilnahme an der Praxis; Praktiken rechtlich zu organisieren heißt, die Einzelnen zu ermächtigen – sie zu berechtigen.<sup>28</sup> Diese Berechtigung ist weitreichend: Sie kann nicht die

<sup>27</sup> Zu den Begriffen „Inhalt“ und „Materie“ siehe oben, Fn. 16.

<sup>28</sup> Das legt den Einwand nahe, dass das andere Recht – das von der sozialen Praxis und ihrem Gelingen ausgeht – nur für die Ermächtigung bzw. Berechtigung derjenigen sorgen kann, die schon die Teilnehmer einer bestimmten sozialen Praxis sind. Die Gleichheit der Teilnahme, die das andere Recht gewährleisten kann, wäre demnach beschränkt: Sie wäre das gleiche Recht der Teilnehmer, nicht aber *zur* Teilnahme. Der Einwand lautet mithin, dass das andere Recht das „Recht *auf* Rechte“ nicht denken könne, das Hannah Arendt als das „einzige Menschenrecht“ bezeichnet hat (Arendt, Hannah, Es gibt nur ein einziges Menschenrecht, Die Wandlung, Jahrgang IV (Dezember 1949), S. 754–770).

Diesen Einwand zurückzuweisen verlangt, die These zu begründen, dass das Recht eines jeden, also das Recht jedes Menschen auf Teilnahme an der sozialen Praxis seine Grundlage *nicht* in einem natürlichen Interesse oder Bedürfnis jedes Menschen nach sozialer Teilnahme hat; dann wäre das Recht auf Rechte tatsächlich ein subjektives oder Eigenrecht. Dieser negativen These entspricht die positive, dass die Bestimmung des Menschen, die seinem Recht auf Rechte zugrunde liegt, allein aus der Perspektive, also *innerhalb* der sozialen Praxis gewonnen werden kann. Es ist die Bestimmung des Menschen als soziales Wesen: Der Mensch *ist* immer schon sozialer Teilnehmer. Und darin gründet sein Recht, dort zum Teilnehmer der sozialen Praxis zu *werden*, wo ihm dies verwehrt wird. Vgl. Christoph Menke, Die „Aporien der Menschenrechte“ und das „einzige Menschenrecht“. Zur Einheit von Hannah Arendts Argumentation, in: Geulen u.a. (Hg.), Hannah Arendt und Giorgio Agamben. Parallelen,

Ermächtigung dazu sein, (vor-)bestimmte Rollen in einer Praxis zu übernehmen. Sie schließt zwingend die Freiheit der Einzelnen zur (Mit-)Bestimmung über ihre Teilnahme ein; denn worin das Gelingen der Praxis besteht, kann nur durch diejenigen bestimmt werden, die ihre Teilnehmer sind. Konstitutionalisierende Gesetze bringen Teilnahmerechte hervor, die zugleich Rechte zur Teilnahme an sozialen Praktiken wie an politischen Praktiken zur Regulierung der sozialen Teilnahme sind.

Die zweite Gestalt der Rechte im anderen Recht sind die Gegenrechte. Sie verwirklichen die selbstreflexive Anerkennung des Nichtrechtlichen im Recht als Ermöglichung für die Einzelnen, nicht an der sozialen Praxis teilzunehmen. Darin greifen sie eine Bestimmung auf, die für den Begriff der Rechte grundlegend ist. Das ist das Moment der Gegnerschaft, der Adversarität: Rechte richten sich an oder gegen (*adversus*) einen Adressaten. Dieser Gedanke entstammt dem privatrechtlichen Ursprung der Rechte. Hier sind Rechte Ansprüche des einen gegen den (oder die) anderen. Im Begriff der subjektiven Rechte wird die Gegnerschaft auf das Verhältnis des Einzelnen zu seinem Gemeinwesen übertragen. Das kann im bürgerlichen Begriff der subjektiven Rechte nur so verstanden werden, dass es darin um das Eigene des Einzelnen geht: um etwas, das sein vor- oder außerrechtlich, also natürlich Eigenes ist. Im Begriff der Gegenrechte wird die rechtliche Gegnerschaft anders konzipiert: Sie begrenzen die Teilnahme des Einzelnen an der sozialen Praxis, aber sie begrenzen sie im Namen der sozialen Praxis. Wie die Teilnahmerechte, so dienen auch die Gegenrechte zur Sicherung der Nichtteilnahme an der sozialen Praxis dem Gelingen der sozialen Praxis. Das Gelingen der Praxis bedarf nicht nur der Teilnahme der Einzelnen, sondern ebenso ihrer Unterbrechung und Aussetzung in der Nichtteilnahme. Die ermächtigende Freisetzung des Einzelnen gegen die soziale Praxis ist nichts anderes als deren Selbstbegrenzung.

In der modernen Idee der Rechte geht es, *zweitens*, um die zugleich egalitäre und freisetzende Ermächtigung des Einzelnen. Diese Ermächtigung wird im bürgerlichen Begriff der subjektiven Rechte vom Einzelnen her gedacht: Sie gründen in dem, was der Einzelne vorrechtlich, also natürlich, ist und will. Im anderen Recht haben die Rechte des Einzelnen einen anderen Grund und eine andere Form. Sie sind, wie die durch subjektive Rechte, Berechtigungen *von* Einzelnen<sup>29</sup>, aber nicht *aufgrund* ihres Eigenen. Die Rechte des anderen Rechts

---

Perspektiven, Kontroversen, München 2008, S. 131–148; sowie ders., Zurück zu Hannah Arendt – die Flüchtlinge und die Krise der Menschenrechte, Merkur, 70. Jahrgang (Juli 2016), S. 49–58.

Das andere Recht, das die Rechte der Einzelnen vom Gelingen der sozialen Praxis her denkt, schließt daher das Recht (jedes Menschen) auf Rechte (in der sozialen Teilnahme) zwingend ein: Dieses (einzige) Menschenrecht folgt aus dem Begriff des Menschen, der der Idee gelingender Praxis zugrunde liegt.

<sup>29</sup> Kann es sich bei den berechtigten oder ermächtigten Einzelnen nur um handlungsfähige Subjekte handeln? Ist also der rechtliche Begriff der Person an den des Subjekts (und seiner

ermächtigen die Einzelnen vielmehr aufgrund des Gelingens der sozialen Praktiken.

Dieser Gegensatz im Grund und daher in Sinn und Form der Rechte – zwischen den Rechten im anderen Recht und den subjektiven Rechten des bürgerlichen Rechts – lässt sich folgendermaßen zusammenfassen.

1. Die Frage, auf die die subjektiven Rechte die Antwort sind, lautet: Wie kann der Einzelne sein Eigenes verwirklichen? Welche Möglichkeiten – Räume und Chancen – müssen dem Einzelnen gewährleistet werden, damit er dies tun kann? *Dass* dies sein Eigenes ist, ist dabei vorausgesetzt; es ist der natürliche Ausgangspunkt des Rechts.
2. Die Frage, von dem das andere Recht ausgeht, lautet dagegen: Wie kann das Gelingen sozialer Praktiken durch Gesetze, die sie verfassen, organisiert werden? Welche Handlungen (und Räume des Nichthandelns) sind dazu nötig und wie müssen sie bestimmt, begrenzt und miteinander verknüpft werden, damit Praktiken gelingen? Zu welchem Handeln (und Nichthandeln) müssen deshalb die Einzelnen ermächtigt werden – welche Rechte brauchen sie dafür?

Also haben die Rechte der Einzelnen, die das andere Recht hervorbringt, einen anderen Grund und Zweck: Sie sind *abgeleitet* aus dem Gelingen der sozialen Praxis (und nicht aus dem Eigenen der Einzelnen). Sie *dienen* dazu, das Gelingen der sozialen Praxis zu ermöglichen (und schützen oder sichern nicht das Eigene der Einzelnen). Daran sind die Rechte der Einzelnen in ihrer Begründung und in ihrer Ausübung gebunden. Die Rechte – die Berechtigung und Ermächtigung der (oder des) Einzelnen – sind im anderen Recht daher weder begründend noch unbedingt. Sich auf die Rechte zu berufen, die jemand „hat“, heißt in dem anderen Recht nichts anderes, als sich auf die Gelingensbedingungen der sozialen Praxis zu beziehen. Wer sagt: Dies ist mein Recht, sagt damit: Es ist eine Bedingung gelingender Praxis. Das andere Recht schafft die Rechte der Einzelnen nicht ab. Sie rückt sie aber an den Rand: Sie sind weder sein Zentrum noch sein Grund, sondern sein Effekt. Gerade dadurch sind sie im anderen Recht gesichert und geschützt.

### 3. *Ausblick auf eine transformative Politik der Rechte*

Die genealogisch verfahrenende Kritik der subjektiven Rechte zeigt, dass sie einen doppelt gedoppelten Grund haben. Ihr inhaltlicher Grund ist die Gleichheit,

---

Handlungsfähigkeit) gebunden? Oder ist die Verknüpfung von (rechtlicher) Person und (handlungsfähigem) Subjekt ein Relikt der Konzeption der subjektiven Rechte, das ebenfalls zurückgelassen werden muss, wenn der Status der und des Einzelnen neu gefasst wird? Der Preis dafür könnte zu hoch sein: Er könnte in der Entpolitisierung des Rechts bestehen. Siehe dazu Christoph Menke, *Warum Rechte?* Eine Bemerkung zu Malte-Christian Gruber, *Zeitschrift für Medien und Kommunikation*, Bd.7 (2016), Heft 2, S. 71–76.



der Grund ihrer Form die naturalisierende Verstellung der Selbstreflexion des Rechts. Dieser Doppelung im Grund entspricht die fundamentale, unauflösbare Zweideutigkeit in ihrem Verhältnis zur Politik, die Marx als das „Rätselhafte“ der bürgerlichen Form der Rechte und Wendy Brown als ihre „Paradoxie“ bezeichnet haben.<sup>30</sup> Politisch ist die Form der subjektiven Rechte durch einen Selbstwiderspruch bestimmt: Durch ihren egalitären Inhalt sind die subjektiven Rechte politisierend. Sie sind ein mächtiges Instrument zur egalitären Transformation der Gesellschaft. Rechte (auf irgendetwas und für irgendjemanden) zu fordern heißt, gleiche Rechte zu fordern; Rechtforderungen sind Forderungen nach Ermächtigung im Namen der Gleichheit. Hingegen sind die subjektiven Rechte durch ihre Form – die aus der naturalisierenden oder positivistischen Selbstverstellung der rechtlichen Selbstreflexion hervorgeht – entpolitisierend. Dadurch entziehen sie die Materie des Rechts – das, was oder wozu sie berechtigen – der politischen Bestimmung und Veränderung; es ist das Eigene, über das jeder nach bloßem Belieben verfügen darf.

Aufgrund dieses Selbstwiderspruchs der bürgerlichen Form der Rechte ist es nicht ausreichend, die Politik der Gleichheit (oder die Politik der Befreiung) durch die „Verantwortlichkeit“ zu bestimmen, „neue Rechte [zu] erfinde[n]“.<sup>31</sup> Dabei liegt das Unzureichende einer solchen Bestimmung keineswegs nur darin, dass „diese neuen Rechte stets unangemessen bleiben gegenüber dem, was ich [also Jacques Derrida, C.M.] Gerechtigkeit nenne. Eine Gerechtigkeit, die nicht das Recht ist, selbst wenn sie dessen Geschichte und Fortschritt bestimmen soll.“<sup>32</sup> Es ist vielmehr deshalb unzureichend, die Politik egalitärer Emanzipation durch die Erfindung neuer Rechte zu definieren, weil diese Bestimmung offen lässt, worin diese Rechte neu sind. Sind es Rechte mit neuen Materien und neuen Trägern – etwa Zugangsrechte für bisher Ausgeschlossene –, aber in alter Form? Dann wird die emanzipatorische Strategie der Erfindung neuer Rechte dieselbe Erfahrung machen, die sie seit den bürgerlichen Revolutionen – die die subjektiven Rechte als Grundform der normativen Ordnung etabliert haben – stets gemacht hat: dass sie durch die rechtliche Form, in der sie ihre emanzipatorischen Forderungen erhoben haben, entpolitisierende Wirkungen haben, weil diese rechtliche Form Zonen des Sozialen hervorbringt, die sie der politischen Bestimmung und Veränderung entzieht. Aufgrund dieses

<sup>30</sup> Karl Marx, Zur Judenfrage, Marx-Engels-Werke, Bd. 1, (Fn.5), 366; Wendy Brown, Die Paradoxien der Rechte ertragen, in: Menke/Raimondi (Hg.), Die Revolution der Menschenrechte, Berlin 2011, S.454–473. Die Paradoxie (von der Wendy Brown spricht) ist *nicht* diejenige, die oben als Effekt der modernen Selbstreflexion des Rechts bestimmt wurde (S.20f.). Die Paradoxie, von der Wendy Brown spricht, ist eine Konsequenz aus der Falschheit der subjektiven Rechte, die darin besteht, die Selbstreflexion des Rechts positivistisch zu verstellen.

<sup>31</sup> „Ich mißtraue der Utopie, ich will das Un-Mögliche“. Ein Gespräch mit dem Philosophen Jacques Derrida von Thomas Assheuer, Die Zeit, 5.3.1998.

<sup>32</sup> Ebd.



politischen Selbstwiderspruchs der subjektiven Rechte reicht es nicht aus, die Politik egalitärer Emanzipation als die Erfindung weiterer, neuer Rechte zu definieren. Man muss darin die Frage nach der Form dieser Rechte stellen.

Aber kann die Politik der Erfindung neuer Rechte nicht auch so verstanden werden, dass sie nicht nur neue Materien und Träger von Rechten hervorbringt, sondern eine neue Form? Also als eine Politik der Formveränderung oder -verwandlung der Rechte? Dann würde die Politik der Erfindung neuer Rechte weder bloß darin bestehen, neue Inhalte in der alten Form zu artikulieren, noch bereits darin, ein anderes Recht zu instituieren; die Politik der Erfindung neuer Rechte wäre weder bloß eine Reform des Bestehenden noch bereits die revolutionäre Einsetzung des anderen Rechts. Sondern die 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.

Eine solche Politik der Formveränderung kann nur mit dem arbeiten, was da ist. Das sind die subjektiven Rechte. Die transformative Politik ist daher eine Politik der Verwendung (und damit Wendung) subjektiver Rechte gegen ihre eigene Formlogik. Sie ist eine Politik, die die bestehende Form der subjektiven Rechte argumentativ und strategisch so verwendet, *als ob* es sich bereits um die Rechte der neuen Form, um die Rechte eines anderen Rechts handelt. Die transformative Politik ist eine Politik des Vorgriffs. Sie antizipiert kontrafaktisch im bestehenden das andere Recht. Sie ist eine Politik der Fiktion (oder der Imagination).

Diese strategische Verwendung der subjektiven Rechte gegen ihre eigene Formlogik kann offensichtlich nicht so verstanden werden, dass sie die beiden einander widerstreitenden Seiten, die in der Form subjektiver Rechte miteinander verklammert sind, voneinander trennt und nur die eine – die egalitäre Politisierung – festhält, die andere – die naturalisierende Entpolitisierung – hingegen abstreift. Der politische Selbstwiderspruch der subjektiven Rechte lässt sich innerhalb dieser Form nicht auflösen. Dieser Selbstwiderspruch besteht gerade darin, dass die gute Absicht der egalitären Politisierung in ihr Gegenteil umschlägt (und zwar: allein durch die Form der subjektiven Rechte, in der sich diese Absicht verwirklichen will). Dieser Umschlag in den Positivismus und damit die Entpolitisierung findet genau dort statt, wo die neu erkämpfte egalitäre Ermächtigung so funktioniert (und so verwendet wird), dass sie die Einzelnen dazu berechtigt, etwas als ihr Eigenes zu reklamieren und es damit der politischen Beurteilung und Veränderung zu entziehen. Dieser Umschlag tritt in der Form subjektiver Rechte immer ein; keine noch so reflektierte Verwendung dieser Form kann ihn vermeiden. Er kann aber früher oder später eintreten. Die transformative Politik, die jetzt schon unter Verwendung der bestehenden Form subjektiver Rechte beginnen kann, arbeitet daran, diesen Umschlag aufzuschie-

ben und ihn zu verzögern. Sie schafft eine Lücke zwischen den beiden paradoxal miteinander verklammerten Zügen der egalitären Politisierung und der naturalisierenden Entpolitisierung, die die Form der subjektiven Rechte ausmachen. Diese Lücke bildet den Freiraum, in dem sich die Fiktion entfalten kann, wir hätten schon ein anderes Recht. Nur rechtliche Strategien, die entgegen allem Realismus unterstellen, dass das andere Recht schon da ist, können dazu beitragen, dass es einmal hervorgebracht werden wird.



## Rechtsgeschichten