

# KOMMENTARE

Christoph Menke

## Der Traum der Rechte

### Eine Antwort auf Erhard Denninger

Erhard Denninger hat eine Kritik meiner *Kritik der Rechte* (Berlin 2015) vorgelegt, die mit der Frage beginnt und endet, ob mein Argument „mit einem modernen Verständnis der Grundrechte in einer freiheitlich-demokratischen sozialstaatlichen Verfassung vereinbar ist oder nicht“ (316)<sup>1</sup>. Denninger fragt sich, ob in der Perspektive meines Buches „eine Demokratie westlichen Typs, etwa die des Grundgesetzes, möglich“ sei oder doch wenigstens ein Weg angegeben werden könne, wie „eine solche Demokratie gewaltfrei in eine Staats- und Gesellschaftsordnung nach ‚neuem Recht‘ [so wie es in der *Kritik der Rechte* am Schluss skizziert wird] überführt werden“ könne (325). Soweit dies die Frage ist, ob die *Kritik der Rechte* auf dem Boden der FDGO steht, werde ich sie im Folgenden nicht diskutieren. Da die FDGO die herrschende Ordnung ist, hat diese Frage rechtliche, daher auch rechtswissenschaftliche und -politische Bedeutung. Rechtstheoretisch und -philosophisch ist die FDGO – eine höchst zweideutige Erfindung – aber nicht der „Maßstab“ (317, 323) der Kritik, sondern einer ihrer Gegenstände.

Dabei heißt „Kritik“ – die Kritik, die der Titel des Buches im Sinn hat – *nicht*: einen Gegenstand an dem zu bemessen, was man selbst für richtig hält. Zwar zielt die Kritik auf ein Urteil und damit eine Entscheidung (dafür oder dagegen). Aber sie verfährt nicht beurteilend. Das Verfahren der Kritik ist vielmehr beschreibend, erklärend und begreifend: Die Kritik einer Sache „beschreibt ihren Geburtsakt [...], sie *erklärt* sie, sie begreift ihre Genesis, ihre Notwendigkeit.“<sup>2</sup> Denninger missversteht dies als das Programm einer geschichtlichen oder politischen Erklärung; daher sein Einwand, dass mein Verständnis der modernen Transformation zu einem Recht der (subjektiven) Rechte „ohne jede historische Einbettung“ bleibe (316) und man darin nichts „über die Ursachen und das Verfahren dieses Vorganges oder über die daran Beteiligten“ erfahre (317). Das trifft zu (und ist so gewollt). Denn die Entstehung und die Wirkung einer grundlegenden sozialen *Form* – der Form der subjektiven Rechte – kann nicht aus Intentionen und Programmen verstanden werden. Sie kann aber auch nicht durch externe Kausalitäten erklärt werden (den von Denninger genannten „realen sozialen Kräften“ [326]). Eine Form zu erklären, sie in ihrer Genesis zu beschreiben, heißt vielmehr, ihre immanenten Prozesse oder Akte der Formierung zu begreifen. Die Genesis der Form findet sich nicht vor oder außerhalb

1 Diese und ff. Seitenangaben beziehen sich auf: Erhard Denninger, Ende der ‚subjektiven Rechte‘? Anmerkungen zu Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, KJ 3 2018, S. 316-326.

2 Karl Marx, Kritik des Hegelschen Staatsrechts, MEW Bd. 1, 296.

von ihr. Sie findet sich in ihr; denn die Form existiert nur so, dass sie sich immer wieder neu hervorbringt. Darauf zielt der Begriff der Kritik im Titel meines Buches. Kritik heißt, Formen so zu lesen, dass der Akt ihrer permanenten (Selbst-)Hervorbringung hervortritt – und damit in ihnen lesbar wird, was sie überschreitet. Weil die Rechte *sich selbst* überschreiten, ist die Kritik der Rechte aber zugleich ihre Rettung: die Rettung der Rechte vor sich selbst – vor dem, wozu sie geworden, also von ihren Verteidigern gemacht worden sind: die Rettung der Rechte vor der FDGO.

Das methodische Programm von *Kritik der Rechte* besteht mithin darin, die Form der Rechte (oder die Rechte als Form) und die Konsequenzen, die sich aus dieser Rechtsform für die Struktur der Gesellschaft ergeben, ins Zentrum zu stellen. Wenn sich Denninger dagegen auf das „Menschenbild [...], wie es dem Grundgesetz zugrunde liegt“ (318), bezieht, verfehlt er diese formanalytische Perspektive. Denn Menschenbilder gehören (wie „Werte“) in die Ordnung der Ideologie, nicht der sozialen Formen; man kann, ja muss für die Analyse der Rechtsform von ihnen absehen. Das gilt ebenso für das, was das System der Rechte „verlangt“ (325), was das Recht will oder sich wünscht, das wir „sollen“ (318). Das Verlangen des Rechts gilt der „Autonomie“ (Zitat Habermas), also der vernünftigen Selbstbestimmung: dass wir „frei und selbstverantwortlich [unser] Leben gestalten und an den Angelegenheiten des Gemeinwesens mitwirken sollen“ (Zitat Hesse). Aber was auch immer das Recht wünscht und verlangt, verbindlich fordern kann es nur die äußere Begrenzung unserer Willkür. Autonomie und Selbstverantwortung sind kein Inhalt von Rechten, sondern bezeichnen allenfalls die Qualität einer möglichen (und daher zufälligen) Weise, sie auszuüben.

Lässt man diese Dinge – Menschenbilder, Programme, Absichten und Wünsche – außer Acht, dann treten zwei zentrale Punkte in Denningers Kritik hervor.

1. Der erste Punkt besteht in dem Einwand, dass die Bestimmung der modernen Figur der Rechte, die *Kritik der Rechte* vornimmt, den fundamentalen Wandel verkenne, der mit ihrer sozialrechtlichen oder -staatlichen Neudeutung einher gehe, die sich seit den 1950er Jahren durchgesetzt habe (317, 319 ff.). So kennt nach Denningers Lektüre die Argumentation in *Kritik der Rechte* überhaupt nur die traditionell liberale, privatrechtlich orientierte Deutung der Rechte (an der sich etwa auch Schmitt und Forsthoff orientierten). Dabei überliest oder ignoriert Denninger jedoch, dass der sozialrechtliche Wandel in *Kritik der Rechte* ausdrücklich thematisiert und diskutiert wird – und zwar genau unter den beiden Aspekten, die auch er selbst wichtig findet. Nur komme ich dabei zu Folgerungen, die Denningers Deutung entgegengesetzt sind.

Der eine Aspekt betrifft die Frage, wie durch die Form der Rechte ihr Subjekt – und damit der allein mögliche Gehalt der Rechte – bestimmt wird. Die These in *Kritik der Rechte* (Kap. 9) dazu lautet, dass dies der private „Eigenwille“ sei und dass der durch Rechte ermächtigte Wille dabei als entnormatives, das heißt, von der normativen Orientierung an Gründen (oder am Guten) befreites Belieben begriffen werde. Und die These lautet weiterhin, dass dies auch dann noch gelte, wenn das, worauf sich dieser Wille richtet, nicht mehr nur als privates Eigentum, sondern als soziale Teilnahme verstanden werde. Denn auch Rechte auf soziale Teilnahme sind Rechte auf soziale Teilnahme nach eigenem Belieben: Wer ein Recht darauf hat, am sozialen und kulturellen Leben teilzunehmen, kann dies nach Belieben tun (oder lassen), und er kann dies auch auf beliebige Weise tun – partizipatorisch oder konsumistisch, kommunitär oder egoistisch, autonom oder unvernünftig. Die soziale Teilnahme wird im Sozialstaat nur zu einem Inhalt der Rechte, nicht zu einer Bestimmung ihrer Form. Daher ändert sich an deren Grundbestimmung, die Ermächtigung des Eigenwillens, durch die sozialrechtliche Transformation der Rechte nichts.

Für Denninger dagegen ist der so bestimmte Eigenwille immer nur der „negative Grenzfall eines denkmöglichen Rechtssubjekts“ (319), der für den Begriff der Rechte nichts besage. Gegen das Eintreten dieser Möglichkeit aber kann das Recht nichts anderes aufbieten als sein Menschenbild – und damit rechtsexterne, kulturelle Ressourcen. Das Recht selbst hingegen ist „ohnmächtig“ gegenüber dem von ihm selbst ermöglichten „Grenzfall“; es hat sich dieser Möglichkeit hilflos ausgeliefert. Das führt auf den zweiten Aspekt, den Denninger (und mich) am sozialrechtlichen Wandel der Figur der Rechte interessiert: den Aspekt der politischen Macht. Die These in *Kritik der Rechte* (Kap. 13) dazu lautet, dass die bürgerliche Verfassung durch die Erklärung der Rechte eine soziale Wirklichkeit – die Wirklichkeit der bürgerlichen Gesellschaft mit ihrer kapitalistischen Ökonomie – hervorbringt, deren Eigenlogik gegenüber sie ohnmächtig bleiben muss. Indem der bürgerliche Staat den Eigenwillen der Einzelnen ermächtigt, schafft (oder schützt) er tatsächlich eine bestimmte Form der Sozialität, der gegenüber er sich systematisch entmächtigt: Er kann sie nicht politisch steuern. Das nenne ich die „Aporie“ der bürgerlichen Verfassung.

Auch dies soll nach Denninger nur für das klassisch liberale Verständnis der Rechte gelten und durch den Sozialstaat ganz anders geworden sein. Denninger referiert zustimmend die Deutung von Otto Bachof, nach der „[i]n bewusster Abkehr von der Konzeption des nur ‚liberalen‘, ‚bürgerlichen‘ Rechtsstaats als blossen ‚Rechtswahrstaats‘ [...] der soziale Rechtsstaat des Grundgesetzes ‚Ermächtigung und Auftrag des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung‘“ bedeute (321). Ich vermag nicht zu erkennen, dass für diese Ermächtigung des Staates, zumal zur „Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit“ (ebd.), empirisch viel spricht; es spricht vielmehr alles dafür, dass der Staat diese Macht gegenüber der Gesellschaft und der Wirtschaft gerade *nicht* hat. Und das ist auch nicht verwunderlich. Denn wie Denninger selbst feststellt, bleiben die „Staatsaufgaben“ (in die sich die Grundrechte nach einer zitierten Formulierung von Dreier wie durch ein „Wunder“ verwandelt haben [319]) nach wie vor – „auch“ – subjektive Grundrechte (320). Der Sozialstaat bleibt also der Logik der Freisetzung von eben der Normativität verpflichtet, die er durchsetzen will: Er schreibt die Aporie fort, gegen die er sich wendet. Und zugleich zeigt sich am Sozialstaat, worin die politische Selbstentmächtigung durch Rechte besteht. Wie das von Denninger (positiv?) erwähnte Hartz IV-Gesetz schlagend deutlich macht (dazu *Kritik der Rechte*, S. 461), bedeutet diese Selbstentmächtigung *nicht*, dass der Staat seinen disziplinierenden und normalisierenden Zugriff auf seine Bürger preisgibt. Es bedeutet vielmehr, dass seine Macht *nur* disziplinierend und normalisierend (also polizeilich) sein kann, also nicht die normative (oder genuin politische) Macht der Konstitutionalisierung, Organisation und Ausrichtung an einem gemeinsamen Guten ist.

2. Der zweite Punkt in Denningers Kritik betrifft die Frage des Individualismus und Pluralismus, die nach traditionell liberalem Verständnis durch die Ordnung der Rechte gesichert und gewährleistet werden sollen. Das kritische Argument, das in *Kritik der Rechte* (Kap. 14) dazu skizziert wird, betrifft ihre Rolle in der Politik (die darin als kollektive Selbstregierung durch die Ausbildung eines gemeinsam geteilten Urteils über das Gute definiert wird). Dieses Argument besagt, dass die Idee eines rechtlich gesicherten Pluralismus dann in Widerspruch tritt zur Politik, wenn wir unter Politik nicht bloß einen Ausgleich von Interessen, sondern den Prozess vernünftiger Willensbildung begreifen. Dieser Vernunftanspruch der Politik steht im Gegensatz zur Pluralität der Meinungen. Denn zwar müssen im Prozess der Willensbildung – solange er sich vollzieht – alle verschiedenen Überlegungen zu Wort kommen können. Das ist eine Forderung seiner Vernünftigkeit; eine Meinung vorweg auszuschließen gefährdet die Wahrheit des Ergeb-

nisses. Aber wenn der Prozess zu einem Abschluss gekommen ist, also zu einer Entscheidung geführt hat und diese Entscheidung beanspruchen kann, vernünftig und daher allgemein zu sein (was sonst?), kann die in diesem Prozess unterlegene, gegenüber der Entscheidung dissentierende Ansicht nur die unvernünftige Position sein. Es kann nicht vernünftig sein, der vernünftigen Entscheidung zu widersprechen. Deshalb lautet die These in *Kritik der Rechte*, dass der liberale Pluralismus, der unter Absehung von ihrer Vernünftigkeit alle „Meinungen“ gleich gelten lässt, keine *politische* Position sein kann.

Denninger findet dieses Argument nicht nur unverständlich, sondern totalitär. Es erinnert ihn an „schauerliche Beispiele massenhafter Einmütigkeit aus der (deutschen) Geschichte“ (323). Die Alternative zu einem solchen Totalitarismus kann nach Denninger allein die moderne „Alternanzdemokratie“ sein, die „politisch‘ vom ‚Kampf der Meinungen‘ und dem jederzeit möglichen Wechsel zwischen Mehrheit und Minderheit, Regierung und Opposition“ lebt (ebd.). Genau gegen diese Alternative von Totalitarismus und indifferentem Meinungspluralismus richten sich die Überlegungen, die *Kritik der Rechte* am Schluss skizziert (eine Theorie der Politik auszuarbeiten, liegt jenseits der Absichten des Buches). Zugleich ist dies der eingangs genannte Punkt, an dem die Kritik der Rechte, die das Buch entwickelt, ihre Rettung ist. Es geht in *Kritik der Rechte* um die Rettung der Rechte vor ihrer bürgerlichen Form: ihre Rettung als „Gegenrechte“.

Diese Rettung gilt dem Einspruch, den die moderne Form der Rechte gegen die Herrschaft des Rechts richtet, soweit diese Herrschaft immer, also notwendig und strukturell, Gewalt bedeutet. Die Genealogie der Figur der Rechte, die *Kritik der Rechte* entwickelt, identifiziert als ihren Grund den Einspruch gegen die Gewalt des Rechts. Denninger hat daher ganz recht, wenn er schreibt, dass es in *Kritik der Rechte* um „den Traum von Herrschaftslosigkeit, von An-Archie“ geht (326).<sup>3</sup> Aber Denninger sieht nicht, dass dies nicht mein Traum ist, sondern derjenige, den die Rechte selbst träumen – der Traum, ohne den es sie gar nicht gäbe; die Rechte gründen in dem anarchischen Impuls, nicht regiert zu werden. Dass jede Figur der Rechte diesen Impuls nur in paradoxer Weise realisieren kann, ist offensichtlich. In der Figur eines anderen Rechts – eines Rechts der „Gegenrechte“, mit dessen Skizze *Kritik der Rechte* schließt – geht es um die Rettung dieses anarchischen Anspruchs am Grund der Rechte. Rechte als „Gegenrechte“ sichern und schützen das Dissentierende, Idiosynkratische und Singuläre. Gerade das vermag der liberale Pluralismus nicht zu leisten. Denn er verharmlost das Idiosynkratische zu bloß einer weiteren Meinung und setzt damit die vernünftige politische Entscheidung ihrerseits zu einer bloßen Meinung herab. Indem der liberale Pluralismus bloß gleichgültige Meinungen kennt, löst er die Spannung – die Spannung zwischen Politik und Idiosynkrasie, Allgemeinem und Singulärem, Vernunft und Nichtvernunft – auf, auf deren Ermöglichung die Idee eines „anderen Rechts“ zielt. Wer das als eine bloße „Utopie“ abtut (326), predigt Resignation. Denn in nichts anderem als dem Vollzug dieser Spannung besteht das Gelingen des menschlichen Lebens. Und worum sonst als die Ermöglichung gelingenden Lebens geht es in der öffentlichen Ordnung des Rechts?

3 Merkwürdig nur, dass Denninger sich nicht fragt, wie dies mit seinem kurz zuvor erhobenen Einwand zusammenggeht, dass meine Konzeption in *Kritik der Rechte* totalitäre Züge trage. Welcher der beiden Abweichungen von der verfassungsmäßigen Ordnungen macht sich *Kritik der Rechte* denn nun schuldig: Ist meine Position totalitär oder anarchistisch? Oder beides?