

Recht und sozialer Wandel: Zur immanenten Kritik eines widersprüchlichen Zusammenhangs

Ausgangsproblem: Es besteht ein Spannungsverhältnis zwischen dem modernen Recht und emanzipatorischem Wandel in der Gesellschaft.

- a. Das moderne Recht *verwirklicht* Wandel: Die Abschaffung der Sklaverei sowie die progressive Einbeziehung von Frauen, Eigentumslosen und rassifizierten Minderheiten in moderne Gesellschaften sind nicht ohne den Erlass von Gesetzen und politischen Rechten zustande gekommen.
- b. Das moderne Recht *blockiert* Wandel: Kapitalistische Ausbeutung, die Feminisierung der Armut sowie rassistische Grenzregimes werden nicht zuletzt von modernen Rechtsordnungen ermöglicht und aufrechterhalten.
- c. Die Möglichkeit, Wandel zugleich zu verwirklichen und zu blockieren, ist dem modernen Recht konstitutiv.

Fragestellung: Wie ist die „Janusköpfigkeit“ des Rechts gegenüber emanzipatorischem Wandel in der Gesellschaft zu begreifen?

Hypothese: Betrachtet man das Recht als eine Problemlösungsinstanz angesichts der Rechtfertigungsbedürftigkeit von Herrschaftsverhältnissen in modernen Gesellschaften, so stellt sich dieses Spannungsverhältnis als ein Widerspruch zwischen dessen normativen und funktionalen Legitimationsforderungen heraus.

Forschungsstand: Die Frage nach der „Janusköpfigkeit“ des Rechts ist der kritischen Theorie geläufig.

- A. Bei Habermas fungiert das Recht als Kategorie der gesellschaftlichen Vermittlung zwischen Faktizität und Geltung. Das Recht soll diese Spannung zugunsten von sozialer Integration austarieren. Dies erfordert eine Versöhnung dessen, was Habermas die rechtliche „Aufspaltung der Autonomie“ nennt. Damit wird gemeint, Rechtssubjekte vermögen sich entweder als Adressaten oder als Autoren des geltenden Rechts zu betrachten. In Wahrheit seien aber private und öffentliche Autonomie, dessen jeweilige Prinzipien Menschenrechte und Volkssouveränität lauten, gleichursprünglich. Ein prozeduralistisches bzw. diskurstheoretisches Rechtsparadigma hat das aufzuweisen.
Bei Honneth findet die Versöhnung jener „Doppelnatur“ der von subjektiven Rechten verbürgten Autonomie nicht diskurstheoretisch, sondern vielmehr nach einem Grundriss demokratischer Sittlichkeit statt. In beiden Fällen handelt es sich aber um ein Modell interner Kritik, dessen Zweck in einer besseren institutionellen Verwirklichung vom normativen Ideal der Autonomie besteht. Beide Ansätze verschleiern dadurch die Widersprüchlichkeit der modernen Rechtsform und verfehlen ihre problemgetriebene Krisenhaftigkeit.
- B. Menkes *Kritik der Rechte* versucht, jener widersprüchlichen Aufspaltung des Subjekts Rechnung zu tragen. Die Kritik besagt, das Subjekt sei als aktiver Teilnehmer und passiver Nichtteilnehmer des Sozialen wesentlich gespalten. Subjektive Rechte vollziehen aber eine identifizierende Trennung beider Bestimmungen, welche dann durch die Form des Gesetzes im Eigenwillen des Subjekts positiviert werden. Diese für das moderne Recht charakteristische Dynamik der gesetzförmigen Positivierung, Naturalisierung und Entpolitisierung von privaten Ansprüchen tut dem in Wahrheit gespaltenen Subjekt unrecht. Insofern muss „das neue Recht“ die identifizierende Form des Gesetzes selbst angreifen und durchbrechen.
Bei Loick geht es ebenfalls darum, die rechtliche Subjektivierung in ihren pathologischen Wirkungen bloßzustellen. Das moderne Recht, so die These, bringt ideologisch verblendete,

emotional verarmte, kommunikativ ausgedörrte und politisch passivierte Subjektivitäten hervor. Stattdessen soll ein „menschliches Dasein“ des Gesetzes geschaffen werden, welches anders als entsetzlich wirkt. In beiden Fällen handelt es sich um ein Modell *genealogischer Kritik*, dessen Ziel eine radikale Überwindung der bestehenden Rechtsform ist. Indem beide Ansätze allerdings die moderne Rechtsform pauschal verurteilen, schlagen sie Alternativen vor, die sich normativ auf andere, der Rechtsform *externe* Kriterien stützen. Insofern argumentieren sie letztendlich eher anthropologisch. So wird das transformative Potenzial verfehlt, das der Widersprüchlichkeit im modernen Recht innewohnt.

Vorschlag: Die Frage nach der Janusköpfigkeit des Rechts ist anhand einer *immanenten Kritik* zu behandeln.

- A. Immanente Kritik begreift die Widersprüchlichkeit im modernen Recht als ein konstitutiver Gegensatz zwischen dem *modernen* Recht und dem modernen *Recht*, das heißt zwischen dessen normativen und funktionalen Legitimationsforderungen. Normativ betrachtet hat sich das *moderne* Recht dadurch zu legitimieren, dass es eine formale Möglichkeit reflexiven Wandels enthalten muss, welche sich immanent aus der demokratischen Rechtsdynamik zwischen subjektiven Rechten und der positiven Rechtsordnung ergibt (Hans Kelsen). Das *moderne* Recht ist insofern kritikfähiges Recht. Funktional betrachtet hat sich eher das moderne *Recht* dadurch zu legitimieren, dass es sittliche Kohäsion in komplex ausdifferenzierten Gesellschaften bewerkstelligen muss. Dies erfordert aber ein komplementäres Austarieren zwischen mechanischen und organischen Solidaritätsformen, die paradigmatisch vom Straf- und Zivilrecht jeweils sanktioniert werden (Émile Durkheim). Indem das Recht die Sittlichkeit in einer positivierten Form ausdrückt, wird es von dieser reflexiv bekräftigt. Das hat dennoch die ambivalente Kehrseite, dass es zu einer ideologischen Naturalisierung der rechtlichen Autorität führt. Dadurch verwandelt sich ihre funktionale Legitimationsforderung in einen normativen Legitimitätsanspruch, der sich seiner Form nach als kaum kritikfähig darstellt. Das *moderne* Recht gerät mit dem modernen *Recht* in Konflikt.
- B. Immanente Kritik versucht allerdings nicht, diese problemgetriebene Krisenhaftigkeit im modernen Recht zugunsten von sozialer Integration auszutragen. Es kommt vielmehr darauf an, sie so zu erfassen und zuzuspitzen, dass sich daraus transformative Konflikte qua Legitimationskrisen ergeben können. Dies erfordert eine sachliche Vertiefung in die Analyse und Kritik der rechtlichen Janusköpfigkeit gegenüber emanzipatorischem Wandel in der Gesellschaft. Die Aufhebung des Nachtarbeitsverbots (BVerfGE 85, 191) wäre ein veranschaulichendes Beispiel dafür. Die Frage, auf die dann legitimationstheoretisch einzugehen ist, lautet: Wie geht das *moderne* Recht mit gesellschaftlichem Unrecht um? Normativ betrachtet nötigt gesellschaftliches Unrecht ja zum rechtlichen Wandel. Funktional betrachtet führt das aber oft zu einer Bekräftigung des geltenden Rechtssystems und dessen entsprechender Herrschaftsverhältnisse (Hauke Brunkhorst). Dieser schicksalhafte Widerspruch lässt sich im Recht weder versöhnen noch auflösen. Es stellt vielmehr den immanenten Zusammenhang dar, aus dem soziale Akteur*innen die bestehende Rechtsform zu transzendieren haben.
- C. Immanente Kritik soll im Rahmen des modernen Rechts die reale Möglichkeit einer „Transzendenz von innen“ artikulieren. Dies erfordert aber eine Auseinandersetzung mit sozialen Praktiken, Bewegungen und Kämpfen, die das bestehende Recht verändern wollen. Eine Schlüsselkategorie dafür wäre die vom zivilen Ungehorsam, dessen Begriff sich als Reaktion auf rechtliche Legitimationskrisen deuten lässt.