

# Rezensionen

Markus Holzinger/Stefan May/Wiebke Pohler, *Weltrisikogesellschaft als Ausnahmezustand*, Weilerswist (Velbrück) 2010, 286 S., € 28,-

Wie sich die Rechtsform im Prozess der Globalisierung wandelt, ist bundesweit mittlerweile zu einem drittmittelrächtigen Forschungsfeld avanciert. Der Bremer Sonderforschungsbereich zur „Staatlichkeit im Wandel“ untersucht dies genauso wie Projekte des Berliner Sonderforschungsbereichs „Governance in Räumen begrenzter Staatlichkeit? Neue Formen des Regierens?“, das Frankfurter Exzellenzcluster zur „Herausbildung normativer Ordnungen“, das am Institut für Sozialforschung angesiedelte „Staatsprojekt Europa“ und einzelne Projekte im Rahmen des bis 2009 geförderten Münchner Sonderforschungsbereichs „Reflexive Modernisierung – Analysen zur (Selbst-) Transformation der industriellen Moderne“. Das zu besprechende Buch zur „Weltrisikogesellschaft als Ausnahmezustand“ ist im Rahmen der Arbeiten zum Teilprojekt „Reflexiver Konstitutionalismus? Analysen zum Rechtsformenwandel im Prozess reflexiver Modernisierung“ des Münchner Sonderforschungsbereichs entstanden (S. 9, Fn. 1).

In sieben Kapiteln<sup>1</sup> geht es der Autorin und den beiden Autoren „in weiten Teilen ... um eine risikosoziologische Weiterentwicklung des Terminus des ‚Ausnahmezustandes‘ und um die Präzisierung eines neuen Verhältnisses von Regel und Ausnahme“ (245). Für die Einleitung, das rahmende 2. Kapitel („Globalisierung, Entgrenzung, Ausnahmezustand“) und das Schlusskapitel zeichnen die Autor\_innen hierbei gemeinsam verantwortlich. Für die dazwischen geschobenen Einzelfallstudien „Globale Gesundheitsrisiken“ (Kapitel 4 – Wiebke Pohler); „Globale Kriegsrisiken“ (Kapitel 5 – Markus Holzinger) und die beiden theoretischen Kapitel zur „Theorie des Ausnahmezustandes“ (Kapitel 3 – Markus Holzinger) und zum Rechtsformenwandel (Ka-

pitel 6 – Stefan May) ist je eine Einzelautor\_innenschaft ausgewiesen.

Es fällt dem Rezensenten schwer, in diesem Patchwork von Aufsätzen einen roten Faden zu erkennen. Die von Wiebke Pohler und Stefan May verfassten Kapitel wirken wie Fremdkörper, die zwar thematisch irgendwie im Einzugsbereich der Studie liegen, die aber beide nicht wirklich auf die Idee des Ausnahmezustandes, die Markus Holzinger in seinen Kapiteln verfiert, bezogen werden. Wiebke Pohler liefert eine durchaus ansprechende sozialtheoretische Perspektive auf die Maßnahmen im Kontext der Atemwegserkrankung SARS (121-151)<sup>2</sup> und enthält sich weitgehend dem in der Einleitung angekündigten Programm, dass in den Einzelstudien nachgezeichnet werden soll, „welche politischen, rechtlichen oder auch sozialen Veränderungen mit einer weltrisikogesellschaftlichen Modernisierung unter dem Fokus der Wechselbeziehung von Regel und Ausnahme einhergehen“ (11). Stefan May, der im 6. Kapitel des Buches (227-242) den Rechtsformenwandel untersucht, stellt hingegen in erster Linie darauf ab, dass die „Präventionsgesellschaft offenbar die stille Begleiterin der Risikogesellschaft ist“ (242) und dass sich dies auch auf die Rechtsprogramme auswirkt.<sup>3</sup> Für sich genommen haben diese beiden Analysen zweifellos ihren Wert. Sie sind sensible Analysen durchaus problematischer Entwicklungen, einmal unter ansprechender Einbeziehung von Arbeiten Bruno Latours (Wiebke Pohler) und einmal als zutreffende Kritik eines zunehmend entformalisierten Sicherheitsgewährleistungsrechts (Stefan May).

Gerade ob der Qualität der beiden Einzelkapitel fragt sich aber, was die Autorin und den Autor dazu bewegen haben mag, sich an diesem waghalsigen Unternehmen, das die Welt-risiko-Gesellschaftstheorie an das Theorem

2 Hierzu schon Wiebke Pohler/Michael Schillmeier, Kosmo-politische Ereignisse – Zur sozialen Topologie von SARS, Soziale Welt 57 (2006), 331-349.

3 I.d.S. schon: Stefan May, Sicherheit - Prävention - neue Risiken. Zum Wandel moderner Staatlichkeit und ihrer rechtlichen Handlungsformen, *Vorgänge. Zeitschrift für Bürgerrechte und Gesellschaftspolitik*, 2007, 92-110.

1 Die ausweislich der Einleitung in zwei Teile gegliedert sein sollen (11) – die der Rezensent aber trotz intensiver Suche nicht hat auffinden können.

des Ausnahmezustandes heranhöhrt, überhaupt zu beteiligen? Denn was das Patchworkbüchlein auf den übrigen ca. 200 Seiten, die offenbar weitgehend von Markus Holzinger verfasst wurden, bietet, ist eine krude Bastelarbeit, die inkommensurable Theoriezüge kommensurabel zu machen sucht. Hintergrund der Studie ist Ulrich Becks Kottieren mit dem Ausnahmezustand, beispielsweise in seiner Aussage, dass die globalen Risiken eine Art „planetarischen Ausnahmezustand“ implizieren, der nicht mehr innerhalb einer Nation, sondern nunmehr „kosmopolitisch“ gelte.<sup>4</sup> Holzinger versucht sich in Ausdeutung dieses Programms zunächst an einer Theorie des Ausnahmezustandes (29-120) und sodann an einer Plausibilisierung dieser Theorie im Beispielfeld der „neuen Kriege als Risikokriege“ (153-226). Der Theorieteil rekurriert auf die Untersuchungen von Carl Schmitt, Giorgio Agamben, Niklas Luhmann und Ulrich Beck. An Luhmann wird kritisiert, dass er keine Theorie des Ausnahmezustandes vorgelegt habe. In der Tat geht Luhmann davon aus, dass „das Rechtssystem ... keinen Ausnahmezustand akzeptieren“ kann.<sup>5</sup> Holzinger fragt aber nicht, warum das vielleicht gut so ist, sondern schüttet kübelweise Autoren über dem Differenztheoretiker aus, deren Darstellungen die Luhmann'sche Grundannahme der funktionalen Trennung (und Verknüpfung – aber das unterschlägt Holzinger) widerlegen sollen. Helmuth Quaritsch (75), Carl Schmitt (75), der „Jurist Depenheuer“ (71) und das Foltertheorem Winfried Bruggers (70) sind die Kronzeugen, die alle auf den blinden Fleck in Luhmanns Theorem verweisen sollen, dass nämlich im Ausnahmefall das politische System des Staates die Grenzen funktionaler Differenzierung überschreitet. Was die Systemtheorie für ein problematisches Systemversagen hält,<sup>6</sup> charakterisiert Holzinger als globales Naturgesetz. Er erklärt das Systemversagen mit Carl Schmitt und Giorgio Agamben damit zur Regel und rückt die Theorie reflexiver Moderne in deren (schlechtes) recht nihilistisches Licht. Es hilft auch nicht, dass Holzinger wie bei einer Echtenachter Springprozeßion je zwei Schritte auf diese Autoren zugeht, um dann wieder einen nach hinten zu schreiben und sich halb-

herzig zu distanzieren. Denn die Grundaxiomatik des Denkens im Ausnahmezustand nimmt er jeweils hin und baut den Schmitt'schen Dezisionismus ex nihilo in die Theorie reflexiver Modernisierung ein. Für Holzinger geht mit dem planetarischen Ausnahmezustand einher, dass an „die Stelle einer präzisen Grenze und einer regelmäßig zu erwartenden Routine ... eine Unschärfe (tritt), für die es noch keine Regel gibt“ (118). Die Parallelen zwischen Schmitt und Beck lägen darin, „dass es in der entsprechenden Notsituation zu einer Entgrenzung des Politischen kommt“ (118). Beide Parallelen sind eigentlich ziemlich banale Erkenntnisse, die genau betrachtet selbst für das Rechtssystem der Bundesrepublik im Normalzustand Geltung beanspruchen können. Denn Rechtskommunikation ist immer auch politisch umkämpft und zielt in Ausdeutung stets auch poröser Rechtsbegriffe auf die Ausbildung einer hM im Rechtssystem.<sup>7</sup> Blicke es dabei, würde sich das Skandalon der Untersuchung Holzingers auf die rechtstheoretische Naivität beschränken, nicht zu sehen, dass das, was er als neues Regel-Ausnahme-Verhältnis begreift, im Recht eben seit jeher die Regel darstellt.

Aber Holzinger bleibt nicht bei der Analyse des Regel-Ausnahme-Modells stehen, sondern betreibt eine „Zwangsverehelichung“ von Dezisionismus und reflexiver Moderne. Dabei streift er den Gedanken, dass die Träger der jeweiligen Souveränität bei Schmitt und Beck völlig gegenläufig konzipiert werden und dass Beck das Rechtssystem viel wichtiger nimmt als Schmitt, nur am Rande. Für einen „Kosmopolitismus von unten“, für eine Subpolitik jenseits der Institutionen des politischen Systems, interessiert er sich nur oberflächlich (99 f.). Beide Leerstellen sind zentral, denn gerade an ihnen hätte man ansetzen müssen, um den Widerspruch aufzulösen, dass einerseits „entstaatlichte Verfassungsmodelle weltgesellschaftliche Resonanz“ erhalten (119) und sich in der Weltrisikogesellschaft andererseits „Normal- und Ausnahmezustand überschneiden“ sollen (88). Holzinger erkennt die Virulenz des Problems, dass es im Kampf ums Weltrecht auch um die grundsätzliche Frage geht, dass evidente Menschen- und Völkerrechtsverletzungen überhaupt noch in der Sprache des globalen Rechts formuliert werden können. Und so interveniert er, indem er das Ausnahmezu-

4 Ulrich Beck, *Weltrisikogesellschaft*, Frankfurt/M. 2007, S. 146.

5 Niklas Luhmann, *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt/M. 1995, S. 414.

6 Marcelo Neves, *From the Autopoiesis to the Allopiesis of Law*, *Journal of Law and Society* 28 (2001), S. 242-264.

7 Andreas Fischer-Lescano/Ralph Christensen, *Auctoritas interpositio*. Die Dekonstruktion des Dezisionismus durch die Systemtheorie, *Der Staat* 44 (2005), 213-242.

standparadigma anwendet, auf der rechtsnihilistischen Seite dieser Auseinandersetzung. Das wird gerade auch im 5. Kapitel deutlich, in dem Holzinger versucht, seine theoretischen Thesen an der Kosovointervention und dem Irakkrieg zu plausibilisieren und in dem ihm der Begriff Ausnahmezustand „als Orientierungsraster dient, um die allmähliche Diskreditierung von etablierten Ordnungsmustern im Zusammenhang mit dem Sachverhalt ‚neue Kriege‘ zu markieren“ (160). Holzinger nutzt diese beiden Ereignisse nicht, um zu zeigen, wie umstritten sowohl die weltrechtliche Begriffswelt als auch der vermeintliche „Sachverhalt ‚neue Kriege‘“ (160) sind. Er unternimmt es vielmehr, mit Carl Schmitt nachzuweisen, dass in diesen beiden Ausnahmeständen „die ‚Fesseln der Freiheit‘, die im Normalzustand ‚rechtlich geordnet‘ sind, gesprengt (werden), um wieder eine Ordnung herzustellen“ (187).

Das lässt außer Acht, dass für eine ganze Reihe (sub-)politischer Akteure beide Ereignisse nicht zur Etablierung einer neuen Ordnung haben führen können und dass eine Theorie des „Kosmopolitismus von unten“ die Definitionssouveränität der interessierten Exekutivorgane über die Rechtmäßigkeit der beiden Militärinterventionen gerade ablehnen müsste. Eine Analyse, die die Subpolitiken ernst nähme, müsste die Spielregeln dieses Kampfes ums Weltrecht nachzeichnen. Sie müsste zeigen, wie sich die Subpolitik gerade im System des Völkerrechts (das der dezisionistische Rechtsnihilismus zur Implosion bringen möchte) artikuliert und wie andererseits Koalitionen williger Politinstitutionen versuchen, sich mittels der Berühmung von Argumentationstopoi wie „Neue Kriege“, „humanitäre Intervention“, „globaler Krieg gegen den Terror“ etc. normativ im permanenten Ausnahmezustand einzurichten und dessen (extralegales) Legitimationspotential zu nutzen.

Wer den planetarischen Ausnahmezustand zur Regel erklärt, verabschiedet sich vom „reflexiven Konstitutionalismus“. Denn der planetarische Ausnahmezustand führt zum Gegenteil dessen, wofür der globale Konstitutionalismus steht: Nicht die Herrschaft des Rechts in der Weltgesellschaft, sondern die Entscheidung ex nihilo ist das Paradigma des Ausnahmezustandes. Das Weltrecht ist dann nicht mehr Medium zur Durchsetzung sozialer Responsivität transnationaler Matrices, sondern gerät zum Instrument globaler Politik, das im Ausnahmezustand suspendiert ist. Holzinger wird einwenden, dass er lediglich eine Deskription des planetarischen Ausnahmezustands habe liefern wollen, dass er sich

der Gefahren selbst bewusst sei, die mit dieser Diagnose einhergehen. Doch das ist Augenschere. Wer eine „angemessene Politik des Ausnahmezustands“ (252) auch nur für denkbar hält, lässt sich bejahend ein auf ein Denkparadigma, das die Entrechtlichung zur Regel erklärt. Eine solche Theorie der Weltrisikogesellschaft wird letztlich selbst zum Weltrisiko.

Andreas Fischer-Lescano

*Nathalie Le Bouëdec, Gustav Radbruch. Juriste de Gauche sous la République de Weimar. Québec (Les Presses de l'Université Laval) 2011, 465 S., \$ 55.-*

Die Brüder Grimm hätten sich gefreut: Eine französische *Germanistin* schreibt ihre an der Sorbonne (Universität Paris IV) mit Glanz angenommene Dissertation über den großen demokratischen Juristen, Rechtsphilosophen, Strafrechtler, Reichstagsabgeordneten für eine Wahlperiode (1920 bis 1924) und kurzzeitigen Reichsjustizminister (1921/22 und 1923) Gustav Radbruch. Nathalie Le Bouëdec unterrichtet in Dijon an der Université de Bourgogne. Erschienen ist das Werk (auf Französisch, versteht sich) in Kanada. Dort gibt es an der Université de Laval in Québec nicht nur - beneidenswert - einen Forschungs-Lehrstuhl für die philosophischen Grundlagen der Justiz und der demokratischen Gesellschaft (*Chaire d'étude des fondements philosophiques de la justice et de la société démocratique*), sondern auch im Programm des Universitätsverlages eine hierauf bezogene spannende Reihe *Dikè*, herausgegeben von Bjarne Melkevik.

Um es gleich zu sagen: Nathalie Le Bouëdec hat ein *großes Werk* geschrieben. Das fällt nicht vom Himmel. Die Autorin ist nicht nur, wie wir der Einführung entnehmen können, durch ihre Eltern zum Interesse für Geschichte und für die deutsche Sprache hingeführt worden, sondern sie hat akademische Lehrer gehabt, die sie dem Thema nahe gebracht haben. Es gibt offenbar in Frankreich, z.B. in Paris, Dijon, Metz, Strasbourg, historisch arbeitende Germanisten, die sich im Rahmen der Forschung und Lehre zur *Deutschlandkunde* intensiv mit der jüngeren deutschen Vergangenheit und auch mit der Geschichte der Justiz befassen. Einer von ihnen ist der in Strasbourg und Freiburg/Breisgau lehrende Prof. Olivier Jouanjan, der auch Vorsitzender der Doktorprüfungskommission Le

Bouëdec in Paris war und der im Vorwort (S. XIII) schreibt: „ ... gegen den blinden Pragmatismus, der in einer bloßen Instrumentalisierung des Rechts besteht und der die Verbindung des Rechts zur Welt der Kultur kappt, kann man exakt diesen intellektuellen und reflektierten Pragmatismus stellen, der Radbruch eigen war.“

Die Autorin hat sich in bewundernswerter Weise in die Quellen und in die Literatur eingeleitet. Warum ich das erwähne? Man möge sich immer wieder, auch bei jedem wörtlichen (sorgsam belegten) Zitat, vor Augen halten, dass fast alles, was sie verarbeitet, in deutscher Sprache geschrieben ist und dass die Autorin also zunächst an jeder Stelle auch als *Übersetzerin* (besser noch: als Kulturdolmetscherin) arbeiten musste. Das gilt ganz besonders für die Arbeit mit der Radbruch-Gesamtausgabe, die sie auf diese Weise dem französischsprachigen Leser erschließt. Und weiter: Ein Manko, das wir gelegentlich antreffen, wenn sich Angehörige anderer akademischer Disziplinen mit komplexen rechts- und justizbezogenen Sachverhalten befassen, finden wir bei Nathalie Le Bouëdec *nicht*. Ich spreche von der Gefahr, der Faszination des Unbekannten zu erliegen und dabei dann den Wald vor lauter Bäumen nicht zu sehen, die Schwerpunkte an falscher Stelle zu setzen, Banales für Besonderes und Besonderes für Banales zu halten und – wen wundert es? – dann die falschen Schlüsse zu ziehen. Die Autorin hat sich nicht nur die juristische Begrifflichkeit erschlossen, sondern sie bewegt sich in dem hermetischen Universum der Juristen wie ein Fisch im Wasser – und das, ohne deren *deformation professionnelle* mitzuschleppen, vielmehr im Geiste der aufgeklärten Geistes- und Sozialwissenschaften, sozusagen mit einer ihr innewohnenden Interdisziplinarität. So liefert sie, wie sie – für den Kern ihrer Arbeit durchaus zutreffend – im Untertitel sagt, eine Arbeit über Gustav Radbruch als einen „linken Juristen in der Weimarer Republik“ von einer Tiefe und einer Qualität, wie sie jedenfalls nach meinem Überblick in Deutschland bisher nicht existiert. Es gelingt ihr darüber hinaus eine Beschreibung und Analyse von Leben, Werk und Wirkungsgeschichte insgesamt eines der wohl weltweit größten Juristen des 20. Jahrhunderts, über die Interdependenz von Recht und Politik und über Aufgaben, Chancen und Grenzen der *Juristinnen und Juristen im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*.

Wir wissen es: Demokratische Juristen waren, im Staatsdienst zumal, in der Weimarer Republik mit der Lupe zu suchen. Die Mehrzahl der Juristen (die Frauen wurden erst 1922, zu Gustav Radbruchs Ministerzeit, durch Gesetz

zu den juristischen Berufen – und übrigens auch zum Schöffenamts – zugelassen) kam aus dem Kaiserreich, war im Geiste und mit dem Herzen dort verblieben, ließ sich von der Republik bezahlen, ohne sich mit ihr zu identifizieren, und ging bald mit fliegenden (schwarz-weiß-roten) Fahnen zu den Nationalsozialisten über. Gesiegt haben die demokratischen (oder wie sie damals selbst sagten: republikanischen) Juristen in Deutschland erst mit den Nachkriegsverfassungen und dem Grundgesetz – nach Verfehlung, Vertreibung; viele haben es, verfolgt an Leib und Leben, freilich nicht erlebt. Gustav Radbruch (21. 11. 1878 bis 23. 11. 1949), der kurz nach Inkrafttreten des Bismarckschen Gesetzes zur Bekämpfung der gemeingefährlichen Bestrebungen der Sozialdemokratie (Sozialistengesetz) geboren wurde, hat noch das Inkrafttreten des Grundgesetzes und damit im Grunde die Verwirklichung (jedenfalls von Teilen) *seiner* Vision einer demokratischen, rechts- und sozialstaatlichen Verfassung mit dem Primat der Grundrechte (auch der Abschaffung der Todesstrafe) und einer durch die Verfassung gestärkten Stellung der politischen Parteien erlebt.

Le Bouëdec geht es in ihrem Werk um die Fragen: (Wie) kann der Intellektuelle und insbesondere der Jurist in der politischen Praxis bestehen? Muss eine solche Rollenüberschneidung notwendigerweise schief gehen oder lässt sich das vermeiden? Waren die Erlebnisse und Erfahrungen Gustav Radbruchs als Abgeordneter und schließlich Minister in der Weimarer Zeit insoweit typisch oder waren sie besonders? Lag es daran, dass er „links“ war?

Sie handelt dies in vier Teilen ab: Im ersten *Les données du problème* (S. 15-85) schildert sie im wesentlichen drei Arbeiten Radbruchs, wohl um damit einen Maßstab für die Tätigkeit des Gelehrten in der praktischen Politik zu gewinnen. Sie wählt die *Grundzüge der Rechtsphilosophie* von 1914, die *Kulturlehre des Sozialismus* von 1922 und den der Juristenausbildung und dem „neuen Juristen“ gewidmeten, von Radbruch selbst als „Flugblatt“ bezeichneten Text *Ihr jungen Juristen* von 1919. Man könnte an dieser Auswahl zweierlei kritisieren: Zum einen, dass sie recht willkürlich sei und dass sie vor allem Radbruchs „Kerngebiet“ Strafrecht, Kriminologie und Strafvollzug nicht explizit einbeziehe; aber wo soll man (bei einem Autor wie Radbruch) anfangen und wo soll man aufhören? Zum zweiten, dass mit der *Kulturlehre von 1922* ein Werk einbezogen sei, das schon aus Radbruchs Ministerzeit stammt und dem die Verfasserin später selbst attestiert, es reflek-

tiere schon die Erfahrungen aus der praktischen Politik, wo doch der erste Teil die Folie für den zweiten abgeben soll; aber bei näherer Betrachtung zeigt sich, dass Radbruch in diesem Essay nur seine schon früher reflektierte Synthese von Sozialismus, Kultur und Recht formuliert.

Der zweite Teil (S. 87-211) hat schon eine geniale Überschrift: *Radbruch à l'épreuve de la politique*. Das könnte man übersetzen mit „Radbruch auf dem Prüfstand der Politik“ oder auch „Die Politik als Nagelprobe für Radbruch“. Wenn man aber wie ich vom deutsch-französischen Wörterbuch als Übersetzung für *à l'épreuve des balles* angeboten bekommt: *kugelfest*, so kann man auch auf die Idee kommen, den Sinn „Radbruch - durch die Politik nicht kleinzukriegen“ oder „Radbruch - stärker als das Klein-Klein der Tagespolitik“ mitschwingen zu hören. Dieser zweite Teil wirkt auf den ersten Blick heterogen, aber auch dies erweist sich als wohlüberlegt: Er ist unterteilt in eine Hälfte, die den Abgeordneten und dann den Minister Radbruch in den Blick nimmt, und eine zweite, die Radbruchs andere Formen des politischen Eingreifens (nach seinem Rückzug aus der „Politik“) zeigt: den für die Republik eintretenden Professor, der seiner sozialistischen Gesinnung und seiner Partei, der SPD, verbunden bleibt; den Mann der Volkshochschulbewegung, der politischen Bildung und des aktiven Eintretens für die Republik und ihren Schutz.

Der dritte Teil (S. 213-326) mit dem Titel *Etat, Démocratie et Socialisme* arbeitet, wie schon im ersten Teil und in der zweiten Hälfte des zweiten Teils vorbereitet, systematisch Radbruchs Positionen als Staatsrechtler zwischen 1920 und 1930/32 heraus, die sie am besten mit seiner - nach Le Bouédec allerdings vage bleibenden - Annäherung an den von Fraenkel und Sinzheimer geprägten Begriff der *kollektivistischen* (oder *kollektiven*) Demokratie, vor allem aber mit dem Begriff der *pluralen Demokratie* kennzeichnen lassen.

Am Ende des dritten Teil scheint schon auf, was dann im vierten Teil *La théorie du droit social* (S. 327-413) ausgeführt wird: Radbruch setzt, insbesondere in der Verteidigungssituation, im Überlebenskampf der Weimarer Republik, auch gespeist aus seiner Erfahrung der politischen Praxis, auf den *Rechtsstaat* in der Gestalt des *Sozialen Rechtsstaats*. Das Schlüsselwort ist der *Soziale Individualismus* (*individualisme social*; das Bundesverfassungsgericht wird spiegelbildlich vom *gemeinschaftsbezogenen Individuum* sprechen). Es ist gewiss kein Zufall, dass er bei der Formulierung dieser Summe, dieser Synthese seiner

Erfahrungen und Reflexionen auf Gedanken seines Freundes und Genossen aus Kieler Tagen, Hermann Heller, zurückgreift. Die Ideen beider finden sich im Wortlaut des Art. 20 Abs. 1 GG und, wie bereits angedeutet, bis heute in den Formulierungen des Bundesverfassungsgerichts zum Verhältnis Individuum/Staat wieder.

Gut französisch endet der Band mit einer *conclusion* (S. 415-421). Auch sie ist, wie die ganze Arbeit vorbildlich (auto-)kritisch abgefasst. Bis zuletzt fragt (sie) die Autorin: Habe ich die richtigen Fragen gestellt? Ist meine Antwort richtig? Ist sie überhaupt eine Antwort? Ich kann ihr auch hier folgen und stelle daher - in meiner Sichtung - ihre Ergebnisse dar:

- Was heißt „links“? Das waren in Weimar die - wie Gustav Radbruch - Mitglieder der SPD, aber es waren natürlich auch die der extremen Linken: KPD, zeitweilig USP, SAP, ISK u.a. Schon weil Radbruch auch in diesen - größeren - Kreis gehört, will Le Bouédec nicht (nur) von einem sozialdemokratischen, sondern von einem *linken Juristen* sprechen.

Überdies: Man kann - im damaligen (rechts-)politischen Kontext - auch die Juristen anderer Parteien der „Weimarer Koalition“ (neben der SPD) dazu rechnen, auf jeden Fall diejenigen der DDP (das waren die damaligen „Sozialliberalen“), wie man es denn ja auch an deren Mitgliedschaft im Republikanischen Richterbund und Autorenschaft in dessen Zeitschrift „Die Justiz“ erkennen kann, zu deren Herausgebern und aktivsten Autoren Radbruch zählte.

- Le Bouédec stellt ihn - so sehr sie auch die damaligen (aus späterer historischer Sicht eher marginalen) Differenzen hervorhebt - bewusst in eine Reihe mit anderen (wohl in Frankreich bekannteren) demokratischen sozialistischen Juristen der Weimarer Zeit; das sind etwa die ungefähr gleichaltrigen Kelsen und Sinzheimer, die ca. eine Generation jüngeren Neumann, Fraenkel und Kirchheimer und aus der Zwischengeneration Heller.

- Mit Recht weist im Übrigen Le Bouédec darauf hin, dass die Definition, was „links“ ist, nicht nur von der Definition durch die „Linken“ (und dann noch mit all ihren Differenzen und Fraktionsstreitigkeiten) selbst abhängt, sondern auch von dem historischen Kontext und in gewissem Sinne auch von den Zuschreibungen durch die politischen Gegner.

- Der Lübecker Kaufmannssohn Gustav Radbruch war als Professor nicht nur in der Politik ein Außenseiter, er war es da-

mals auch in der SPD und in deren Reichstagsfraktion. Wir müssen uns klarmachen: Wir befinden uns in den Jahren 1918/20 bis 1930/32 und nicht etwa in den Jahren 1958/60 oder 1968/72. Es ist alles andere als eine Selbstverständlichkeit, dass – von Ausnahmen abgesehen – Akademiker oder Intellektuelle Mitglieder sind. Der – so wäre es wohl bei Gustav Radbruch zu charakterisieren – *ethische Sozialismus* ist ebenso wenig eine etablierte und akzeptierte Größe für die Motivation zur Mitgliedschaft wie der *christliche*. Juristen waren – außer für die Strafverteidigung oder zur Flankierung des gewerkschaftlichen Kampfes – ebenso suspekt wie der Begriff des Rechtsstaats: dem hafteten Attribute wie autoritär, obrigkeitstaatlich oder wilhelminisch an. Ein Außenseiter war Gustav Radbruch gewiss auch (schon damals!) als Amateur unter Berufspolitikern, als Provinzler in Berlin.

- Es gab zwar auch in Weimar schon sozialdemokratische Akademiker- und Juristenorganisationen, sie spielten aber eine marginale Rolle.
- Man bedenke: Bei Beginn der Legislaturperiode 1920 war Gustav Radbruch in der Reichstagsfraktion der SPD der *einzigste Jurist*. Ein – auf die Einhaltung der Rechtsregeln bestehender – Jurist hat per se den Ruch des *Reformismus*. Überdies stellt er sich außerhalb des politischen Jargons, weil er, exakt norm- und begriffsorientiert, eine andere Sprache spricht. Es nimmt also nicht wunder, dass Gustav Radbruch, so angesehen er war, es in der Fraktion nicht leicht hatte. Die Stellung in der Fraktion wurde gewiss nicht leichter, als im September 1922 – also gegen Ende der ersten Ministerzeit Radbruchs – nach der (Wieder-)Vereinigung von USP und SPD die Abgeordneten Kurt Rosenfeld (zuvor einer der erbittertesten Gegner Radbruchs in den Reichstagsdebatten) und Paul Levi (1920 noch für die KPD gewählt) hinzutraten.
- Vollends ausgesetzt – von rechts ohnehin – war Gustav Radbruch in seiner *Ministerzeit* auch der Kritik aus den eigenen Reihen und im Reichstag und in der Öffentlichkeit aus dem gesamten Spektrum der Linken. Dies ging bis hin zu Diffamierungen als „Justiz-Noske“.

Was die von Nathalie Le Bouëdec aufgeworfenen Fragen angeht, ob ein Mann wie Gustav Radbruch als „linker Jurist“ in der Weimarer Republik als Abgeordneter und erst recht als Minister seine theoretischen Positionen um-

setzen und seinen Prinzipien treu bleiben konnte, so spricht sie selbst davon, die Übernahme zunächst des Abgeordnetenmandates, aber erst recht des Ministeramtes habe eine „praktisch unüberwindbare Herausforderung“ (*un défi pratiquement insurmontable*) bedeutet. Man könnte ironisch sagen: Gemessen daran, war Gustav Radbruchs Scheitern heldenhaft. Das wäre gänzlich unangemessen. Wo andere gespottet haben, ist er – nicht erst in seiner Abgeordneten- und Ministerzeit – für soziale Demokratie und Rechtsstaat *eingetreten*, hat, was ihm möglich war, auf den Weg der Gesetzgebung gebracht und darüber hinaus vieles vorgedacht, was dann in den frühen Landesverfassungen der unmittelbaren Nachkriegszeit, im Grundgesetz und etwa in der Reform des Straf- und Strafvollzugsrechts der sechziger und siebziger Jahre des vorigen Jahrhunderts in die konstitutionelle und legislative – und großenteils auch in die soziale – Wirklichkeit umgesetzt wurde. Es lag nicht an ihm, dass die Zeit noch nicht danach war.

Er hat, wie wir bei Nathalie Le Bouëdec (S. 399) nachlesen können, noch im Januar 1933 – in Auseinandersetzung mit dem kommenden nationalsozialistischen Strafrecht – vor einer *rébarbarisation* gewarnt. Da war es zu spät. Schon Anfang April 1933 wurde Radbruch als einer der ersten Professoren nach dem lügenerisch so genannten Gesetz zur Wiederherstellung des Berufsbeamtentums aus dem Amt entfernt.

Le Bouëdec kommt das große Verdienst zu, uns eine entscheidende Phase in Gustav Radbruchs Leben und Werk hochpräzise geschildert und analysiert zu haben. Sie hat damit, wie der Titel es verspricht, eine weit über die Person Gustav Radbruchs hinausgehende Studie zu Glanz und Elend der juristischen Linken in der Weimarer Republik geschrieben. Eine vergleichbare Arbeit gibt es auf Deutsch nicht. Nun scheint es sich aufzudrängen, nach einer deutschen Übersetzung zu rufen. Natürlich wäre eine solche gut. Vielleicht könnte Nathalie Le Bouëdec sie sogar selbst oder in Zusammenarbeit mit einer deutschen Kollegin schreiben. Aber ich finde, das reicht nicht. Ich muss etwas ausholen: Meine Jahre des Austausches mit Richterkollegen aus ganz Europa haben mich gelehrt, dass nur die wechselseitige Durchdringung von Sprache, Kultur und Recht tragfähig den Boden für eine europäische Rechtskultur bereitet. Ich schlage daher zusätzlich vor: 1) Möglichst viele deutsche Juristen lernen, wie es ja die Studienordnungen schon vorsehen, Französisch zu lesen und die Arbeit im Original. 2) Nathalie Le Bouëdec erhält so bald wie möglich

Gelegenheit, (auch) in Deutschland weiter zu forschen und jungen Juristen wie Germanisten die Rechtskultur und die Sprachkultur nahe zu bringen, wie sie in Gustav Radbruch verkörpert sind.

*Hans-Ernst Böttcher*

*Heike Brabandt, Internationale Normen und das Rechtssystem: Der Umgang mit geschlechtsspezifisch Verfolgten in Großbritannien und Deutschland, Baden-Baden (Nomos) 2011, 275 S., 39,- €*

Heike Brabandt geht in ihrer Dissertation<sup>1</sup> aus der Perspektive der Internationalen Beziehungen der Frage nach, welche internationalen Normen wann und unter welchen Bedingungen wirksam sind, und zwar am Beispiel des Schutzes geschlechtsspezifisch verfolgter Frauen durch das internationale Flüchtlingsrecht. Die von Brabandt untersuchte internationale Norm zur geschlechtersensiblen Auslegung der Genfer Flüchtlingskonvention (GFK) umfasst vier „Maßnahmen“ (57 f.):

- 1.) den Erlass von Gender Guidelines;
- 2.) die Anerkennung nichtstaatlicher Verfolgung;
- 3.) die Anerkennung von Verfolgung wegen des Geschlechts im Rahmen des Konventionsgrunds der „bestimmten sozialen Gruppe“;
- 4.) die Veröffentlichung geschlechtsdifferenzierter Statistiken zu Anträgen und Erfolgsquote im Asylverfahren.

Ausgangspunkt für die Untersuchung ist die in den Internationalen Beziehungen (IB) vertretene Annahme, dass neben der Präsenz von Normadvokat\_innen die *domestic structure* eines Staates, seine innere Verfasstheit, Einfluss auf den Normerfolg habe. Dies überprüft Brabandt für die Umsetzung der vier „Maßnahmen“ in Deutschland und Großbritannien, von der internationalen Anerkennung geschlechtsspezifischer Menschenrechtsverletzungen 1993 bis zur materiellen Harmonisierung des Asylrechts durch die EU-Qualifikationsrichtlinie (RL 2004/83/EG).

Was sich zunächst nach einer etwas trockenen Fingerübung in IB-Theorie anhört, gerät zum fesselnden Leseereignis. Minutiös zeichnet

Brabandts Prozessanalyse (123-184) anhand von Originalquellen, Presseberichten und Experteninterviews oder Hintergrundgesprächen nach, wie in Großbritannien eine NGO – die Refugee Women’s Legal Group (RWLG) – zusammen mit dem House of Lords<sup>2</sup> das Asylrecht revolutionierte, während sich in Deutschland ein Leugnungskzirkel bildete: Die Gerichte sahen sich von der internationalen Entwicklung der GFK durch das Ratifikationsgesetz von 1953 ein für alle Mal abgekoppelt<sup>3</sup> und wiesen auf die Legislative, die Exekutive verwies auf die restriktive Rechtsprechung und auf die Legislative, und die Legislative – Mehrheit der Exekutive – saß die Sache aus, sogar über den rot-grünen Regierungswechsel 1998 hinweg: „Die Antworten, die SPD und die Bündnisgrünen auf ihre Kleinen und Großen Anfragen von der alten Bunderegierung erhalten hatten, gaben sie nun in fast gleichem Wortlaut selbst.“ (148) Die breite NGO-Kampagne „Verfolgte Frauen schützen!“ erreichte nicht die Schlagkraft der Aktivitäten der Refugee Women’s Legal Group. Erst die von Schröders Greencard-Initiative ausgelöste Debatte um das Zuwanderungsgesetz in den Jahren 2000-2005 und der parallel ab 2001 erarbeitete Kommissionsentwurf der Qualifikationsrichtlinie öffneten ein historisches Fenster für die Anerkennung nichtstaatlicher und geschlechtsspezifischer Verfolgung. Dass dies genutzt werden konnte, erforderte jedoch scharfe Interventionen Schröders gegenüber Schily, der erst im Kabinett und dann in Europa blockierte, was zu blockieren war, und gegen die „Mär von den Schutzlücken“ und „massenhaften Asylmissbrauch“ wettete (160), bis ihm die CSU die Mitgliedschaft antrug. Auch der konservativen Opposition gegenüber, die den Bundesrat dominierte, konnte im Wesentlichen nur durchgesetzt werden, was durch die EU ohnehin verbindlich werden würde. Deutschland brauchte also die EU als Transformator, während in Großbritannien der Normerfolg schon viel früher und von innen kam.

Worauf also ist dieser unterschiedliche Normerfolg zurückzuführen? An Normadvokat\_innen mangelte es in beiden Staaten nicht, und auch die politischen Bedingungen für den Flüchtlingsschutz waren in beiden Staaten vergleichbar ungünstig. Die Asylbewerberzahlen erreichten in Großbritannien etwa 1991 (mit erneutem stetigen Anstieg über den

1 Die Arbeit erschien in der begutachteten Reihe „Internationale Beziehungen“ für „herausragende Dissertationen“ der Sektion Internationale Politik der DVPW.

2 *Shah & Islam*, [1999] UKHL 20, abgedr. in IJRL 11 (1999), 496; *Adan & Aitsegner*, NVwZ 2002, Beil. Nr. I 2, 17-27.

3 BVerwG, NVwZ 1994, 1112 = InfAusLR 1994, 329 (Rn. 14).

Untersuchungszeitraum), in Deutschland etwa 1992 Höchststände, und in beiden Staaten bestand eine Tradition der restriktiven Reaktion auf Migrationswellen, so dass eine historische Pfadabhängigkeit vernachlässigbar ist (63-88). Brabandt geht verschiedenen Elementen der *domestic structure* nach, kann aber z.B. die Art der Interessenvermittlung, Entscheidungsstrukturen, Staatsform, Wahl-, Regierungs- und Parteiensystem, politische Kultur und Art der Verfassung mit knappen, aber überwiegend plausiblen Argumenten als Faktoren ausschließen (189-193).

Zentralen Einfluss auf den Erfolg einer internationalen Norm, so Brabandts Hauptthese, hat das Rechtssystem: Das britische Common-law-System, so Brabandt, begünstigt die Umsetzung, während das deutsche Kodifikationssystem sie eher bremst.

Die Gegenüberstellung der beiden Rechtssysteme gerät Brabandt stellenweise ein bisschen zu schematisch. Auch ist nicht klar, warum die Notwendigkeit eines Ratifikationsgesetzes (das bei der GFK vorlag) in Deutschland die Normumsetzung generell „in den Bereich des Politischen“ rückt (212) – die Ratifikation internationaler Verträge ist stets eine politische Frage. Nicht daran scheiterte es in Deutschland, sondern an der Unwilligkeit, die internationale Normentwicklung innerstaatlich nachzuvollziehen. Nur deswegen brauchte es für die Anerkennung nichtstaatlicher Verfolgung und für die Anerkennung von Geschlecht als „bestimmte soziale Gruppe – Maßnahmen (2) und (3) – ein neues Gesetz (das AufenthG) und konnte dies nicht in Verwaltungsvorschriften oder Gender Guidelines – Maßnahme (1) – geschehen.

Maßgeblich hierfür, und dies ist die Stärke von Brabandts These, war jedoch die deutsche Judikative mit ihrer historisierenden Rechtsprechung, wohingegen die britischen Gerichte in bahnbrechenden Entscheidungen die Auslegung der GFK vorantrieben und die Behörden mit eigenen Guidelines unter Zugzwang setzten.<sup>4</sup> Der Judikative ist in Großbritannien durch das Präzedenzfallsystem grundsätzlich ein größerer Gestaltungsraum zugewiesen als im deutschen Kodifikationssystem, das durch Gerichte nur ausgelegt werden soll. Dabei begünstigt die Möglichkeit späterer Quereinsteige und des Teilzeitrichtertums von Rechtsanwält\_innen den Zugang

von Normadvokat\_innen zur Judikative, während hierzulande die Richterschaft ein Laufbahnberuf mit starker Sozialisationswirkung ist. Wie wichtig diese Durchlässigkeit ist, beweist der maßgebliche Einfluss der RWLG, die über ihre einflussreichen Mitglieder in allen drei Gewalten und über die Immigration Law Practitioners' Association (ILPA) und deren anwaltliche Fachzeitschrift bilderbuchartiges Agenda-setting von innen und von unten betrieb. In Deutschland dagegen waren Normadvokat\_innen von Machtpositionen weitgehend ausgeschlossen; selbst die rot-grüne Koalition wurde von Normgegner Schily dominiert. Während Lordrichter Hoffmann sich über Jahre für Amnesty International engagierte, geißelte BVerwGRichter Hund das „Zuwanderungsermunterungsgesetz“ und beklagte im Hinblick auf die sich abzeichnende Anerkennung geschlechtsspezifischer Verfolgung einen „Kulturimperialismus“ (166). Die Zeitschrift für Ausländerrecht und Ausländerpolitik (ZAR), Leitmedium im Migrationsrecht, publizierte bis zur Jahrtausendwende nur einen einzigen Aufsatz zur Frage geschlechtsspezifischer Verfolgung, in dem Kay Hailbronner den Status quo verteidigte.<sup>5</sup> Die internationalen Entwicklungen, aber auch die Kampagne „Verfolgte Frauen schützen!“ gingen an der ZAR – anders als an ihrer Beilage ANA-ZAR (Anwaltsnachrichten Ausländer- und Asylrecht) – bis etwa 2001 fast spurlos vorbei.

Nicht überzeugend ist dagegen der Einfluss der vermeintlichen Offenheit für nicht-bindendes internationales Recht im Common-law-System. Zunächst ist überhaupt fraglich, warum Brabandt die von ihr untersuchte internationale Norm zur geschlechtssensiblen Auslegung der GFK umfassend als *soft law*, also als nicht-bindende Norm einordnet. Im Hinblick auf die materiellrechtliche Anerkennung nichtstaatlicher und geschlechtsspezifischer Verfolgung wäre durchaus zu argumentieren, dass sich die Pflicht zur geschlechtssensiblen Auslegung aus dem Normtext selbst im Zusammenwirken mit den Menschenrechten („Frauenrechte sind Menschenrechte“) ergibt.<sup>6</sup> Auch die britischen Gerichte entwickelten ihre Normauslegung aus den auch völkergewohnheitsrechtlich verbindlichen Auslegungsregeln für internationale Verträge,

4 Guidelines der (damaligen) Immigration Appeal Authority nach dem Vorbild und unter Mitwirkung von Mitgliedern der RWLG; schließlich gefolgt von ministeriellen Asylum Policy Instructions. Ausf. Märkard, „Fortschritte im Flüchtlingsrecht“, KJ 2007, 393-411.

5 Hailbronner, Geschlechtsspezifische Fluchtgründe, die Genfer Flüchtlingskonvention und das deutsche Asylrecht, ZAR 1998, 152.

6 Eine menschenrechtliche Auslegung ist nach der Declaration of State Parties 2001 als nachfolgender Vereinbarung i.S.d. Art. 31 Abs. 3 lit. a WVK verbindlich.

nicht aus nicht-bindenden, lediglich autoritativen Prinzipien.<sup>7</sup> Dass *nicht*-bindende internationale Normen in Großbritannien als „legitime Rechtsquelle“ gelten, ist denn auch wohl zuviel gesagt. Die von Brabandt zitierten Urteile z.B. zum UNHCR-Handbuch weisen ausdrücklich auf dessen bloß überzeugenden, nicht verbindlichen Charakter hin<sup>8</sup> – zur Rechtsquelle wird es dadurch nicht. Deutlicher autoritativ ist dagegen die grenzüberschreitende Präzedenzfallbindung – ein „horizontales *stare decisis*“. Allerdings, und hier liegt der Unterschied zur von Brabandt nachdenklich ins Feld geführten verfassungsrechtlichen US-Entscheidung *Roper v Simmons*,<sup>9</sup> geht es ja auch in allen Entscheidungen um die Auslegung ein- und desselben internationalen Vertrags nach denselben Auslegungsmethoden. Dogmatisch hat jede Norm nur eine richtige Auslegung – eine Abstimmung mit anderen Staaten macht daher durchaus Sinn. Methodisch wäre insbesondere einzuwenden, dass Brabandt zu sehr an der expliziten Umsetzung der GFK hängt. Völkerrechtlich kommt es jedoch nicht darauf an, ob die Norm auch in Bezug genommen wird; es zählt allein ihre Einhaltung, also das Ergebnis. Die deutsche Rechtsprechung bemühte statt der GFK-Konventionsmerkmale den verfassungsrechtlichen Begriff des „asylerblicklichen Merkmals“, unter dem z.B. Homosexuelle Schutz fanden, die in Großbritannien über die bestimmte soziale Gruppe erfasst wurden. Brabandt diskutiert diese Rechtsprechung, ohne jedoch der Frage nachzugehen, ob hierdurch im Ergebnis der Norm („Maßnahme“ (3)) Rechnung getragen wurde. Trotz dieser Kritikpunkte ist die Arbeit analytisch überzeugend und dabei fesselnd geschrieben, schöpft aus reichem Material und ist aufgrund ihrer klaren Struktur und guten Leserführung auch für Jurist\_innen leicht erschließbar. Für alle, die sich mit dem Flüchtlingsrecht beschäftigen, ist dies eine lohnende Lektüre.

Nora Markard

7 *Shah & Islam* (Fn. 2).

8 Ebenso übrigens BVerwG, NVwZ 1994, 500: „Auslegungshilfe“, und BVerwG, B. v. 29.7.1996 – 9 B 245/96. UNHCR ist das UN-Hochkommissariat für Flüchtlinge, das u.a. die Anwendung Flüchtlingskonvention überwacht.

9 543 U.S. 551 (2005). Darin befand der US-Supreme Court die Todesstrafe für Minderjährige unter Berufung auf internationale Rechtsprechung für verfassungswidrig. In seiner abweichenden Meinung kritisierte Justice Scalia den Einfluss ausländischer Rechtsprechung in starken Worten als undemokratisch.

Kilian Stein, *Die juristische Weltanschauung. Der Staat als Fetisch*, Hamburg (VSA) 2010, 127 S., € 12,80

Die Diskussion um materialistische Rechtstheorie ist nach ihrer langen Durststrecke insbesondere in den 80er und 90er Jahren wieder in Fahrt gekommen. Ein neuer Beitrag zur Debatte stammt vom ehemaligen Berliner Richter Kilian Stein, der mit seinem kurzen, aber pointierten Werk „Die juristische Weltanschauung – Der Staat als Fetisch“ an theoretische Beiträge anknüpft, die in den Veröffentlichungen jüngerer Zeit eher vernachlässigt wurden.

Anders als Sonja Buckel und andere, aus dem Umfeld der Frankfurter Gesellschaftsforschung stammende AutorInnen sucht Kilian Stein einen im Wesentlichen am „Marxschen Original“ ansetzenden, klassisch-materialistischen (von [Post-]StrukturalistInnen wohl als „hegelmarxistisch“ zu bezeichnenden) Ansatz, wobei auch er an die deutsche rechtstheoretische Diskussion der 70er Jahre anknüpft. Im Zentrum des 127 Seiten kurzen Buches steht dabei – für ein rechtstheoretisches Werk etwas überraschend – die Darstellung der ökonomisch-soziologischen Analyse des Privateigentums und der aus den Produktionsverhältnissen hervorgehenden Alltagsvorstellungen der Menschen. In ihnen sieht Stein die Grundlage der „juristischen Weltanschauung“, der Fetischisierung des Staates. Ihm gelingt es dabei, auf knappem Raum die aktuelle Bedeutung der Marxschen Begriffe der Ware, des Geldes, des Kapitals usw. und den darin angelegten Widerspruch zwischen Kapital und Arbeit aufzuzeigen und eine Reihe von insbesondere bei RechtstheoretikerInnen üblichen Missverständnissen der Marxschen Theorie anzusprechen. Inhaltlich ist im ökonomischen Abschnitt wenig Neues zu finden; die Lektüre ist aber gerade für mit dem Marxschen *Kapital* weniger vertraute JuristInnen lohnenswert. Und wenngleich die Rechtstheorie, relativ betrachtet, etwas kurz kommt, gewinnt doch gerade ihre nicht nur behauptete, sondern gedrängt hergeleitete Basisierung auf dem ökonomisch-rechtlichen Ensemble dessen, was in materialistischen Kreisen gemeinhin als „Basis“ bezeichnet wird, einen besonderen Charme.

Die Darstellung der ökonomischen Theorie hängt insofern nicht in der Luft: Stein gelingt es, bzgl. der Basis-Überbau-Debatte die fundamentale Bedeutung des rechtlichen Momentes für die Produktionsverhältnisse herauszuarbeiten und damit gut nachvollziehbar das Verhältnis von Staat und Recht zu skizzieren. Zugleich wird die aus materialistischer

Perspektive fundamentale Bedeutung der Produktionsverhältnisse, der ökonomischen Grundstrukturen für das Recht deutlich. „Die kapitalistische Ökonomie ist in der *Kritik* [der politischen Ökonomie Marx] als ein historisch besonderes System rechtlich vermittelter Ausbeutung und Herrschaft entwickelt.“ (87)

Auf nur drei Seiten stellt Stein die zentralen rechtstheoretischen Hypothesen des Marxschen Werkes dar, die anschließend anhand der Analyse der politischen Ökonomie detaillierter entwickelt werden. So sieht Stein das mit der Vertragsform des Warentausches verbundene Privateigentum als rechtliches Element in den „eine unmittelbare Einheit darstellenden kapitalistischen ökonomisch-rechtlichen Verhältnissen“ (21). Das Privateigentum an Produktionsmitteln, an sonstigen für die Warenzirkulation erforderlichen Mitteln inklusive Bankkapital sowie an der Arbeitskraft seitens der ArbeitnehmerInnen stelle denn auch das rechtliche Zentrum der bürgerlich-kapitalistischen Gesellschaft dar. Während der Kern dieses Eigentums durch die kapitalistische Produktionsweise vorgegeben sei, sei die Konkretisierung Gegenstand beständiger politischen Kämpfe. Ähnlich Paschukanis sieht Kilian Stein vorstaatliches Recht also schon durch die Produktionsverhältnisse selbst als gegeben an. Wenngleich daher die rechtlichen Verhältnisse nicht aus dem Staat hervorgingen, bedürfe es jedoch des Staates, um die Reproduktion des Privateigentums zu ermöglichen. Es müsse zur Sicherheit und Berechenbarkeit des Warenverkehrs juristisch ausgearbeitet werden; die durch Individualisierung und Interessenwidersprüche bedingten Verletzungen der allgemein anerkannten Regeln müssten mithilfe von Sanktionen begrenzt werden. „Der Staat macht funktionsfähig, was außerstaatlich schon zu Recht geworden ist.“ (22)

Schließlich Sorge der Staat auch dafür, immanente Schwächen und Defizite der privaten Produktion und Zirkulation auszugleichen (Bildung, Infrastruktur, Marktexpansion etc.). Den Staat sieht Stein insofern nicht als „Spiegel“ oder „Reflex“, sondern als auf die „Basis“ zurückwirkenden „Ausdruck“ derselben. Kaum zu übertreffen ist in diesem Zusammenhang die Klarheit, mit der Stein die Bedeutung des Scheins in der Zirkulation herausarbeitet. Die Fetischanalyse Steins macht gut nachvollziehbar, warum „das kapitalistische Ausbeutungs- und Herrschaftsverhältnis von den Lohnabhängigen hingenommen wird und sie sich mit dem kapitalistischen Staat, insbesondere in seiner bürgerlich-demokratischen Form, identifizieren können“ (102)

Der Grund liegt nach Stein nicht in erster Linie in der medial oder durch sonstige bürgerliche Instrumente gebildeten Hegemonie – die Hegemonie sei vielmehr vor allem der Tatsache zu verdanken, dass die Alltagserfahrungen bei den Menschen den Anschein erzeugen, es handle sich um eine natürliche Ordnung. So führe eine – recht ausführlich dargestellte – „Stufenfolge von täuschenden Erscheinungsformen“ dazu, dass nicht allein Arbeit, sondern daneben auch Produktionsmittel und Boden als Wert erzeugende Faktoren aufgefasst würden. Entsprechend erfolge eine stete Auseinandersetzung um die Größe des jeweiligen Anteils; im Rahmen dieses sich nicht nur zwischen, sondern auch innerhalb der Klassen abspielenden „Verteilungskampfes“ werde aber nicht in Frage gestellt, dass jedem der drei Faktoren ein Anteil gebührt.

„Es sind im Kapitalismus somit die ökonomisch-rechtlichen Verhältnisse selbst, die den gegebenen Klassen- und damit sozialen Machtverhältnissen jedenfalls in ihren Grundlinien ein unverbrüchliches ethisches Moment zu geben scheinen.“ (86)

Exzellent gelingt Kilian Stein in diesem Zusammenhang die Beschreibung des rechtlichen Momentes des Arbeitsverhältnisses, des Paradoxon, dass zugleich Äquivalente (Arbeitskraft gegen Lohn) ausgetauscht werden, während der/die ArbeiterIn schließlich doch nur mit einem Teil seines/ihrer eigenen Produktes (mit Geld als Wertsymbol, das vergegenständlichte abstrakte Arbeit repräsentiert) bezahlt wird. Das Recht dient hier dazu, den Schein zu komplettieren, indem aus Sicht beider Parteien des Arbeitsvertrages Arbeitszeit anstelle von Arbeitskraft entlohnt wird – der Lohn wird zum Fetisch. „Damit ist dem Auge entrückt, dass der Überschuss oder Gewinn [des Kapitalisten] seinen ausschließlichen Ursprung in der Differenz zwischen dem Wert oder Preis der gekauften Arbeitskraft und dem durch die Arbeit als dem Gebrauchswert dieser Ware geschaffenen neuen Wert hat.“ (79)

Vergleicht man diesen Ansatz mit dem von Paschukanis, fällt nicht nur die klarere Ordnung des Gedankengangs ins Auge: Besonders überzeugend bei Stein ist gerade die bei Paschukanis vielfach kritisierte stiefmütterliche Behandlung der Produktions- gegenüber der Zirkulationssphäre. Gelungen ist auch, dass er nicht wie Paschukanis über das Ziel hinausschießt und im Fall einer gedachten ökonomischen Umwälzung gleich das Recht als Ganzes absterben sieht: Es sind „die vorfindlichen, auf die Ökonomie bezogenen Rechtsverhältnisse und der sie ausformende und absichernde bürgerliche Staat“, die sich

nach der Analyse „nicht mehr als gewissermaßen gesellschaftliche Naturgegebenheiten“ darstellen und mit der kapitalistischen Ökonomie stehen und fallen (87) – nicht die Rechtsform als Ganze. Das überzeugt. Nicht nur der einzelne Rechtssatz wird obsolet, wenn sich die Verhältnisse ändern, sondern ggf. das ganze Rechtsgebiet, wenn die dort vorausgesetzten und normierten sozialen Verhältnisse in der Praxis nicht mehr vorkommen. So fehlt dem Ansatz zwar der Charme, der Paschukanis' Formanalyse des Rechts mit ihrer umfassenden Zielrichtung innewohnt, andererseits vermeidet Stein jedoch die mit Paschukanis' Gleichsetzung von Waren- und Rechtsform verbundenen Schwächen.

Wie wird nun der Staat zum Fetsch? Dem in der bürgerlichen Gesellschaft lebenden, nicht materialistisch analysierenden Menschen erscheine die Rechtsform der ökonomischen Verhältnisse nicht als durch die Wirtschaftsweise bedingt. „Die sozialökonomischen Verhältnisse präsentieren sich ihm, wie sie sind, mit Zügen sozialer Zerrissenheit, mit sozialen Ausgrenzungen, mit enormen Ungleichheiten, Ungerechtigkeiten, unkontrollierbaren ökonomischen und sozialen Entwicklungen und permanenten sozialen Kämpfen, ohne dass er die in der kapitalistischen Form der gesellschaftlichen Arbeit gelegten Ursachen dafür sähe. So wie diese Verhältnisse sind, das steht aber fest, können sie auf sich gestellt nicht existieren. In die Gesellschaft egoistischer Privatmenschen muss eine für die Individuen verbindliche Ordnung gebracht werden, und das kann nur ein Staat mit seiner Recht setzenden und ein rechtsförmiges Verhalten erzwingenden Gewalt leisten.“ (87 f.) Aus dieser Wahrnehmung entstehe also eine notwendige Trennung zwischen Staat und Gesellschaft, die Existenz des Staates an sich erscheine als Naturgegebenheit. In seiner Konkretheit wiederum werde der Staat – anders als die ökonomischen Verhältnisse – völlig bewusst gestaltet. Auch die formal demokratische Organisation des Staates entspringe den Produktionsverhältnissen: „Aus dem Bewusstsein wenn auch nur formaler Gleichheit und Freiheit in den Austauschbeziehungen erwächst das Bedürfnis und der Wille der Lohnabhängigen, auf Ebene des Staates als handelnde und eingreifende, ihre Interessen wahrnehmende Individuen anerkannt zu sein. Praktisch ist dies das Projekt, den bürgerlich-kapitalistischen Staat vermittelt einer parlamentarischen Körperschaft zu organisieren, die aus für alle Mitglieder der Gesellschaft, ob arm oder reich, Frau oder Mann, Weißer oder Schwarzer, gleichen und freien Wahlen her-

vorgeht.“ (89) Und wenngleich die Form des demokratischen Staates aus den Bedürfnissen der kapitalistischen Wirtschaftsordnung heraus entsteht, sieht Stein in diesem Produkt zugleich ein potentielles Mittel zu ihrer Überwindung. „Diese Form politischer Herrschaft enthält einen unauflösbaren Widerspruch, insofern das dem parlamentarischen System inhärente Prinzip der Volkssouveränität den unteren Klassen das Recht zubilligt, über die Gesetzgebung in das kapitalistische Privateigentum einzugreifen oder es gar abzuschaffen, dessen Sicherung gerade der Hauptzweck des bürgerlichen Staates ist.“ (90)

Vor diesem Hintergrund kritisiert Stein auf eine teils sehr erfrischende Weise verschiedene rechtstheoretische Ansätze und rechnet insbesondere knapp, aber pointiert mit dem Marxismus-Leninismus ab. Dieser wie auch „Ideologien linksradikaler Sekten“ stünden zwar im Gegensatz zu legitimatorischen Theorien, die „allesamt dem kapitalistischen Privateigentum eine ethische Beglaubigung ausstellen“, indem sie allein auf Macht und materielle Interessen rekurrierten. „Sie sehen den Geltungsgrund von Recht in einer freilich ein Mysterium bleibenden Fähigkeit der herrschenden Klassen, den unteren Klassen ein angepasstes und subalternes Bewusstsein von Recht und Staat aufzudrängen.“ (92) Den juristischen Cheftheoretiker (und -praktiker) des Stalinismus, Andrej Wyschinski, betrachtet Stein so als leicht verzerrtes Spiegelbild von Hans Kelsen und attestiert beiden eine gewisse Nähe zu Carl Schmitt, bei dem sich „gleichfalls ein idealistisches Verständnis der Entstehung von Recht aus dem Gestaltungswillen einer Elite“ (97) zeige. Anhand einiger Zitate von Karl Larenz arbeitet Stein in diesem Zusammenhang auch knapp die vernunftrechtlich begründeten, in die Grundrechte hineingelesenen Apologien des Rechts der herrschenden Wirtschaftsordnung heraus. „Alle diese rechtstheoretischen Ansätze stehen mit ihrer Auflösung der Gesellschaft in Denken/Geist und Willen im Gegensatz zu einem materialistischen Verständnis, in dem die kapitalistische Form der gesellschaftlichen Arbeit für die in dieser Gesellschaft existierenden, sich auf die Ökonomie beziehenden Rechtsverhältnisse verantwortlich ist.“ (97) Diese rechtstheoretischen Ansätze drücken Stein zufolge nichtsdestotrotz ein Verständnis des Rechts aus, das in einer alten Tradition steht: „Den umrissenen Komplex von Vorstellungen der Entstehung, der Funktion und der Legitimierung des kapitalistischen Privateigentums haben Engels und Kautsky meines Wissens als erste die *juristische Weltanschauung* genannt.“ (98) Der Tradition von Engels

und Kautsky wiederum sieht sich Stein verpflichtet – wenngleich er auch diese darin kritisiert, dass sie die „juristische Weltanschauung als ein bewusst entwickeltes und genutztes politisches Instrument zur Verfolgung von Klasseninteressen“ betrachten, der materialistische Standpunkt aber gerade deutlich mache, dass und wie sie aus der gesellschaftlichen Praxis heraus entstehen (98). „Die gesellschaftliche Situation ist komplizierter als sie sich im Juristen-Sozialismus ausnimmt. [...] Die mit [der ökonomischen Praxis] verbundenen Vorstellungen von Recht und Gerechtigkeit entstehen spontan, ohne berechnendes Kalkül, so sehr sich in ihnen materielle Interessen niederschlagen. Eben diese Spontaneität ist das Geheimnis ihrer gesellschaftlichen Kraft.“ (101) Die Anknüpfung erfolgt da, wo sie sowohl eine Absage an reformerische Utopien innerhalb des Rahmens der kapitalistischen Produktionsverhältnisse als auch an „den Linksradikalismus, mit seiner scheinbar hochpolitisierten, aber abstrakt bleibenden und gerade deshalb unpolitischen Negation der bürgerlichen Gesellschaft“ (100) enthält. „Werden die gegebenen sozialen Verhältnisse maßgeblich von den Lohnarbeitern reproduziert, können sie von ihnen aber auch durchschaut und im politischen Kampf überwunden werden – dies kann man als das politische Resümee der *Kritik* [der politischen Ökonomie Marx] nehmen.“ (102)

Relativ schwach ist dagegen das kurze Kapitel zu den sozialen Menschenrechten. Nach Steins Auffassung stellen sie „diejenige Spielart des Rechtsverständnisses dar, die der Struktur der bürgerlichen Gesellschaft mit ihrem in den Produktionsverhältnissen begründeten Grundsatz ausnahmsloser formaler Gleichheit entspricht.“ (104) Lässt sich diesem Argument wenigstens noch folgen, so bleibt nachfolgend unverständlich, warum den sozialen Menschenrechten „konservative[r] Charakter“ zukommen soll – die nachfolgenden Ausführungen über deutsche und europäische Diskussionen wie die Vergesellschaftungsversuche der Schlüsselindustrien in der Nachkriegszeit, Änderungen nach dem Fall der Mauer, die EU-Grundrechtecharta mit ihrem Grundrecht auf unternehmerische Freiheit betonen einen funktional mit der kapitalistischen Wirtschaftsordnung zusammenhängenden Aspekt wirtschaftlicher Rechte, geben aber kaum Aufschluss über den angeblichen konservativen Charakter z.B. der Rechte auf Arbeit, soziale Sicherheit oder kulturelle Teilhabe. Offenbar wird die Perspektive der sozialen Menschenrechte auf eine Auseinandersetzung auf dem gegebenen „Rechtsboden“ (110) reduziert, deren Alter

native in politischen Auseinandersetzungen gesucht wird, die die ökonomischen und rechtlichen Grundlagen des kapitalistischen Systems in Frage stellen. Aber: Stellen denn nicht gerade auch die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Menschenrechte eine gewichtige Lösung dar, das ökonomische System in Frage zu stellen und darüber hinaus zu denken? An dieser Stelle wird das Fehlen einer Auseinandersetzung mit Ernst Bloch oder auch Hugo Sinzheimer sichtbar. Insgesamt geht Steins praktische Suche nach konkreten Utopien kaum über Marx hinaus.

Im abschließenden Kapitel verdeutlicht Stein noch einmal, worum es ihm letztlich geht: aufzuzeigen, „dass in die bürgerlich-kapitalistische Gesellschaft mit ihrem sich bewusstlos herausbildenden allgemeinen Willen die Chance eingeschlossen ist, sie durch eine abzulösen, deren Organisationsprinzip ein bewusster gemeinsamer Wille ist. Sie orientiert damit auf eine emanzipatorische Praxis, die die Menschen schließlich aus der Naturwüchsigkeit ihres ökonomisch-gesellschaftlichen Zusammenhangs befreit.“ (122) Keine Lösung sieht Stein entsprechend in der von Adorno in der *Negativen Dialektik* propagierten Überwindung des ungleichen Tauschs. Nach dem Maßstab der Waren produzierenden Gesellschaft handle es sich selbst beim Arbeitsverhältnis in jedem Einzelfall um einen „gerechten“ Tausch – die Forderung verdecke vielmehr „den Blick auf den Prozess, der aus diesem Verhältnis herausführen kann.“ Das politische Credo Steins dürfte insofern in einer Nutzung der vorhandenen politischen (und aufklärerischen) Werkzeuge zu einer Überwindung der warentauschbasierten Ökonomie liegen, ohne dem Fetisch der Allmacht von Recht und Staat zu erliegen. „Gesellschaftliche Reformen zur Verbesserung der sozialen Lage der Lohnabhängigen bleiben möglich und notwendig, und zwar auch zu deren politischer Erstarkung. [...] Aber Bemühungen, üble gesellschaftliche Erscheinungen von der Wurzel her beseitigen zu wollen, indem die von der Gesellschaft erzeugten Wertvorstellungen – Gleichheit, Freiheit, Eigentum nur durch eigene Arbeit – gegen die gleiche Gesellschaft in Stellung gebracht werden, um dieser mittels ‚gerechten‘ Rechts die vermisste soziale Substanz zu geben, sind aussichtslos. Das ist so, als ob man dem Gras befehlen wollte, nicht mehr zu wachsen.“ (113) Es ist sicherlich nicht nur der Kürze geschuldet, dass der Anschluss an andere aktuelle, sich auf Marx beziehende Theoriebeiträge nur vereinzelt gesucht wird – auch bei Kilian Stein findet der Wunsch nach einer Verbindung der unterschiedlichen Blick- und Erkenntnisrich-

tungen materialistischer Theorien keinen glühenden Anhänger, der intellektuelle Kampf scheint wichtiger als die Solidarität. Trotz einiger kleiner Schönheitsfehler handelt es sich insgesamt um ein sehr lesenswertes, Marx fundiert interpretierendes Buch, das im zugebenermaßen noch immer engen Spektrum materialistischer Rechtstheorie seinesgleichen sucht.

*Heiner Fechner*

*Christoph Menke, Recht und Gewalt, Berlin (August Verlag) 2011, 118 S., 9,80 €*

Der Philosoph Christoph Menke ist dem rechtstheoretischen Diskurs unter anderem durch seine Arbeiten zu Menschenrechten und den subjektiven Rechten bekannt. Seine rechtstheoretischen Arbeiten verfolgen dabei stets auch ein kritisches – und das heißt hier gesellschaftskritisch/emanzipatorisches – Erkenntnisinteresse. Dies stellt ihn – der sich bei Albrecht Wellmer habilitierte – in die Tradition der Frankfurter Schule. Er lehrt als Professor für Philosophie an der Goethe-Universität Frankfurt am Main und ist Mitglied des dortigen Exzellenzclusters Normative Orders.

Sein neues Buch *Recht und Gewalt*, das im noch jungen August Verlag erschienen ist, lässt sich in einem ganz bestimmten rechtstheoretischen Diskurs verorten, der zwei Theorietraditionen verbindet, die vordem wenig Berührungspunkte kannten. Elemente der Luhmannschen Systemtheorie werden vermehrt mittels einer dekonstruktivistisch informierten Lesart auf ihre kritischen Potentiale hin überprüft. Gunther Teubner<sup>1</sup> und Christoph Menke selbst können hier sicherlich als Vorreiter gelten. Auch in *Recht und Gewalt*, welches Gedanken aus einem gleichnamigen Aufsatz aus dem Jahre 2008<sup>2</sup> aufnimmt und wesentlich erweitert, lassen sich entsprechende Theorielinien ausmachen.

Menke beginnt seine Ausführungen mit der Feststellung, dass jede Beschäftigung mit dem Thema ausgehen muss von dem fundamentalen Widerspruch der folgenden zwei Aussa-

gen: Das Recht ist erstens als Beendigung und Aufhebung von Gewalt das Gegenteil derselben. Zweitens übt das Recht aber zugleich selbst Gewalt aus, ist selbst Gewalt. Dieser Widerspruch ist nicht etwa Resultat eines unzureichenden Verständnisses von Recht und Gewalt, vielmehr komme es, so Menke, gerade darauf an, diesen Widerspruch als grundlegende Eigenschaft des Verhältnisses von Recht und Gewalt ernst zu nehmen. Er lasse sich nicht in die eine oder andere Richtung auflösen. Denn dieselbe Legitimität, die das Recht zur Aufhebung und Unterbrechung der Gewalt befähigt, ist zugleich Ausübung von Gewalt. Am Anfang der Beschäftigung mit dem Verhältnis von Recht und Gewalt steht mithin eine grundlegende Paradoxie, die Paradoxie, dass Recht Gewaltaufhebung und dabei notwendig zugleich Gewaltanwendung ist.

Der erste Teil des Buches ist denn auch der Rekonstruktion eben dieser Paradoxie gewidmet. Menke wendet sich hier dem Rechtsdenken der Tragödie zu. Im Rahmen der Lektüre von Aischylos' *Orestie* beginnt er zunächst mit der Vorstellung der Rache als einer Vollzugsform der Gerechtigkeit (Agamemnon) und stellt den Eintritt des Rechts als Bruch mit dem Gerechtigkeitskonzept der Rache vor. Mit Blick auf die Eumeniden beschreibt er das Recht als Prozedur, die von den sich feindlich gegenüberstehenden verlangt, sich im Verfahren als Parteien und damit als Gleiche anzuerkennen, die sich dem Richter unterwerfen. Dieses Verfahren, das Rechtsverfahren, kann es aber nur innerhalb einer Gemeinschaft gleicher Bürger, in einem politischen Gemeinwesen geben. Die Gleichheit im Rechtsverfahren realisiert demnach die politische Gleichheit der Bürger. Menke geht dann dazu über, die Gewalt des Rechts herauszuarbeiten. Dabei geht er zunächst auf die sog. erscheinende Gewalt ein. Diese ist die Gewalt, die im Namen des Rechts (z.B. als Strafe) verübt wird. Eine Kritik der erscheinenden Gewalt, die etwa die *Critical Legal Studies* zum Thema hätten, reiche aber nicht aus. Denn die Gewalt des Rechts sei nichts, was dem Recht äußerlich zukomme, etwa als Mittel zu seiner Durchsetzung, vielmehr sei die Gewalt selbst Teil der Form des Rechts. D.h. die „Gewalt [gehört] nicht nur zur Erscheinung, sondern zum Wesen des Rechts“ (S. 38). Diese Feststellung ist von zentraler Bedeutung für das hier entwickelte Verständnis von Recht und Gewalt, und es lohnt sich allein schon deshalb, dieses Buch zu lesen, weil es Menke gelingt, diese zunächst sehr abstrakte Formulierung in ihren verschiedenen Facetten darzustellen und verständlich zu machen.

1 Vgl. z.B. Gunther Teubner, *Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts?*, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 29 (2008), S. 9 ff.

2 Christoph Menke, *Recht und Gewalt*, in: Graf-Peter Calliess/Andreas Fischer-Lescano/Dan Wiesel/Peer Zumbansen (Hrsg.), *Soziologische Jurisprudenz*, 2009, S. 83.

chen. Er entfaltet diese These vor allem in zwei Richtungen. Erstens legt er dar, dass das Recht, gerade weil es sich als politische Prozedur der Gleichheit „der politischen Einheit verdankt, die, als gemachte, im Unterschied zu dem steht, was nicht zu ihr gehört [...], stets wieder, gewaltsam, gegen das Außerrechtliche oder Nichtrecht durchsetzen [muss]“ (S. 57). Zweitens stellt er mit Blick auf Sophokles' König Ödipus die besondere Bedeutung der Figur der (Rechts)Subjektivität für die Wirkung der Gewalt des Rechts dar. Im Hintergrund dieser Analyse der Subjektivität stehen dabei Überlegungen, die Menke auch schon in einem Aufsatz zur Bedeutung der subjektiven Rechte entfaltet hat.<sup>3</sup>

Diese beiden Aspekte der Gewalt des Rechts – der gewaltsamen Durchsetzung gegen das Außerrechtliche und der besonderen Bedeutung der Subjektivität – werden auch im zweiten Teil des Buches wieder aufgegriffen. Die Grundfrage dieses zweiten Teils ist, ob und wie ein Vollzug des Rechts vorstellbar ist, der mit der wesensmäßigen Gewalt des Rechts bricht. Menke nimmt hier den Begriff der Entsetzung des Rechts auf, den Walter Benjamin in seinem Aufsatz zur Kritik der Gewalt gebraucht.<sup>4</sup>

Entsetzung bedeutet für Menke nicht Suspendierung des Rechts im Sinne von Carl Schmitt, also die Aufhebung der Geltung des Rechts zu Gunsten eines (absoluten) Souveräns. Entsetzung in Menkes Sinn bezeichnet vielmehr eine Vollzugsweise des Rechts, die dessen Ab- und Freisetzung ermöglicht. Menke sieht die Möglichkeit für eine solche Vollzugsweise des Rechts, die das Recht von der Machtausübung ab- und deshalb freisetzt, in einer spezifischen Selbstreflexivität des Rechts. Die Selbstreflexion des Rechts besteht, so Menke, darin, die Entgegensetzung des Rechts zum Nichtrechtlichen, durch die sich das Recht hervorbringt, im Recht zu wiederholen. Das Motiv der Selbstreflexion lässt sich mithin durchaus im systemtheoretischen Sinne eines re-entry, d.h. eines Wiedereintritts der Unterscheidung in das Unterschiedene verstehen. So weist auch Menke darauf hin, dass das Nichtrechtliche im Recht zunächst nur als rechtliche Rekonstruktion des Rechts selbst, d.h. wiederum als Eigenes des Rechts gegeben sein kann. Er geht aber über diese formale systemtheoretische Bestimmung der Selbstreflexion hinaus, in-

dem er mit Bezug auf Kleists *Der Zerbrochene Krug* die Möglichkeiten der Selbstreflexion für eine Entsetzung des Rechts inhaltlich näher bestimmt. Durch die Selbstreflexion kann das Recht sich erstens selbst als eine Kommunikationsform unter vielen erfahren. Es kann sich demnach selbst zurücknehmen, d.h. ein Recht auf nichtrechtliche Kommunikation anerkennen. Weiter zeigt die Selbstreflexion zudem die Möglichkeit auf, das Nichtrechtliche im Recht auf eine bestimmte Art freizusetzen von der Herrschaft des Rechts. „Der selbstreflexive Rechtsvollzug verwirklicht das Recht des Rechts und das Recht des Nichtrechtlichen, indem es das Nichtrechtliche nicht in ein Element – eine Partei, einen Fall – in einem rechtlichen Verfahren verwandelt, sondern gegen seine Verrechtlichung zur Geltung bringt.“ (S. 92). Aber wie kann das Recht sich zugleich, d.h. in ein und demselben Akt verwirklichen und unterbrechen? Klar ist hierbei, dass die Antwort nicht außerhalb des Rechts liegen kann. Anders als etwa Derrida lehnt Menke jedes Transzendenzmoment im Rechtsvollzug ab. Menkes Antwort lautet: als Vollzug des Rechts wider Willen, d.h. als ein Recht, das um die Rechtlosigkeit des Rechts gegenüber dem Außerrechtlichen weiß.

Das Buch entfaltet mithin aus der Analyse des paradoxen Verhältnisses von Recht und Gewalt eine Theorie des Rechts der Widerwilligen. Die Theorie geht davon aus, dass durch und in der Selbstreflexivität des Rechts die Entsetzung des Rechts möglich wird. Ein solcher Vollzug des Rechts ist in der Lage, das Verhältnis zum Nichtrechtlichen neu zu begreifen. Und zwar nicht durch eine Kritik von Außen oder durch eine Transzendenz der Grenzen des Rechts, sondern durch eine immanente Bewegung des Rechts selbst. Eben hierin liegt dann auch der Unterschied zu denjenigen Deutungen, die in der Entsetzung des Rechts die Zerstörung desselben sehen. Denn, so betont Menke, die Entsetzung des Rechts als dessen Zerstörung wäre die Wiederkehr der rechtlosen Gewalt der Rache. Die Entsetzung des Rechts als dessen widerwilliger Vollzug bestünde dagegen in der Durchsetzung des Rechts bei gleichzeitiger Anerkennung des Rechts des Nichtrechtlichen.

Es ist gerade diese Idee des Rechts der Widerwilligen, die Menkes Buch nicht nur als rechtstheoretisches Unterfangen äußerst lesenswert macht, sondern als Buch mit unmittelbaren rechtspolitischen Konsequenzen ausweist. Denn was hier als Verhältnis von Recht und Außerrechtlichem abstrakt entfaltet wird, ist der Versuch, dem Anderen des Rechts im Recht gerecht zu werden. Es ist, wie Menke anmerkt, deshalb immer auch eine

3 Christoph Menke, *Subjektive Rechte: Zur Paradoxie der Form*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), S. 81.

4 Walter Benjamin, *Zur Kritik der Gewalt*, in: ders., *Zur Kritik der Gewalt und andere Aufsätze*, 1965, S. 29.

Frage nach der Gerechtigkeit des Rechts. Freilich führt die Selbstreflexion des Rechts „in eine Paradoxie, die kein Jenseits des Streits, der Gewalt und des Leidens verspricht, gegen die das Recht antritt und die es doch wieder in sich wiederholt. Der selbstreflexive Vollzug verspricht nur ein Recht, das das von sich weiß“ (S. 102). Jede Hoffnung auf ein Ende der Gewalt des Rechts durch Transzendierung der Rechtsform ist folglich aufzugeben. Ein Recht der Widerwilligen fordert aber dazu auf, die Kenntnis dieser Tatsache – die Tatsache der eigenen Rechtlosigkeit und der Gewaltsamkeit – im Vollzug des Rechts stets präsent zu halten. Dieses Präsenthalten schützt das Recht vor dem Exzess der eigenen Überhöhung. Eben dadurch, weil es weiß, dass es kein Recht zur Durchsetzung gegenüber dem Außerrechtlichen hat, begegnet das widerwillige Recht dem Anderen aber nicht mehr als Überlegenes. Dieser entsetzende Vollzug des Rechts, der die Gewaltsamkeit und Rechtlosigkeit des Rechts stets präsent hält, verspricht damit auch die Möglichkeit zu einer ganz spezifischen Repolitisierung des Rechts. Einer Repolitisierung, die nicht als Kolonisierung des Rechts durch die Politik daher kommt, d.h. als Politisierung von Außen, sondern die stattdessen die Eigenständigkeit der Rechtsform ernst nimmt. Repolitisierung bedeutet dann die Visibilisierung der politischen Momente im Vollzug der Rechtsform, d.h. Repolitisierung im und durch das Recht selbst. Hiermit fügt sich das Programm der Entsetzung des Rechts auch in die Tradition der kritischen Rechtstheorie ein. Denn die Frage nach dem Ort des Politischen des Rechts, des Politischen im Recht, ist sicherlich eine Grundfrage der kritischen Rechtstheorie, und sie kann auf eine entsprechend lange Tradition verweisen. Das Programm der Repolitisierung der verrechtlichten Politik im Sinne

Otto Kirchheimers<sup>5</sup> oder etwa Wiethölters politische Rechtstheorie<sup>6</sup> seien hier nur beispielhaft genannt. Gerade in jüngerer Zeit aber wird diese Debatte auch von einer Vielzahl neuer und innovativer Ansätze<sup>7</sup> bereichert, die je auf ihre Weise das Politische im Recht zum Thema machen. Hegemonietheoretisch und neomaterialistisch orientierte Ansätze<sup>8</sup> sind hier ebenso zu nennen wie etwa in der Tradition der postcolonial studies<sup>9</sup> stehende Projekte. Menkes Programm der Entsetzung des Rechts setzt in dieser aktuellen Debatte einen eindrucksvollen dekonstruktiv-systemtheoretischen Akzent, indem er zeigt, dass eine Wiederaneignung des Rechts nur im selbstreflexiven Vollzug des Rechts selbst möglich ist. Dieses Buch dürfte deshalb und wegen der genauen Rekonstruktion der Paradoxie von Recht und Gewalt ein wichtiger Text für die künftige rechtstheoretische und rechtspolitische Diskussion werden.

*Joban Horst*

- 5 Vgl. etwa: Otto Kirchheimer, Zur Staatslehre des Sozialismus und Bolschewismus, in: ders., Von der Weimarer Republik zum Faschismus: Die Auflösung der demokratischen Rechtsordnung, 1976, S. 32; zur hier evozierten Lesart von Kirchheimer, Gunther Teubner, „Man schritt auf allen Gebieten zur Verrechtlichung“: Rechtssoziologische Theorie im Werk Otto Kirchheimers, in: Marcus Lutter, Ernst C. Stiefel und Michael Hoeflich (Hrsg.), Der Einfluß deutschsprachiger Emigranten auf die Rechtsentwicklung in den USA und in Deutschland, 1993, S. 505.
- 6 Vgl. Andreas Fischer-Lescano, Gunther Teubner, Prozedurale Rechtstheorie: Wiethölter, in: Sonja Buckel/Ralph Christensen/Andreas Fischer-Lescano (Hrsg.), Neue Theorien des Rechts, 2006, S. 79.
- 7 Vgl. zu den neuen rechtstheoretischen Ansätzen: Buckel/Christensen/Fischer-Lescano (Fn. 6).
- 8 Etwa Sonja Buckel, Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts, 2007.
- 9 Antony Anghie, Imperialism, Sovereignty and the Making of International Law, 2004.