

KOMMENTARE

Erhard Denninger

Ende der ‚subjektiven Rechte‘?

Anmerkungen zu Christoph Menke, Kritik der Rechte

Christoph Menke legt eine „Kritik der Rechte“ vor, welche hier in fünffacher Hinsicht auf ihre Stichhaltigkeit geprüft werden soll.¹ Kritik erfordert erstens Menkes These von der „realen“, „ontologischen“ Falschheit des bürgerlichen Rechts (1). Damit ist offensichtlich nicht gemeint, dass das bürgerliche Recht, gemessen an seinem normativen Inhalt, also etwa hinsichtlich seiner Gerechtigkeitsvorstellungen, falsch sei, sondern die („ontologische“, seinsmäßige) Falschheit soll in dem Selbstwiderspruch liegen, den die „Grundoperation“ der Rechte als *subjektive Rechte* begründe. Zweitens bedarf gerade die Figur des subjektiven Rechts im Verständnis Menkes als Ausdruck und Sicherung des „Eigenwillens“ des Subjekts einer kritischen Betrachtung (2). Drittens stellt sich die Frage, in welchem Sinn und mit welcher Berechtigung von der „Aporie der bürgerlichen Verfassung“ gesprochen werden darf.² (3) Im Zusammenhang damit muss auch gefragt werden, ob Menkes Kritik der subjektiven Rechte mit einem modernen Verständnis der Grundrechte in einer freiheitlich-demokratischen sozialstaatlichen Verfassung vereinbar ist oder nicht. Dies zwingt viertens notwendig die antiindividualistischen und antipluralistischen Thesen des Autors auf den Prüfstand, wenn er sie in der Feststellung kulminieren lässt: „Im politischen Prozeß schließen sich Vernunft und Pluralismus aus.“³ (4) Schließlich wird die Neugierde unbezwingbar, Aufklärung über die das „neue Recht“ des Autors konstituierenden „Gegenrechte“ zu erfahren, was für die denkbaren Verfahren ebenso wie für die denkbaren Subjekte derselben gilt (5).

1. Von *Niklas Luhmann* stammt die Beobachtung, der Gedanke *subjektiver Rechte* gehöre zu den „markantesten Figuren spezifisch neuzeitlichen Rechtsdenkens“.⁴ Dem widerspricht Menke nicht. Aber während Luhmann den „eigentlichen Grund“ für diese Herausbildung, vorsichtig urteilend, in der jahrhundertelangen allmählichen Evolution zur vollen Positivierung des Rechts „vermutet“,⁵ bestimmt Menke, ohne jede historische Einbettung, die Figur des subjektiven Rechts als zentrale Bestimmung des „bürgerlichen Rechts“ und dieses als die „geschichtlich und gesellschaftlich herrschende Gestalt des

1 C. Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015.

2 Menke (Fn. 1), 316 ff.

3 Ebd., 362.

4 N. Luhmann, Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft, in: Luhmann, Gesellschaftsstruktur und Semantik, Band 2, Frankfurt 1981, 45 ff.

5 Ebd., 47. Die Anfänge der Entwicklung sieht er im 16. Jahrhundert, 48 ff.

DOI: 10.5771/0023-4834-2018-3-316

modernen Rechts.⁶ Dieses Recht bringt sich durch den Akt der *Selbstreflexion* selbst hervor; diese ist „nichts anderes als die Reflexion der Selbsthervorbringung des Rechts.“⁷ Mag man dieser Formel, etwa ausgehend von Luhmanns Verständnis des Rechts als eines „geschlossen-selbstreferentiellen Kommunikationszusammenhangs“,⁸ noch folgen, so endet diese Bereitschaft bei der Folgerung, die Menke zieht, um die „Falschheit“ des bürgerlichen Rechts zu begründen. Sie liege in dem Widerspruch, dass die Figur des subjektiven Rechts den sie begründenden Akt der Selbstreflexion des Rechts zugleich verstelle und verzerre, indem sie ihn *blockiere*.⁹ Dieser Akt wird ohne nähere Begründung oder Erläuterung als „revolutionäre Prozessualisierung“ beschrieben. Weder erfährt man irgend etwas über die Ursachen und das Verfahren dieses Vorganges oder über die daran Beteiligten noch wird deutlich gemacht, inwiefern und weshalb die Selbstreflexion des Rechts als „revolutionär“ charakterisiert werden muss (oder kann). Immerhin erläutert Menke, worin nach seiner Auffassung der „ontologische Fehler“ des bürgerlichen Rechts besteht. Er liege in der „empiristischen oder positivistischen Bestimmung der Seinsweise der Materie“ des Rechts, darin, das „wirksame Materielle als positiv Gegebenes aufzufassen.“¹⁰ Aber dieses falsche „empiristische Verständnis der Selbstreflexion des Rechts“, räumt Menke ein, ist im bürgerlichen Recht zur einzigen wirklichen Gestalt des modernen Rechts geworden, die wir kennen. Das andere, *wahre* Recht gibt es (noch) nicht.¹¹ Es dürfte allerdings schwierig werden, die Kritik des (falschen) bürgerlichen Rechts anhand eines Maßstabes zu leisten, den es erklärtermaßen (noch) gar nicht gibt.

2. Im Zentrum der Kritik des „bürgerlichen Rechts“ steht die Anerkennung des „Eigenwillens“ der Subjekte als subjektives Recht. „*Bürgerliches Recht ist das Recht, das den Eigenwillen des Subjekts voraussetzt*.“¹² Menke bestimmt, Carl Schmitt folgend, den subjektiven Eigenwillen als Feld „unbegrenzter“ Freiheit und dementsprechend das bürgerliche Eigentum als ausschließliches und unbegrenztes Verfügungsdürfen über eine Sache.¹³ Auch abgesehen davon, dass das bürgerlichrechtliche Privateigentum des § 903 BGB spätestens seit dem Naßauskiesungs-Beschluss des Bundesverfassungsgerichts vom 15.7.1981¹⁴ nicht mehr im Sinne eines unbegrenzten Eigentümerbeliebens begriffen werden darf, sondern seine Schranken gemäß dem Sozialstaatsgebot des Art. 14 Abs. 2 GG erfährt, bedarf die vorgelegte Analyse des „Eigenwillens“ prinzipieller Kritik. Dieser soll nämlich nur darin bestehen, „von der Sittlichkeit der Willensgehalte und der Selbständigkeit des Willensvollzugs abzusehen – und sich damit das Gemeinsame, in dem es sittliche Gehalte und freie Vollzüge allein gibt, anzueignen“.¹⁵ Das dem „traditionellen“ Recht eigentümliche Verbot eines unsittlichen, unfreien und egoistischen Wollens sei „ontologisch“ begründet: es folge aus dem Begriff oder Sein des Wollens. Der durch die Form subjektiver Rechte legalisierte Eigenwille der Subjekte des bürgerlichen Rechts, als ein

6 Menke (Fn. 1), 165.

7 Ebd., 131.

8 Luhmann (Fn. 4), 102.

9 Menke (Fn. 1), 165 f.

10 Ebd., 169.

11 Ebd., 170.

12 Ebd., 249; Hervorh. im Orig.

13 Ebd., 236, 248.

14 BVerfGE 58, 300 (bes. 336).

15 Menke (Fn. 1), 251.

unsittliches, unfreies und egoistisches Wollen sei hingegen „in Wahrheit gar kein Wollen, sondern bloßes Begehren“, das auch kein Recht beanspruchen könne.¹⁶

Auch Niklas Luhmann stellt im Zusammenhang seiner Kritik des Begriffs der „subjektiven Rechte“ die Frage nach der Bedeutung und möglichen rechtsbegründenden Funktion des „Subjekts“. „Die Idee der Begründung allen Rechts auf Subjektivität wird nicht mehr verstanden“, meint er.¹⁷ Es entspreche „der Situation, wenn als Subjekt eine prinzipiell grenzenlose Bedürftigkeit und Begehrlichkeit angesprochen wird.“ Aber, anders als Menke, ist Luhmann weit davon entfernt, die „grenzenlose Begehrlichkeit“ in Gegensatz zum (rechtlich relevanten) „Wollen“ zu bringen, weil dieses „ontologisch“ nur als sittliches, freies und nicht egoistisches Wollen zu begreifen sei. Derlei unabgesicherte, nicht einmal explizierte Behauptungen zur „Ontologie“ einer Kategorie des Seienden sind rechtstheoretisch ohne Wert.

Aber nicht nur die „philosophische“ Methode, auch die *inhaltlichen* Aussagen Menkes zur Konstitution des durch die Legalisierung des Eigenwillens hervorgebrachten „Subjekts“ erfordern kritische Betrachtung.

Zwei Momente seien für den Eigenwillen kennzeichnend, „bringen ihn hervor“: Seine „Abstraktion von der Normativität und seine Appropriation des Sozialen“.¹⁸ Was damit gemeint ist, erläutert Menke im Vergleich zum „traditionellen Recht“, das die rechtliche Geltung des Willens an seine „Tugend oder Vernunft“ band. In dessen Tradition „heißt vom Sittlichen zu abstrahieren: unsittlich oder lasterhaft zu sein; von der Autonomie zu abstrahieren heißt, unfrei oder sklavisch zu sein; sich das Gemeinsame aneignen: ungerrecht oder egoistisch zu sein.“ Mit dieser Verengung der Perspektive allein auf die negativwertigen Möglichkeiten des rechtlich relevanten Wollens zerstört Menke die Chance, die Privatrechtsordnung ebenso wie die Verfassungsordnung insgesamt an einem Menschenbild zu orientieren, wie es dem Grundgesetz zugrunde liegt: Dies ist nämlich nicht das Bild eines „isolierten souveränen Individuums“, nicht das eines nur egoistischen und schon gar nicht eines nur unsittlichen oder lasterhaften, unfreien oder sklavischen Einzelnen; vielmehr hat das Grundgesetz „die Spannung Individuum – Gemeinschaft im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit der Person entschieden, ohne dabei deren Eigenwert anzutasten.“¹⁹ Dabei ist, worauf *Konrad Hesse* besonders aufmerksam gemacht hat, in der Gesamtrechtsordnung „das Verfassungsrecht von entscheidender Bedeutung für das Privatrecht, das Privatrecht von entscheidender Bedeutung für das Verfassungsrecht.“²⁰ Denn die Grundrechte, diese *subjektiven Rechte par excellence*, vor allem natürlich die „Kommunikationsgrundrechte“ der Meinungsfreiheit und der Vereinigungs- oder Versammlungsfreiheit, aber keineswegs nur diese, „normieren den Status von Bürgern, die sich nicht bloß in einer Sphäre privater Beliebigkeit gegen den „Staat“ abschirmen, sondern die frei und selbstverantwortlich ihr Leben gestalten und an den Angelegenheiten des Gemeinwesens mitwirken sollen.“²¹ In Ergänzung

16 Ebd., 252.

17 Luhmann (Fn. 4), 97. Als einzigen Beleg zitiert er Luis Recasens Sichens mit einem Aufsatz aus dem Jahr 1926. Auch zum Folgenden.

18 Menke (Fn. 1). Auch zum Folgenden.

19 BVerfG schon 1954: BVerfGE 4, 7 (15 f.).

20 K. Hesse, *Verfassungsrecht und Privatrecht*, Heidelberg 1988, 39.

21 Hesse, *Grundzüge des Verfassungsrechts der Bundesrepublik Deutschland*, 20. (letzte) Aufl., Heidelberg 1995, Rn. 288. Ähnlich auch Horst Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover 1993, 38 ff.

der Jellinek'schen Statuslehre habe ich diese Teilhabefunktionen, die keine „Appropriationen“ sind, im Begriff des staats hervorbringenden Zustands, des *status constituens* zusammengefasst.²²

2. Menke sieht sich insoweit noch durchaus in Einklang mit dem *mainstream* gegenwärtiger Staatsrechtslehre, als er die Grundrechtserklärungen bürgerlicher Verfassungen als eine „Systementscheidung zugunsten von *Freiheit schlechthin*“ versteht.²³ Aber mit dem nächsten Schritt verlässt er das weite, vielgestaltige Feld der Grundrechte-Interpretation, wie es spätestens seit dem Lüth-Urteil von 1958 eröffnet ist.²⁴ Er begreift die Legalisierung des Eigenwillens durch die Anerkennung subjektiver Rechte des bürgerlichen Rechts und der Grundrechte als Rechte auf subjektive Rechte²⁵ als eine „ontologische Innovation“, die „für das traditionelle Verständnis“ „paradox, ja monströs“ war, weil „[n]ichtsittlich, unfrei und asozial zu wollen [...] durch die Form der subjektiven Rechte zu einer nichtprivativen, ursprünglichen Möglichkeit“ geworden sei. Hier wird der negative Grenzfall eines denkmöglichen Rechtssubjekts – soweit dies in den Grenzen der bürgerlichen Rechtsordnung überhaupt möglich erscheint – zum gesellschaftsprägenden Modell hochstilisiert. Dies widerspricht dem Menschenbild des Grundgesetzes, das von der freien, selbstbestimmten und selbstverantwortlichen Person ausgeht, die aber als „gemeinschaftsgebundene“ auch „berufen ist, menschliches Zusammenleben verantwortlich mitzugestalten.“²⁶ Dies entspricht nun aber einem erweiterten Verständnis der Grundrechte, die längst nicht mehr nur als Schranken und Abwehr staatlicher Eingriffe in die „Privatsphäre“ der Bürger begriffen werden. Horst Dreier kommt in seiner eindringenden Untersuchung zu den insbesondere in der Verfassungsrechtsprechung entfalteten „Dimensionen der Grundrechte“²⁷ zur Feststellung einer „an ein Wunder grenzende[n] Verwandlung der Grundrechte“: „Aus Normen, die in ihrer [...] Urfunktion den Staat ausgrenzen und fernhalten sollen, wird nun der Ausgangspunkt für die Statuierung von Staatsaufgaben.“

Demokratische Politikgestaltung findet ihren verfassungsrechtlichen Rahmen und ihre Ermächtigung somit nicht allein in so genannten Staatsstrukturbestimmungen (z.B. als rechtsstaatlicher und sozialer Bundesstaat), in „Staatszielen“ (z.B. „Sozialstaat“) oder mehr oder weniger weit gefassten „Verfassungsaufträgen“ (z.B. Herstellung der Gleichberechtigung von Mann und Frau, Schutz der „natürlichen Lebensgrundlagen“), sondern auch in den objektiv-rechtlichen Gehalten der Grundrechte. Diese können in ein nur politisch aufzulösendes Spannungsverhältnis zueinander treten, wenn etwa grundrechtlich fundierte staatliche Schutzpflichten Grundrechtseinschränkungen bei „dritten“ Grundrechtsinhabern erfordern, indem sie z.B. deren Wirtschafts- und Eigentumsfreiheit (gesetzlich) beschränken. Die jeweils zu treffenden politischen „Kompromisse“ werden durch die Rechtsform „subjektiver Rechte“ weder auf der verfassungsrechtlichen noch auf der einfachgesetzlichen Ebene berührt. (Der individuelle subjektiv-rechtliche Rechtsschutz ist bis zur höchsten, verfassungsgerichtlichen Ebene gewährleistet.) Angesichts

22 Denninger, Polizei in der freiheitlichen Demokratie, 1968, 33 ff.; ders., Staatsrecht 1, Reinbek 1973, 28 ff.; ders., Der gebändigte Leviathan, Baden-Baden 1990, 10 (14 ff.).

23 So etwa Dieter Grimm, Die Zukunft der Verfassung, Frankfurt 1991, 69, zitiert bei Menke (Fn. 1), 316.

24 BVerfGE 7, 198 (205 ff.).

25 Menke (Fn. 1), 316.

26 Hesse (Fn. 20), 43.

27 Dreier (Fn. 21), 49.

dieser Möglichkeiten macht es keinen Sinn, wie Menke²⁸ von einer „Aporie der bürgerlichen Politik der sozialen Sicherung“ oder gar der „Aporie der bürgerlichen Verfassung“ zu sprechen.

Unter einer „Aporie“ versteht man gemeinhin (wörtlich) eine „Ausweglosigkeit“ oder aber eine scheinbar unauflösliche Widersprüchlichkeit der Ergebnisse mehrerer vermeintlich logischer Argumentationen zum selben Gegenstand. Das Aporetische einer „bürgerlichen Verfassung“ sieht Menke darin, dass sie ihr Ziel, die Herstellung und Bewahrung der „bürgerlichen Gesellschaft“ als einen „gegenüber der politischen Regulierung autonomen Zusammenhang“ aufgrund ihrer „immanenten Krisenhaftigkeit“ nur durch beständige politische Interventionen erreichen kann – Interventionen, die jedoch wegen ihrer verfassungsmäßigen Bindung an die Form subjektiver Rechte wiederum gerade jenen autonomen Zusammenhang der bürgerlichen Gesellschaft hervorbringen, welcher dann wieder eine politische Regulierung erforderlich macht. „Die bürgerliche Politik der Grundrechte ist ebenso notwendig wie ohnmächtig. Sie bringt selbst das Problem hervor, dessen Lösung sie sein will.“²⁹ Aber ähnlich, wie bei dem vielzitierten, scheinbar aporetischen Wettlauf zwischen Achilles und der Schildkröte die Aporie zerfällt, sobald man den Faktor ‚Geschwindigkeit‘ vergleichend einführt, verliert die „bürgerliche Verfassung“ ihren aporetischen Charakter, wenn man den „autonomen Zusammenhang“ der bürgerlichen Gesellschaft nicht (mehr) schlechthin als im Gegensatz zur „politischen Regulierung“ begreift. Das beschriebene erweiterte Verständnis der (nach wie vor auch „subjektiven“) Grundrechte ermöglicht dies.

Oder anders gewendet und in der Sprache der Verfassungsrechtler: Der Grundsatzstreit, der schon 1953 die Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer beherrschte, ging, kurz gesagt, um die Frage, ob der im Grundgesetz statuierte Grundsatz des „sozialen Rechtsstaats“³⁰ überhaupt widerspruchsfrei normativ, d.h. als *Rechtsgrundsatz* des Verfassungsrechts gedacht werden könne. *Ernst Forsthoff* hat dies mit der Begründung verneint,³¹ eine Ermöglichung der Gewährleistungsfunktion der Verfassung nur im Rahmen dessen, „was von der jeweiligen Mehrheit und ihrer Regierung als sozial verstanden wird“, wäre „die Vernichtung des Rechtsstaats“.³² Forsthoffs Rechtsstaatsbegriff gleicht in einem entscheidenden Punkt der „bürgerlichen Verfassung“ Menkes: Beide betonen den den gesellschaftlichen status quo gewährleistenden beziehungsweise ihn gewährleisten sollenden Charakter der nur als „Ausgrenzungen“ verstandenen „klassischen“ Grundrechte; beide lehnen, wenngleich mit unterschiedlicher Begründung, einen verfassungsrechtlichen Auftrag des „bürgerlichen Rechtsstaats“ zur Gestaltung der Sozialordnung ab.³³

28 Menke (Fn. 1), 324, 325.

29 Ebd., 325.

30 Art. 28 Abs. 1 Satz 1 GG, vgl. auch Art. 20 Abs. 1 GG.

31 E. Forsthoff, Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, Heft 12 der Veröffentlichungen der Vereinigung der Deutschen Staatsrechtslehrer, Berlin 1954, Leitsatz XV, 36: „Sozialstaat und Rechtsstaat lassen sich auf der Verfassungsebene nicht verschmelzen“.

32 Ebd., 25 f.

33 Ebd., 34, Leitsatz IV: „Der Rechtsstaat ist nach der Ordnung des Grundgesetzes der primäre und mit allen Rechtsgarantien ausgestattete Wert.“ Ein Ausbau des Sozialstaats auf Kosten jenes sei grundgesetzwidrig. Nach Menke (Fn. 1), 325, muss eine „politische“, gleich sozialstaatlich gestaltende Intervention in die bürgerliche Gesellschaft schon an der gebotenen Form subjektiver (d.h. durch „Eigenwillen“ begrenzter) Rechte scheitern.

Die Gegner der Forsthoff'schen Position (etwa *Wolfgang Abendroth*, *Otto Bachof*, *Hans Peter Ipsen* u.a.) erkannten in der Sozialstaatlichkeit des Grundgesetzes hingegen die klare „Konsequenz der Aufhebung des Glaubens an die immanente Gerechtigkeit der bestehenden Wirtschafts- und Gesellschaftsordnung.“³⁴ In bewusster Abkehr von der Konzeption des nur „liberalen“, „bürgerlichen“ Rechtsstaats als bloßem „Rechtswahrstaats“ bedeute der *soziale* Rechtsstaat des Grundgesetzes „Ermächtigung und Auftrag des Staates zur Gestaltung der Sozialordnung.“ Inhaltlich sei dieser Auftrag „auf Herstellung und Wahrung sozialer Gerechtigkeit und auf Abhilfe sozialer Bedürftigkeit“ gerichtet.³⁵ Im Lichte dieser „Sozialstaatserklärung“ müssten grundsätzlich alle Grundrechte, besonders aber der Gleichheitssatz des Art. 3 GG neu interpretiert werden. Hier machen sich freilich Unterschiede geltend: Während Otto Bachof ein System des „Ausgleichs“ erkennt, eine Absage nach *beiden* Seiten, sowohl an die „Allmacht des Gesetzgebers (auch auf sozialordnendem Gebiet)“ wie an die „Bindungslosigkeit des Individuums und an die Autonomie der Sozialordnung“, findet Wolfgang Abendroth in der Verknüpfung von Rechtsstaats-, Sozialstaats- und *Demokratie*prinzip den Auftrag, vor allem den Gleichheitssatz und den Gedanken der Selbstbestimmung im Wirtschafts- und Arbeitsleben zu verwirklichen.³⁶ Liberale, bisher nur als „Ausgliederungsrechte gegenüber der Staatsgewalt“ gedachte Grundrechte müssten in Teilhaberechte umgedacht und, soweit möglich, mit ihrem früheren „Ausgliederungscharakter“ „versöhnt“ werden.³⁷

Bemerkenswert, weil viel spätere Entwicklungen weit vorwegnehmend, ist der Vorstoß Otto Bachofs auf dieser Linie. Mit deutlicher Kritik an der damaligen Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts³⁸ sieht er ein „Mindestmaß an sozialer Sicherheit“ in der Garantie der Menschenwürde des Art. 1 Abs. 1 GG. Und in dieser in ihrer Verbindung mit dem Grundrecht auf Leben und körperliche Unversehrtheit (Art. 2 Abs. 2 GG) sei auch eine positive Gewährleistung des Existenzminimums verankert.³⁹

Jedoch fehlt auch bei Bachof hier eine klare Aussage in Richtung auf Anerkennung eines *subjektivrechtlichen* individuellen Leistungsanspruchs.

Das Bundesverfassungsgericht brauchte fast sechzig Jahre, bis es schließlich 2010 einen auch subjektivrechtlichen Leistungsanspruch auf das durch Gesetz zu bestimmende, historisch-kulturell, ökonomisch und technisch relative Existenzminimum anerkannte.⁴⁰ Die Subjektivierung dieses Anspruchs wird, als sei sie selbstverständlich, denkbar knapp durch die bloße Verweisung auf eine frühere Entscheidung „begründet“. ⁴¹ In dieser wird die Garantie der Menschenwürde als ein „fundamentaler Wert- und Achtungsanspruch verstanden, der es verbietet, „die Subjektqualität“ des Menschen „prinzipiell in Frage“ zu stellen. Von Beginn an hat das Gericht die Garantie des Art. 1 Abs. 1 GG *objektivrecht-*

34 So W. Abendroth, in: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 91, Leitsatz 3.

35 So Otto Bachof, der Mitberichterstatter 1953, in: Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates, VVDStRL 12 (1954), 80, Leitsatz 2, zum Folgenden Leitsatz 6. Bachof ist neben Forsthoff als der zweite der bedeutendsten Verwaltungsrechtler jener Zeit anzusehen.

36 W. Abendroth (Fn. 34 31), 91, Leitsatz 6.

37 Ders. (Fn. 34 31), 87.

38 BVerfGE 1, 97 (104).

39 Bachof (Fn. 35), 42.

40 BVerfGE 125, 175 (222 ff.).

41 BVerfGE 87, 209 (228)(1992) („Horrorfilm“).

lich zu den „tragenden Konstitutionsprinzipien“ der Verfassung gezählt,⁴² und früh schon erkennt es darin das Verbot, „den Menschen zum bloßen Objekt im Staat zu machen“.⁴³ Aber noch in dem Grundsatzurteil von 1977, welches die lebenslange Freiheitsstrafe verfassungsrechtlich rechtfertigt, wird die Möglichkeit des Gefangenen, „je wieder der Freiheit teilhaftig werden zu können“, nicht als ein individueller Rechtsanspruch, sondern nur als eine rechtlich auszugestaltende „Chance“ bestimmt.⁴⁴ Erst das Urteil vom 9. Februar 2010 zum sogenannten „Hartz IV-Gesetz“ bringt diese Entwicklung mit der *Subjektivierung* des Leistungsanspruchs zum Abschluss.

Im Hinblick auf die behauptete „Aporie“ der bürgerlichen Verfassung⁴⁵ bleibt damit zweierlei festzuhalten. Erstens: Es steht nicht im Belieben des Gesetzgebers, weder des Gesetzgebers der „bürgerlichen Gesellschaft“ insgesamt noch eines der mehr oder weniger „autonomen“ sozialen Teilsysteme, ob er subjektive Grundrechte überhaupt und, infolgedessen, weitere subjektive Rechte anerkennen will oder nicht. Eine Verfassung wie die des Grundgesetzes, welche den (individuellen, aber gemeinschaftsgebundenen) Menschen in den Mittelpunkt stellt, kann nicht umhin, ihn als „Rechtssubjekt“ und damit als „Inhaber“ auch von „subjektiven Rechten“ anzuerkennen.

Und zweitens: Der *soziale Rechtsstaat* des Grundgesetzes, der in der Symbiose seiner Elemente des „Sozialen“ und des „Rechtlichen“ spätestens seit jenem Grundsatzstreit der frühen fünfziger Jahre Anerkennung gefunden hat und „Verfassungswirklichkeit“ geworden ist, ist, anders als das von Menke gezeichnete Bild einer „selbstentpolitisierten“ bürgerlichen Gesellschaft,⁴⁶ weder „unpolitisch“ noch „ohnmächtig.“ Er begreift sich nicht als „autonomer Zusammenhang“ gegenüber politischer Regulierung, sondern, ökonomisch gesehen, als *soziale Marktwirtschaft*, die krisenabwehrende Interventionen auf allen Feldern subjektiv- und objektivrechtlich, einfachgesetzlich oder verfassungsrechtlich erfordern und – teils mit, teils ohne Erfolg – durchführen kann.

4. Dass Menke aufgrund seiner Kritik der „subjektiven Rechte“ zu einer spezifisch verengten, um nicht zu sagen: verzerrten Sichtweise des Begriffs von einer „liberalen“ bürgerlichen Gesellschaft kommt, wird deutlich, wenn man die Beziehungen betrachtet, in welche er die Kategorien Allgemeines/Besonderes/Individualität, Politisch/Unpolitisch, Vernunft/Unvernunft/Natur zueinander setzt. Zunächst wird das Politische als „der Prozeß der Verallgemeinerung“ bestimmt, „in dem alle Individuen die Macht der Teilnahme haben, aber durch den einige [...] eine hegemoniale Position erringen.“⁴⁷ Der Prozess ist nur so lange politisch, wie er ein Prozess der Verallgemeinerung ist. Dann, im Moment der Entscheidung im Sinne der hegemonialen Position ist aber das politisch Allgemeine „als bestimmtes, ein besonderes Allgemeines und steht daher, wie alles Besondere, im Konflikt mit anderem Besonderem.“ Das hegemoniale Besondere, das Allgemeines wird, „übermächtigt oder unterdrückt“ anderes Besonderes oder Individuelles. Es bleibt „Macht“. Doch hier geschieht, folgt man Menkes Gedanken, ein Wunder: Der Prozess der politischen Verallgemeinerung und der mit ihm erstrebte „Gewinn von Allgemeinheit ist aber nichts anderes als der Prozeß der Vernunft.“ Folglich kann die „unterlegene“ In-

42 BVerfGE 6, 32 (36) (1957).

43 BVerfGE 27, 1 (6) (1969) mit Verweis auf BVerfGE 5, 85 (204) (1956).

44 BVerfGE 45, 187 (229) (1977).

45 Menke (Fn. 1), 324.

46 Menke (Fn. 1), 325.

47 Menke (Fn. 1), 361, auch zum Folgenden.

dividualität nur die „nichtvernünftige Individualität“ sein. Ein Geheimnis bleibt, wie eine bestimmte Individualität zur Allgemeinheit und darum zur Vernünftigkeit werden kann, und ob und inwiefern andere Individualitäten dies zu erkennen vermögen und sich daran ausrichten wollen. Schon *J.-J. Rousseau* hatte sich unter dem Titel „*Si la volonté générale peut errer*“ mit diesen Fragen vergeblich herumgeschlagen.⁴⁸ Menke macht es sich einfach, indem er die Vielfalt des Besonderen, der Individualitäten für den *politischen* Prozess ausschließt. Denn in diesem „überwinden“ die Teilnehmer „das bloß Besondere und Individuelle“ und urteilen „im Namen des Allgemeinen.“⁴⁹ Über die Möglichkeitsbedingungen hierzu verliert er aber kein Wort. Soll es hier entscheidend auf kognitive Voraussetzungen ankommen, so dass etwa, im diskursethischen Sinn, der „zwanglose Zwang des besseren Arguments triumphiert, oder entscheiden doch nur Faktoren der Macht? Völlig in Widerspruch zu jeglicher Erfahrung setzt sich Menke mit seiner gegen *John Rawls*’ Idee des übergreifenden Konsenses gerichteten *Pluralismuskritik*.⁵⁰ Eine Vielfalt vernünftiger Überzeugungen, so Menke, könne es nur im Bereich des Ethischen geben; „im politischen Prozeß schließen sich Vernunft und Pluralismus aus.“⁵¹ Der Pluralismus sei immer unpolitisch; er sei ein Pluralismus „bloß der Meinungen und daher unvernünftig.“

Hier bleiben entscheidende Fragen ohne Antwort: Wie unterscheidet sich der „politische Prozeß“, den Menke auch als den „Vernunftprozeß der Allgemeinheit“ behauptet, von anderen kommunikativen Vorgängen, also Meinungsaustauschen zu „politischen“ Gegenständen? Soll die „Vernünftigkeit“ einer Meinungsäußerung davon abhängen, ob sie etwa von einem Parlamentarier in einem institutionalisierten „parlamentarischen“ Verfahren erfolgt oder – mit demselben Inhalt – von ihm in einer Talkshow, vor der Presse oder am Stammtisch geäußert wird? Weshalb sollte eine Vielfalt von Meinungen unvernünftig sein, ein einmütiges „Urteil“ hingegen vernünftig? Kennt man nicht genügend schauerliche Beispiele massenhafter Einmütigkeit aus der (deutschen) Geschichte? Eine moderne „Alternanzdemokratie“ lebt „politisch“ vom „Kampf der Meinungen“ und dem jederzeit möglichen Wechsel zwischen Mehrheit und Minderheit, Regierung und Opposition.⁵² Welcher *inhaltliche* Maßstab könnte es rechtfertigen, die bei der Abstimmung knapp unterlegene Minderheit als „unvernünftig“ zu disqualifizieren, die mit ihrem Programm, ihrer „Meinung“ doch vielleicht schon (über)morgen zur das „vernünftige“ Allgemeine bestimmenden Mehrheit wird? Ist es nicht vielmehr bescheidener, aber wirklickeitsnäher, im Mehrheitsprinzip nicht ein dubioses Wahrheitskriterium zu sehen, sondern ein praktisch brauchbares Instrument zur jeweiligen Beendigung des „politischen Prozesses“, dieses, mit den Worten *Rudolf Smends*, „Kampfes mit Integrationstendenz.“⁵³ Gibt man die Schwarzweißmalerei auf, die das Allgemeine als das Vernünftige dem Besonderen gleich dem Individuellen gleich Unvernünftigen konfrontiert, dann muss und kann das Individuelle nicht mehr „als das Nichtvernünftige, das Außersoziale

48 J.-J. Rousseau, *Du Contrat social*, Buch II, Kap. 3.

49 Menke (Fn. 1), 362.

50 Vgl. etwa: J. Rawls, *Die Idee des politischen Liberalismus*, Frankfurt 1992, 293 ff.: Der Gedanke eines übergreifenden Konsenses.

51 Menke (Fn. 1), 362. Auch zum Folgenden.

52 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt 1992, 374, hebt die Bedeutung des Potentials „eines freigesetzten kulturellen Pluralismus“ im politischen Prozess hervor.

53 Vgl. R. Smend, *Verfassung und Verfassungsrecht*, in: *Staatsrechtliche Abhandlungen*, Berlin 1955, 151.

oder Natürliche gedacht werden“.⁵⁴ Das Individuum in seiner Besonderheit, seiner Individualität, ist dann ein ebenso wohl natürlicher wie vernünftiger Teil des „Sozialen“.

5. Das Feld der Kritik des „bürgerlichen Rechts“, das Menke begeht, ist weit genug: Es beginnt bei der „Grundfigur“ des subjektiven Rechts und seiner Interpretation des „nichtsittlichen“, egoistischen „Eigenwillens“ (oben (1) und (2)), es führt über die Behauptung einer „Aporie der bürgerlichen Verfassung“ (o. (3)) zu einer radikalen Kritik des Pluralismus im politischen Prozess ((4)). Doch damit begnügt Menke sich nicht. Er beschreibt seine Vorstellung von der „Ordnung“ eines „neuen Rechts“, jenseits der „bürgerlichen“ Rechtsordnung. Die Rechte des „neuen Rechts“ – Menke nennt sie „Gegenrechte“ – gehen nicht, wie die bürgerlichen „Eigenrechte“, auf ein „vor dem Recht“ positiv „Gegebenes“, sondern sie sind Ansprüche (wessen?) auf ein „vorübergehendes *und* wiederkehrendes – Moment in dem politischen Prozeß des Rechts: das Moment der sinnlichen Affektion in seiner dialektischen Vermittlung mit dem anderen Moment des begrifflichen Bestimmens.“⁵⁵ Der Richter, der sich über eine Rangordnung der zu befriedigenden Hypothekengläubiger Gedanken machen soll, wird mit einem solchen Satz nichts anfangen können. Aber vielleicht wird immerhin deutlich, dass es im „neuen Recht“ nicht auf ein bestimmtes, „positives“ Ergebnis ankommt, sondern auf die Ermöglichung und Aufrechterhaltung des „politischen Prozesses.“ Nichts scheint Menke mehr zu scheuen, wohl gar zu verabscheuen als ein Aufhören, ein „Sistieren“, den Stillstand des „politischen Prozesses“, der ja zugleich ein Verfahren der Läuterung zur „Vernunft“ sein soll. Nur so wird annähernd verständlich, wengleich freilich nicht akzeptabel, dass die Welt der Gegenrechte in Sprachmustern vorgestellt wird, deren Sinn sich einer Betrachtung in normaler zweiwertiger Logik nicht erschließt. So soll das neue Recht den politischen Prozess dadurch ermöglichen, dass es *zugleich* die Teilnahme und die Nichtteilnahme an diesem „sicherstellt“. Noch ‚geheimnisvoller‘ als die Frage der Partizipation erscheint die nach dem Output. Die Bestimmungen – „also Berechtigungen“ des neuen Rechts „müssen *in sich* andere sein: die eine *und* die andere. Die Bestimmungen des neuen Rechts müssen *jeweils* zwei einander *entgegengesetzte* Bestimmungen sein. So ... ist es das „Gesetz des Nichtgesetzes“: „Es enthält die Unbestimmtheit im Gegensatz, im *Zwischen* der Bestimmungen.“⁵⁶ Der Rechte-Inhaber, so es denn einen solchen überhaupt gäbe, wird sich fragen, was er mit diesem „Zwischen“ anfangen kann.⁵⁷

Trotz dieser Gegensätzlichkeit in sich der Bestimmungen des neuen Rechts will Menke auf ihre *Gesetzesform* nicht verzichten. Denn die Regierung beansprucht, „eine vernünftige Entscheidung über das Gerechte zu treffen.“⁵⁸ Aber diese „Gesetze“ des neuen Rechts haben „einen paradoxalen Status: Sie gelten – und sie gelten nicht.“ Sie begründen eine Entscheidung der politischen Regierung, determinieren aber nicht deren weitere, zukünftige Entscheidungen. Nur so, meint Menke, könne eine Entscheidung der politischen Regierung *gerecht* sein. Er beruft sich auf und zitiert *Jacques Derrida*, der die Ge-

54 So aber Menke (Fn. 1), 363.

55 Ebd. 388.

56 Ebd., 394 (Hervorh. i. O.).

57 Auch A. Fischer-Lescano, der Menkes grundsätzliche Kritik am „subjektiven Recht“ gutheißt, sieht doch, dass bei Menke „auch die Gegenrechte letztlich an Personalisierungsformen gebunden bleiben.“ Vgl. Fischer-Lescano, *Subjektlose Rechte*, KJ 2017, 475 (485).

58 Menke (Fn. 1), 400. Zum Folgenden, ebd., 401.

rechtigkeit der Entscheidung des Richters von der „Epoché der Regel“ abhängig sein lässt.⁵⁹ Doch Derridas Analyse trägt Menkes Behauptungen nicht.

Zum einen handelt Derrida von der Entscheidung eines Richters und nicht von der einer „politischen Selbstregierung“ oder eines Gesetzgebers. Zum anderen muss, um „gerecht“ sein zu können, die Entscheidung „frei“ und „verantwortlich“ getroffen werden. Dies kann der Richter aber nur, wenn er einerseits nicht als bloßer Subsumtionsautomat agiert, andererseits nicht ohne jegliche Beziehung auf ein Recht, eine Regel entscheidet. Dies nämlich ist die Epoché der (allgemeinen) Regel: Im Moment der Entscheidung wird sie suspendiert, zurückgehalten, aufgehalten, aber mindestens ihr Prinzip muss in jedem neuen Fall frei bestätigt und bejaht werden.⁶⁰ In diesem Sinne muss das Gesetz immer wieder „erfunden“ werden. Dies bedeutet aber eine Kontinuität der *ratio legis*, die mit der Paradoxie „Geltung zugleich Nichtgeltung“ des Menke’schen neuen Rechts nichts zu tun hat. Wenn dieses die Gründe der politischen Regierung für eine Entscheidung formuliert, aber nicht für ihre „weiteren, zukünftigen Entscheidungen“ (401), dann entsteht vor den Augen des am „bürgerlichen Recht“ geschulten Juristen die Figur des „Maßnahmegesetzes“ oder des „Einzelfallgesetzes“, die freilich der klassischen Form des „allgemeinen“ Gesetzes widerspricht, aber allein damit den Tatbestand der „Gesetzesuntreue“ doch nicht erfüllt.⁶¹

6. Abschließend möchte ich einige Fragen bezeichnen, auf die ich in Menkes „Kritik der Rechte“ keine Antwort gefunden habe.

Erstens: Wie ist in der Welt des „neuen Rechts“, die nicht eine Ordnung der „subjektiven Rechte“, der „Eigenrechte“, sondern eine der „Gegenrechte“ sein soll, eine Demokratie westlichen Typs, etwa die des Grundgesetzes, möglich? Könnte eine solche Demokratie gewaltfrei in eine Staats- und Gesellschaftsordnung nach „neuem Recht“ überführt werden?

Zweitens: Wie kann aus dem als „unvernünftig“ abqualifizierten Pluralismus bloßer „Meinungen“ der allein „vernünftige“ politische Prozess als nichtpluraler hervorgehen?

Und drittens: Kommt der „politische Prozess“ jemals an ein wenn auch immer nur vorläufiges Ende? Wer entscheidet, ob das Gegenrecht der „Berücksichtigung“ des (der) Passiven nach Art und Ausmaß hinreichend „berücksichtigt“ wurde?

Demokratische Herrschaft, in welcher Spielart auch immer, bedeutet die Beteiligung der Rechtsunterworfenen in irgendeiner Form am Prozess der Rechtserzeugung. Oder, mit den Worten von Jürgen Habermas genauer: „Das System der Rechte verlangt die gleichzeitige und komplementäre Verwirklichung von privater und staatsbürgerlicher Autonomie, die, normativ betrachtet, gleichursprünglich sind und sich wechselseitig voraussetzen, weil eine ohne die andere unvollständig bliebe.“⁶² Das Menke’sche System von Rechten und „Gegenrechten“ kann eben dieser Grundbedingung demokratischer Herrschaft nicht genügen. Denn in der Dichotomie der Mächtigen oder Aktiven einerseits und der Passiven oder Ohnmächtigen andererseits „bedeutet die Erklärung des Grundrechts des Passiven darauf, berücksichtigt zu werden, zugleich die Entrechtung des Mächtigen oder Aktiven. *Der Mächtige hat keine Rechte* – [...]“. Denn „er hat *sich selbst* mitregiert und kann daher nicht noch einmal durch die Regierung berücksichtigt wer-

59 J. Derrida, *Gesetzeskraft. Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt 1991, 46 ff.

60 Ebd. 48.

61 Vgl. Menke (Fn. 1), 400.

62 Habermas (Fn. 52), 381, ähnlich 162.

den.“ „Die Rechte sind, als Rechte moderner Form, die Rechte – *nur* – des Ohnmächtigen. Alle Rechte sind Rechte des Ohnmächtigen.“⁶³

Also: Wer mitregiert, ist Aktiver, „Teilnehmer“, und hat keine Rechte. „Berücksichtigt“ werden kann er nur als „Leidender“, „Passiver“, somit Ohnmächtiger. Menke konstruiert aus beidem eine „Regierung, die sich gegen sich selbst wendet“, „die Regierung wider Willen“.⁶⁴ Diese ist aber ein manifester Widerspruch in sich.

Der „bürgerlichen“ wie der „kommunistischen Revolution“ ist gemeinsam, dass sie den „Herrenbegriff des Urteilens“ beibehalten und voraussetzen.⁶⁵ Die „zukünftige Revolution“, die Menke vorschwebt, muss diesen Begriff „auflösen“. Das ist aber nichts anderes als der Traum von Herrschaftslosigkeit, von An-Archie. Anders als das demokratische Ideal der Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie ist jene nicht mehr als eine *Utopie*.

Viele Fragen bleiben ohne schlüssige Antwort, etwa die nach dem Meinungsp pluralismus im „politischen Prozess“ und die nach der Rationalität seines Ergebnisses (vgl. o. zu (4)). Gleiches gilt für die Fragen nach Trägerschaft, inhaltlicher Bestimmung, Geltendmachung und Durchsetzung der „Gegenrechte“, für die Funktion des staatlichen Gewaltmonopols und für die Verteilung der Rollen als „Teilnehmer“ oder „Nichtteilnehmer“ am politischen Prozess. Die entscheidende Schwäche des Menke'schen Ansatzes liegt jedoch woanders:

Sie liegt in dem Versuch, eine Theorie des *Rechts* zu entwerfen, ohne die sie fundierenden *gesellschaftstheoretischen* Voraussetzungen geklärt zu haben. So kommt es, dass „das Recht“, das alte „bürgerliche“ wie das „neue“, wie ein großes Lebewesen daherkommt, ein Wesen, das (sich) reflektiert, das „vollzieht und verleugnet“ (388), das „sich widerstreitet“ (394), das den politischen Prozess „ermöglicht“ und zugleich Teilnahme und Nichtteilnahme an ihm „sicherstellt“ (394) usf. *Sonja Buckel* hat dies zutreffend beobachtet und als Produktion eines „Subjektcharakters des Rechts“ notiert.⁶⁶ Und ebenso zutreffend vermisst sie – obwohl sie das nicht als „prinzipiellen Einwand“, sondern nur als weiterführende Überlegung verstanden wissen möchte – die Frage nach den realen sozialen Kräften und Bewegungen, welche das postulierte „neue Recht“ mitsamt den „Gegenrechten“ durchsetzen oder erkämpfen könnten.⁶⁷

So bleibt Menkes „Kritik der Rechte“ ein Gedankenexperiment. Der „affirmative Sklavenaufstand“⁶⁸ kann nur als eine „anthropologische Revolution“ *gedacht werden*, die einen „neuen Menschen“ schaffen soll, der die Kategorien von „Herr“ und „Knecht“ endgültig überwindet.⁶⁹

Die Ordnung des „neuen Rechts“ ist nicht mehr und nicht weniger: eine *Utopie*.

63 Die vorstehenden Zitate: Menke (Fn. 1), 385. Hervorh. i. O.

64 Ebd., 386.

65 Ebd., 387.

66 S. Buckel, Die Bürde der subjektiven Rechte, KJ 2017, 461 (465).

67 Ebd., 473.

68 Menke (Fn. 1), 369 und passim.

69 Ebd., 367.