

# Zum transsubjektiven Potential subjektiver Rechte

## Gegenrechte in ihrer kommunikativen, kollektiven und institutionellen Dimension<sup>1</sup>

*Gunther Teubner*



I.	Erkenntnisgewinne . . . . .	357
1.	Subjektive Rechte in der Moderne . . . . .	357
2.	Vorbegriffliche Affektion . . . . .	358
3.	Sozialstaatskritik . . . . .	359
4.	Dreifrontenkrieg . . . . .	359
5.	Neues Recht . . . . .	359
II.	Ein Vorschlag: Transsubjektive Dimensionen subjektiver Rechte . . . . .	360
III.	Subjektive Rechte als Verweisung auf den „reifzierten Willen“ . . . . .	361
1.	Kommunikation: Sozialisierter Wille . . . . .	361
2.	Kollektivakteure: „Willensbildung“ in juristischen Personen . . . . .	362
3.	Kommunikationsmedien: Motivationsgewalt . . . . .	363
IV.	Gegenrechte eines neuen Rechts . . . . .	366
1.	Affektkommunikation . . . . .	369
2.	Kollektivakteure . . . . .	371
3.	Kommunikationsmedien . . . . .	372
V.	Polykontextualität der Gegenrechte . . . . .	373

### I. Erkenntnisgewinne

In fünf wichtigen Aspekten hat Christoph Menke die Diskussion zur Theorie der subjektiven Rechte vorangebracht.

#### *1. Subjektive Rechte in der Moderne*

Menke stützt seine Analysen in vielen Punkten auf Niklas Luhmann, der die letzte bedeutende Theorie der subjektiven Rechte aufgeführt hat, geht dann aber an entscheidender Stelle über Luhmann hinaus. Luhmann sieht subjektive Rechte zwar als wichtige Bausteine im Prozess funktionaler Differenzierung, be-

---

<sup>1</sup> Für hilfreiche Kommentare danke ich Vagios Karavas und Anton Schütz.

zeichnet sie aber letztlich nur als ein Übergangsphänomen auf dem Weg zur vollen Selbstreferenz des Rechtssystems und spricht ihnen eine eigenständige gesellschaftliche Funktion ab, sobald das Recht seine heutige Autonomie gewonnen habe.<sup>2</sup> Diese Behauptung lässt sich jedoch nur dann aufrechterhalten, wenn man wie Luhmann davon ausgeht, dass die subjektiven Rechte ihre „Rechtsquellenqualität“ verloren hätten. Sobald man aber im Sinne des Rechtspluralismus auch *private ordering* als genuine Rechtsordnung ansieht, kommen nur subjektive Rechte, besonders das gesellschaftsrechtlich vermittelte Eigentum, als dessen Rechtsquelle in Betracht und gewinnen eine eigenständige gesellschaftliche Funktion, ja in Zeiten der Transnationalisierung sogar unabhängig vom objektiven Recht.<sup>3</sup> Menke sieht zu Recht in den subjektiven Rechten den zentralen Beitrag des Rechts zur Konstituierung spätkapitalistischer Gesellschaften, besonders zur Etablierung gesellschaftlicher Machtphänomene außerhalb der Machtprozesse der institutionalisierten Politik. Zugleich vermutet er, sollte es gelingen, sie in „Gegenrechte“ zu transformieren, und gibt damit entscheidende Impulse zu ihrer Kritik und zu ihrem möglichen Beitrag zu einem „neuen Recht“.

## 2. Vorbegriffliche Affektion

Ebenso verdankt er Jürgen Habermas viele Einsichten, nimmt aber eine einschneidende Korrektur an dessen Diskurstheorie vor. Habermas führt zwar, in Gegensatz zu Kant, reale Interessen der Teilnehmer als Ausgangsmaterial des rationalen Diskurses ein, der die Interessen zu gerechtfertigten Normen universalisiert, lässt diese aber im Wesentlichen unanalysiert und konzentriert sich ausschließlich auf die prozeduralen Bedingungen kommunikativer Rationalität.<sup>4</sup> Menke kritisiert dies als bloße Prozeduralisierung und setzt demgegenüber auf eine Materialisierung, auf „die Wirksamkeit materieller Triebe und Kräfte“, auf das „Natürliche, Arationale“.<sup>5</sup> Menke stellt die andere Seite des politischen Urteilens in den Vordergrund: statt wie Habermas nur auf die Bedingungen der „begrifflichen Bestimmung“ zu achten, setzt er auf die Materialität „vorbegrifflicher Affektion“<sup>6</sup> von der er sich die eigentlich befreiende Wirkung erhofft. Damit beleuchtet er die affektive, arationale Dimension des Urteilens im „Prozess der nachdenkenden Umwandlung sinnlicher, affektiver Evidenz“<sup>7</sup> die in den Theorien rationaler Argumentation praktisch ausgeblendet bleibt.

<sup>2</sup> Niklas Luhmann, *Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft*, in: Niklas Luhmann, *Gesellschaftsstruktur und Semantik: Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1981, S. 45 ff., S. 96 ff. und S. 65 f.

<sup>3</sup> Gunther Teubner, *Globale Bukowina: Zur Emergenz eines transnationalen Rechtspluralismus*, *Rechtshistorisches Journal* 15 (1996), S. 255 ff.

<sup>4</sup> Jürgen Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992.

<sup>5</sup> Christoph Menke, *Kritik der Rechte*, Berlin 2015, S. 158 f.

<sup>6</sup> Menke (Fn. 5), 337 ff.

<sup>7</sup> Menke (Fn. 5), 377.

### 3. Sozialstaatskritik

Menkes Sozialstaatskritik<sup>8</sup> dürfte sein weiterer origineller Beitrag zur Analyse spätmoderner Gesellschaften sein. Zwar erkennt er durchaus die massiven Konflikte zwischen liberalen und sozialstaatlichen Rechtskonzeptionen an, sieht sie aber beide in einem *circulus vitiosus* wechselseitigen Versagens gefangen: Ihre Kritik gilt jeweils nur der Herrschaftslogik der je anderen Seite, und jede der beiden bürgerlichen Rechtsgestalten, auch die sozialstaatliche, schlägt in sich selbst wieder in Herrschaft um. Letztlich beruhe dieser Zirkel auf ihrem gemeinsamen Ursprung, auf der Form subjektiver Rechte. Ein mögliches neues Recht kann erst dann entstehen, wenn diese Zirkularität von liberalen und sozialstaatlichen Rechten durchbrochen wird.

### 4. Dreifrontenkrieg

Im Gegensatz zu den gängigen Versionen kritischer Theorie, die stets auf eine Kritik liberal-kapitalistischer Gesellschaften und zumeist auf eine mehr oder weniger vage ausgearbeitete Vision einer sozialistischen Gesellschaft hinauslaufen, kämpft Menke jedenfalls an zwei Fronten. Seine Kritik richtet sich nicht nur gegen liberal-kapitalistische Formationen mit ihren innergesellschaftlichen Vermachtungstendenzen<sup>9</sup> sondern ebenso gegen sozialistisch-kommunistische Formationen mit ihren totalisierenden Aggregationstendenzen politischer Vergemeinschaftung.<sup>10</sup> Menke versucht jenseits beider eine Theorie des authentischen politischen Urteilens zu formulieren, was angesichts der offensichtlichen Fehlentwicklungen in den beiden anderen Gesellschaftsformationen ein bemerkenswerter Versuch, an politischen Utopien zu arbeiten, sein dürfte. Bezieht man seine implizite Kritik an den poststrukturalistischen Quietisten, den „Avantgardisten des Stillstands“, mit ein<sup>11</sup>, dann kämpft Menke sogar einen Dreifrontenkrieg.

### 5. Neues Recht

Die stärkste Provokation dürften jedoch Menkes Ideen zu einem „neuen Recht“ auslösen.<sup>12</sup> Seine Gedankenführung ist durch mehrere überraschende Wendungen gekennzeichnet. Als markanten Ausgangspunkt für die Entwicklung eines neuen Rechts wählt Menke Nietzsches Ideen zum Sklavenaufstand gegenüber der Herrschaft. Doch in einer ersten Wendung schließt sich Menke Nietzsches negativer Bewertung des Sklavenaufstandes gerade nicht an, sondern verkehrt

---

<sup>8</sup> Menke (Fn. 5), 281 ff.

<sup>9</sup> Menke (Fn. 5), 177 ff.

<sup>10</sup> Menke (Fn. 5), 339 ff.

<sup>11</sup> Menke (Fn. 5), 159 ff.

<sup>12</sup> Menke (Fn. 5), 369 ff.

sie in ihr Gegenteil. Ein Recht auf Passivität, ein Recht auf Nichtteilnahme und ein Recht auf bloße Berücksichtigung statt Entscheidungspartizipation erhalten bei Menke überaus positive Konnotationen. In seiner nächsten Wendung besteht er jedoch darauf, dass die Passivität der Sklavenmentalität, die keine Herrschaft ausüben will, nicht etwa als kraftlos einzuschätzen ist. Vielmehr entdeckt Menke gerade im Leiden der Passivität die befreiende „Kraft“ der „vorbegrifflichen Affektion“, die Kraft der sensitiven Rezeptivität, in der das Subjekt seine eigensinnliche Affektion erleidet.<sup>13</sup> Menke versteht die „Passivität des Sinnlichen ... dialektisch als Kraft, Unruhe oder Negativität“<sup>14</sup>. In einer dritten Wendung schließlich löst er sich von der zunächst erstaunlich einseitigen Betonung des „Arationalen“ affektiver Rezeptivität und plädiert für eine „materialistisch-dialektische Vermittlung“ der vorbegrifflichen Affektion mit „begrifflicher Bestimmung“, aus der authentisches politisches Urteilen hervorgehen soll. Diese Vermittlung zielt nicht etwa auf eine Rationalisierung der Affektion, sondern im Gegenteil darauf, dass das Arationale im Rationalen seine Kraft entfaltet, ja sogar, dass das „sinnliche Empfinden ... *gegen* sein begriffliches Bestimmen wirksam sein muss“.<sup>15</sup> „Gegenrechte“, die ein solches politisches Urteilen freisetzen, sind in Politik, Recht und Gesellschaft zu institutionalisieren. Erst wenn solche Gegenrechte etabliert sind, ist eine politische Selbstregierung sozialer Praktiken möglich, die dem „Grundgesetz“ untersteht, „dass sie zugleich alle als Urteilsmächtige beteiligen und jeden als Ohnmächtigen berücksichtigen muss“.<sup>16</sup>

## II. Ein Vorschlag: Transsubjektive Dimensionen subjektiver Rechte

Mein Beitrag soll nicht auf eine Kritik von Menkes Theorie hinauslaufen, sondern auf einen Vorschlag, die Theorie weiterzudenken und zwar in Richtung der transsubjektiven Dimensionen subjektiver Rechte. Weitergedacht werden sollen sowohl Menkes Kritik an den subjektiven Rechten des geltenden Rechts als auch seine Ideen zu den Gegenrechten eines neuen Rechts. Menke denkt subjektive Rechte fast ausschließlich für Individuen. Gelegentlich bezieht er Grundrechte auch auf die Gesellschaft oder auf einzelne „Praktiken“, aber auch dann relativiert er deren Eigenständigkeit mit einem Rückbezug auf die letztlich handelnden Individuen.<sup>17</sup> Eigenrechte von Kollektivakteuren tauchen ebenso

<sup>13</sup> Menke (Fn. 5), 383.

<sup>14</sup> Menke (Fn. 5), 381.

<sup>15</sup> Menke (Fn. 5), 382.

<sup>16</sup> Menke (Fn. 5), 400.

<sup>17</sup> Neuere anspruchsvolle Kritiken des bloßen Individualbezugs subjektiver Rechte finden sich bei Dan Wielsch, *Zugangsregeln: Die Rechtsverfassung der Wissensteilung*, Tübingen 2008 und Vagios Karavas, *Rechte am entgrenzten Körper: Sicherungsgarantien einer menschengerechten Biomedizin*, Fribourg 2015.

wenig auf wie institutionelle Garantien subjektiver Rechte, weder als bestehende subjektive Rechte des bürgerlichen Rechts noch als Gegenrechte im „neuen Recht“. Demgegenüber will ich drei nicht-individuelle Dimensionen der subjektiven Rechte hervorheben, in denen die von Menke kritisierte „Reifizierung“ des Willens auf eine andere Art als bei Menke deutlich wird: erstens die Dimension der Kommunikationen, zweitens die der Kollektivakteure, drittens die der Kommunikationsmedien. Damit dürften nicht nur Analyse und Kritik existierender subjektiver Rechte eine größere Tiefenschärfe erreichen, sondern es dürfte sich auch die Aussicht auf mögliche Gegenrechte in einem neuen Recht deutlich erweitern.

### III. Subjektive Rechte als Verweisung auf den „reifizierten Willen“

#### 1. Kommunikation: Sozialisierter Wille

Menke versteht subjektive Rechte immer nur als Verweis auf das individuelle Bewusstsein und Handeln, auf den „empirischen Willen“ der Individuen als „Tatsache“, als „Gegebenheit“ und sieht ihn durch die „Form“ der subjektiven Rechte bestimmt.<sup>18</sup> Müsste man demgegenüber nicht deutlich machen, dass der angebliche Individualwille, auf den subjektive Rechte verweisen sollen, gar nicht gemeint sein kann? Schon in einfachen Sozialbeziehungen ist der Wille der subjektiven Rechte immer ein sozialisierter Wille. Mehr noch, der Wille des „Individuums“ ist gar nichts anderes als ein von der sozialen Kommunikation produziertes Phänomen, das dann nur zugerechnet wird auf die „Personen“, also auf bloße semantische Artefakte, die ihrerseits erst von der Kommunikation erzeugt werden. Ein solcher kommunikativer Wille ist damit notwendig gegenüber dem Innenleben der Individuen „reifiziert“.<sup>19</sup> Das ist nicht nur eine Einsicht der Soziologen. Auch Juristen sprechen von objektiviertem Willen, der dem „inneren Willen“ als innerpsychischem Geschehen entgegengesetzt wird und ausschließlich aus dem Empfängerhorizont, aus den Verkehrsbedürfnissen, typisiert interpretiert wird.<sup>20</sup> Menke jedoch lokalisiert anscheinend den als „Gegebenheit“ verstandenen Willen im individuellen Bewusstsein und Handeln. Zumindest unklar bleibt, ob er andere Manifestationen des Willens auch

---

<sup>18</sup> Menke (Fn. 5), 177 ff.

<sup>19</sup> Die beste theoretische Ausarbeitung der strengen Doppelspurigkeit von Bewusstsein und Kommunikation bei Niklas Luhmann, *Soziale Systeme: Grundriß einer allgemeinen Theorie*, Frankfurt am Main 1984, S. 286 ff., S. 346 ff. Auf unterschiedlicher Grundlage baut die Theorie der objektiven Interpretation auf, Ulrich Oevermann, *Strukturprobleme supervisorischer Praxis: Eine objektiv hermeneutische Sequenzanalyse zur Überprüfung der Professionalisierungstheorie*, Frankfurt am Main 2001.

<sup>20</sup> Statt vieler Klaus F. Röhl und Hans C. Röhl, *Allgemeine Rechtslehre: Ein Lehrbuch*, Köln 2017, § 78.

darüber hinaus identifiziert. Wenn ja, wo? In den Intentionen der Sprecher – und nur dort? Im Verständnis der Rezipienten – und nur dort? In der Inter-subjektivität, also in der Beziehung zwischen beiden? In der autonomen, von den Individuen gelösten Kommunikation? Oder in der rechtlichen Rekonstruktion des Willens, wie sie in der Verweisung der subjektive Rechte geschieht?

Wenn das Rechtssystem über subjektive Rechte auf den „Willen“ des Subjekts verweist, dann ist dieser Verweis in sich so unbestimmt, dass er eigentlich für sämtliche Möglichkeiten der Willensformierung offen ist, für „reifizierte“ oder authentische, für repressive oder emanzipatorische, für bürgerliche, kommunistische oder dialektisch vermittelte. Auch die von Menke letztlich angezielte „vorbegriffliche Affektion“ ist potentiell im Verweis der subjektiven Rechte schon enthalten, so dass das Menkesche „neue Recht“ auch schon heute potentiell vorhanden ist. Was aus dem Verweis des Rechts auf den Willen wird, ist dann genau besehen gar keine Frage der „Form“ des Rechts, sondern eine Frage der „Form“ der Gesellschaft, nämlich wie die gesellschaftliche Kommunikation diesen Willen präformiert, was dann wiederum die rechtliche Interpretation des Willens beeinflusst.

## 2. Kollektivakteure: „Willensbildung“ in juristischen Personen

Am deutlichsten wird der Unterschied zum Individualwillen im Falle von formalen Organisationen und anderen Kollektivakteuren. Das geltende Recht verleiht subjektive Rechte ebenso wie Grundrechte bekanntlich nicht nur an Individuen, sondern auch an Kollektivakteure.<sup>21</sup> Parallel zum Aufstieg formaler Organisationen in der Moderne haben die subjektiven Rechte ihren ursprünglichen alleinigen Bezug auf Individuen als Subjekte verloren. Diese die Organisationsgesellschaft kennzeichnende kollektivistische Überschreitung der Individualrechte thematisiert Menke nicht, nicht einmal, wie es nahe gelegen hätte, für Vereine, Gewerkschaften, Parteien. Wenn aber auch Kollektivakteure zu Rechtssubjekten mit subjektiven Rechten geworden sind, dann stellt sich die Frage: Auf welchen „Willen“ verweisen dann die subjektiven Rechte? Wollte man damit bloß, wie es zum Beispiel der methodologische Individualismus dekretiert, die Individualwillen der Mitglieder in ihrer Aggregation bezeichnen, dann verfängt man sich im Arrow-Paradox.<sup>22</sup> Also muss man ihre über-individuelle „kollektive“ Dimension thematisieren, die man aber erst dann versteht, wenn man den Organisationen selbst im strengen Sinne einen *eigenen* Willen, eigene Präferenzen, eigene Interessen und eigene Kommunikationsfähigkeit zugesteht, die alle erst aus verwickelten kommunikativen Prozessen innerhalb der Organisation hervorgehen und die sich von den einzelnen Individualwillen,

<sup>21</sup> Überblick bei Klaus F. Röhl und Hans C. Röhl (Fn. 7), § 58.

<sup>22</sup> Kenneth J. Arrow, *Social Responsibility and Economic Efficiency*, Cambridge, MA 1985.

aber auch von deren bloßer Zusammenfassung deutlich unterscheiden.<sup>23</sup> In den Organisationen findet also eine noch drastischere „Reifizierung“ als in der Interaktion von Individuen statt.

### 3. Kommunikationsmedien: Motivationsgewalt

Schließlich erscheinen in der institutionellen Dimension von subjektiven Rechten und Grundrechten gesellschaftliche Institutionen wie Kunst, Wissenschaft, Wirtschaft als Quasi-Rechtssubjekte.<sup>24</sup> In dieser Dimension werden subjektive Rechte zu „subjektlosen Rechten“.<sup>25</sup> Die Institutionen erweisen sich nicht nur als „rechtlose Subjekte“, sondern – wie es ein Juristen-Kalauer will – als „recht lose Subjekte“. Die hier gemeinten gesellschaftlichen Institutionen unterscheiden sich von den eben angesprochenen Organisationen, da sie weder formal organisiert sind noch als Kollektivakteure agieren können. Dementsprechend personifiziert das Recht die Institutionen zwar nicht als Grundrechtsträger im strengen Sinne, aber die Grundrechte garantieren ganzen gesellschaftlichen Handlungsbereichen die Freiheit gegenüber der Politik und gegenüber anderen expansiven Handlungsbereichen. Das Grundrecht der Kunstfreiheit verleiht nicht nur ein Individualrecht an den einzelnen Künstler, sondern schützt die Autonomie der gesellschaftlichen Kunstpraxis, welche die Herstellung des Kunstwerks, seine Rezeption, seine Kritik, seine Überlieferung einschließt. Ähnliches gilt für die Meinungsfreiheit, die Wissenschaftsfreiheit, die Medienfreiheit, die Assoziationsfreiheit.<sup>26</sup> Diese institutionelle Dimension ist Menke zwar irgendwie wichtig, denn es geht

<sup>23</sup> Dazu ausführlich Gunther Teubner, Unternehmenskorporatismus: New Industrial Policy und das Wesen der Juristischen Person, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2 (1987), S. 61 ff.

<sup>24</sup> Neuere anspruchsvolle Analysen zur institutionellen Dimension der Grundrechte bei Thomas Vesting/Stefan Koriath/Ino Augsberg, Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung: Zur Wiedergewinnung des Gesellschaftlichen in der Grundrechtstheorie und Grundrechtsdogmatik, Tübingen 2014.

<sup>25</sup> Mehrere Beiträge in diesem Band greifen den individualistischen bias im Begriff der subjektiven Rechte an und sehen die Kraft von Gegenrechten gerade in ihrer transsubjektiven Dimension. Andreas Fischer-Lescano nimmt den Begriff subjektloser Rechte, der Institutionen, die selbst nicht Rechtsträger sind, aber indirekt über Grundrechte geschützt werden, kennzeichnet, auf und verallgemeinert ihn für sämtliche Situationen, die traditionell mit dem Begriff subjektiver Rechte erfasst werden. Pasquale Femia unterscheidet ähnlich wie der Text traditionelle subjektive Rechte von transsubjektiven Rechten, differenziert diese aber in Diskursrechte und Kollektivrechte einerseits und „Rechte ohne Herrschaft“, mit deren Hilfe subjektive Energien für ökologische Belange aktiviert werden, andererseits. Malte Gruber diskutiert, wie adäquate Verfahren zur Geltendmachung transsubjektiver Rechte entwickelt werden können.

<sup>26</sup> Paradigmatisch die Wissenschaftsfreiheit nach dem Bundesverfassungsgericht: „Art. 5 Abs. 3 Satz 1 GG erklärt Wissenschaft, Forschung und Lehre für frei. Damit ist nach Wortlaut und Sinngehalt eine objektive, das Verhältnis von Wissenschaft, Forschung und Lehre zum Staat regelnde wertentscheidende Grundsatznorm aufgestellt [. . .]. Zugleich gewährt die Verfassungsbestimmung für jeden, der in diesen Bereichen tätig wird, ein individuelles Freiheitsrecht“ (BVerfGE 35, 79 [112]).

ihm ja stets auch um die Konstituierung, die Kritik und die Neuformierung von gesellschaftlichen Handlungszusammenhängen, aber der Zusammenhang mit subjektiven Rechten ist nicht näher theoretisch ausgearbeitet. Sie sind allenfalls als gesellschaftlicher Rahmen für individuelles Handeln gedacht. Gesteht Menke subjektive Rechte nur Individuen zu und nicht Institutionen, nur Menschen und nicht Sozialsystemen, nur Akteuren und nicht Diskursen, nur dem subjektiven Geist, nicht dem objektiven Geist? Und gibt es so etwas wie den vom Individualwillen ebenso wie vom Organisationswillen zu unterscheidenden „Willen“ gesellschaftlicher Funktionssysteme, auf den die subjektiven Rechte verweisen?

An dieser Stelle wird die dritte Dimension der „Reifizierung“ des Willens deutlich. Schon in alltäglichen Interaktionen ist der Individualwille sozialisiert, ebenso und zugleich andersartig in formalen Organisationen. Aber im Regelfall ist der soziale Wille zugleich einschneidend vom jeweiligen Funktionssystem geformt. Er degeneriert dann zum Schrumpfwillen des Homo oeconomicus, juridicus, politicus, medicalis, der jeweils nur einen Teilaspekt individueller Willensbildung kommunikativ zulässt und den Rest wirksam herausfiltert. Der rechtliche Verweis auf den Willen des Subjekts ist dann immer schon an die Bedingungen eines einzigen hochspezialisierten Sozialsystems gebunden und wird entsprechend zu einem Verweis auf sozial präformierte Kategorien der Individualität: „Präferenzen“ oder „Interessen“, „Begehren“.<sup>27</sup>

Der Verweis der subjektiven Rechte auf die empirische „Tatsache“ des Willens muss also immer auch als ein Verweis auf die jeweilige Eigenrationalität und besonders auf die Eigennormativität eines der Funktionssysteme verstanden werden. Das ist letztlich der Sinn der institutionellen Theorie der Grundrechte: Freiheit der Sozialsysteme Kunst, Wissenschaft, Erziehung, Wirtschaft. Deshalb ist die Doppelspurigkeit von individuellen und institutionellen (kollektiven) Grundrechten wie sie von Carl Schmitt, aber wichtiger noch von Helmut Ridder vertreten wird, so bedeutsam. Und ebenso bedeutsam ist die Doppelspurigkeit subjektiver Rechte des Privatrechts, weil sie nicht nur Individualinteressen, sondern auch gesellschaftliche Institutionen schützen, wie besonders Ludwig Raiser herausgearbeitet hat.<sup>28</sup> Der „Wille“ subjektiver Rechte ist dann immer schon auf den binären Code des Funktionssystems ausgerichtet, von dessen Programmen begrenzt und vom jeweiligen Kommunikationsmedium auf Akzeptanz motiviert.

<sup>27</sup> Kritisch gegenüber einer einseitig ökonomischen Funktionalisierung subjektiver Rechte und für eine Kompatibilisierung mit ihrem wissenschaftlichen oder künstlerischen Eigensinn Dan Wielsch, *Über Zugangsregeln*, Manuskript Köln (2017); Dan Wielsch (Fn. 5).

<sup>28</sup> Carl Schmitt, *Freiheitsrechte und institutionelle Garantien der Reichsverfassung*, in: Carl Schmitt, *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954*, Berlin 1985 [1931], S. 140ff.; Helmut Ridder, *Die soziale Ordnung des Grundgesetzes*, Opladen 1975; Ludwig Raiser, *Rechtsschutz und Institutionenschutz im Privatrecht*, in: Ludwig Raiser, *Die Aufgabe des Privatrechts*, Kronberg/Ts. 1977, S. 124ff. Dazu Rudolf Wiethölter, *Privatrecht als Gesellschaftstheorie? Bemerkungen zur Logik der ordnungspolitischen Rechtslehre*, in: *Festschrift für Ludwig Raiser*, Tübingen 1974, S. 645ff.



Eigentlich entscheidend für diese dritte Dimension der gesellschaftlichen „Reifizierung“ des „Willens“ sind die eben angesprochenen Kommunikationsmedien – Geld, Macht, Recht, Wahrheit. Dieser Zusammenhang der Kommunikationsmedien mit dem „Willen“ der subjektiven Rechte ist nicht auf Anhieb einsichtig. Jedoch besteht die Eigenleistung der Kommunikationsmedien genau darin, in ihrem Geltungsbereich die *Motive* (!) dafür zu schaffen, dass Kommunikationen akzeptiert werden. Sie haben die „Funktion, die Annahme einer Kommunikation erwartbar zu machen in Fällen, in denen die Ablehnung wahrscheinlich ist.“<sup>29</sup> In dieser Weise präformieren die Kommunikationsmedien den „Willen“, auf den die subjektiven Rechte verweisen. Die Motivationskraft der Kommunikationsmedien beeinflusst jedoch – und darauf kommt es in unserem Zusammenhang an – nicht psychische Zustände, sondern soziale Konstruktionen, die mit der Unterstellung entsprechender Bewusstseinszustände auskommen. Kommunikationsmedien formen also die soziale Motivbildung und wirken allenfalls indirekt bis in die individuelle intrapsychische Willensbildung hinein. Stärker noch als die Sozialisierung des Willens durch Interaktion oder Organisation ist also die Motivation durch Kommunikationsmedien verantwortlich für die Blockade einer authentischen Urteilsbildung, die Menke als „Reifizierung“, als „Tatsache“, „Gegebenheit“, als „empiristisch“, „positivistisch“ kritisiert. Genauer: Die Blockierung „vorbegrifflicher Evidenzen“ wird erst durch autonome Kommunikationsmedien erklärlich, welche die Evidenzen von vornherein durch eine einseitig machtgesteuerte, geldgesteuerte, rechtsgesteuerte oder wissensgesteuerte Motivbildung ersetzen. Subjektive Rechte verweisen also auf einen – in dieser Weise medientheoretisch verstandenen – Willen zur Macht, zum Geld, zur Wahrheit. Subjektive Rechte zelebrieren zwar das Individuum in seiner Autonomie, aber sie zwingen es gleichzeitig von vornherein in Max Webers „Gehäuse der Hörigkeit der Zukunft“, der hier als der überwältigende Motivierungszwang der je eindimensional ausgerichteten Kommunikationsmedien verstanden wird. Allerdings ist dann die Willensbildung nicht ausschließlich dem Profitzwang der kapitalistischen Wirtschaft, den Menke als Ursache der „Reifizierung“ meist vor Augen hat<sup>30</sup> ausgesetzt, sondern ebenso dem Machtzwang der Politik, dem Wissenszwang der Wissenschaft und Technologie, dem Neuigkeitszwang der Informationsmedien, dem Normierungszwang des Rechts.

Sieht man die Sozialisierung des Individualwillens in diesen drei Dimensionen – in den Dimensionen der Kommunikation, der Kollektivakteure und der Kommunikationsmedien –, dann ließe sich genauer bestimmen, warum und in welchen Hinsichten der Verweis der subjektiven Rechte auf die „Natur des Willens“ nicht nur, wie Menke es beschreibt, die „Reifizierung“ des privaten Eigen-

---

<sup>29</sup> Niklas Luhmann, *Die Gesellschaft der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1997, S. 143.

<sup>30</sup> Menke (Fn. 5), 266 ff.

willen des Individuums, sondern zugleich die „Reifizierung“ sozialer Willensbildung, die durch die bloße Positivität der Kommunikation, der Kollektive und der Medien ausgelöst wird, bedeutet. Es ist deshalb kaum eine Übertreibung zu formulieren: Offiziell sind zwar die Individuen die Subjekte subjektiver Rechte, ihre heimlichen Subjekte aber sind soziale Prozesse der Interaktion, der Organisation und der Kommunikationsmedien.

#### IV. Gegenrechte eines neuen Rechts

Warum diese Gesellschaftsvergessenheit in Menkes Sicht auf subjektive Rechte? Das Motiv für Menkes (fast) exklusive Individualsicht subjektiver Rechte dürfte in letzter Instanz die Hoffnungen sein, die er auf die „vorbegriffliche Affektion“ setzt. Deren „treibende Kraft“ freizusetzen – darauf zielen, wie schon erwähnt, Menkes „Gegenrechte“. Erst wenn das „Recht der Passivität“ diese Affektion ermächtigt, so Menke, kann – in ihrer dialektischer Vermittlung mit „begrifflicher Bestimmung“ – authentisches politisches „Urteilen“ verwirklicht werden.<sup>31</sup> Diese affektive Kraft lokalisiert er aber in letzter Instanz in den Empfindungen des einzelnen Menschen, nicht aber in dem – dem Bewusstsein gegenüber – eigenständigen Phänomen der gesellschaftlichen Kommunikation. Diese versteht Menke eher als eine öffentliche Ordnung, die den Rahmen setzt, um vorbegriffliche Affektion freizusetzen.

Demgegenüber ist jedoch zu fragen: Stecken nicht in der sozialen Kommunikation selbst noch ganz andere Potentiale vorbegrifflicher Affektion, als wir sie im individuellen Bewusstsein und Handeln zu finden gewohnt sind?<sup>32</sup> Setzt nicht auch die Sozialität eine eigenständige kommunikative vorbegriffliche affektive „Kraft“ frei, die gegenüber bloßen Bewusstseinsvorgängen einen sozialen Mehrwert verwirklicht?<sup>33</sup> Die Sozialisierung des Willens in den drei verschiedenen Dimensionen ändert besonders auch die Sicht auf ein „neues Recht“, das nicht nur im individuellen Bewusstsein, sondern gerade auch in der sozialen Kommunikation affektive Potentiale freizusetzen verspricht.

<sup>31</sup> Menke (Fn. 5), 337 ff.

<sup>32</sup> Die Herausforderung besteht darin, an Emile Durkheims Vorstöße in dieser Richtung anzuknüpfen und seine Formulierungen von „colère publique“, „conscience collective“ oder von Normen als „faits sociaux“ eine heute theoretisch verantwortbare Fassung zu geben, Emile Durkheim, Über die Teilung der sozialen Arbeit, Frankfurt am Main 2004 [1883], S. 121 f., S. 195 f., S. 341.

<sup>33</sup> Eine vorläufige Skizze dieser kommunikativen Kraft, besonders im Falle des pouvoir constituant im Verfassungpluralismus, bei Gunther Teubner, Verfassungsfragmente: Gesellschaftlicher Konstitutionalismus in der Globalisierung, Berlin 2012, S. 102 ff. Zur affektiven Dimension im Gerechtigkeitsdiskurses (und nicht nur in den beteiligten Individuen) ders., Selbstsubversive Gerechtigkeit: Kontingenz- oder Transzendenzformel des Rechts? Zeitschrift für Rechtssoziologie 29 (2008), S. 9 ff.

An dieser Stelle müsste aber noch genauer geklärt werden, was mit der Verweisung auf „vorbegriffliche Affektion“ gemeint sein kann, ehe sie als streng kommunikatives Phänomen identifiziert wird. Es dürfte zu kurz gegriffen sein, wenn man dies nur als die Suche nach einem gesellschaftlichen Äquivalent für individuelle Gefühle verstünde. In der Sache geht es geradezu um eine Quadratur des Kreises. Es geht um die Vereinbarkeit des Nicht-Vereinbaren, die aber, unmöglich wie sie ist, dennoch verwirklicht wird. In unserem Zusammenhang geht es um die (Nicht-)Vereinbarkeit von „Umwelt“-Erfahrung und „Welt“-Erfahrung des Rechts. „Umwelt“ des Rechts ist als äußere Umwelt, deren Differenz zum Recht durch Rechtsoperationen vom Recht erst hergestellt wird, zwar nicht direkt erfahrbar. Aber indirekt als „re-entry“ dieser Umwelt innerhalb der Selbstbeschreibungen des Rechts als „enacted“ environment. Dies ist die innere Umwelt, die „Rechtswirklichkeit“. „Welt“ hingegen – und dieser Unterschied ist in Menkes Diskussion der Umwelt des Rechtssystems nicht herausgearbeitet<sup>34</sup> – ist der blinde Fleck der Recht/Nicht-Recht-Differenz, ihre unsichtbare Einheit, ihr Paradox.<sup>35</sup> „Und für einen systemtheoretischen Weltbegriff heißt dies, dass die Welt die Gesamtheit dessen ist, was für ein jedes System System-und-Umwelt ist.“<sup>36</sup>

An dieser Stelle taucht nun die Zirkel-Quadrat-Problematik auf: Das Recht kann auf seine äußere Umwelt immerhin mit rechtseigenen Unterscheidungen in seiner inneren Umwelt reagieren, ist aber zugleich unentrinnbar der „Welt“ ausgesetzt, ohne dass es sie mit rechtseigenen Unterscheidungen beobachten kann. Im Recht wird dieses Quadraturproblem noch durch den Entscheidungszwang zugespitzt. Entweder ignoriert man die Welt über *stare decisis* in den überkommenen Rechtsunterscheidungen oder man setzt sich den Entscheidungsqualen der Welt-Erfahrung aus.

Hier nun scheint ein Zusammenhang zwischen einer so verstandenen „Welt“, die als paradoxe Einheit von Unterscheidung/Bezeichnung nicht beschrieben werden kann, die aber zugleich allen Rechtsunterscheidungen zugrunde liegt, einerseits und der „vor-begrifflichen Affektion“ andererseits, die präreflexive Evidenzen erlebt, zu bestehen. Die Frage ist: Während Zugang zur „Umwelt“ durch Irritation und Re-entry jedenfalls mittelbar möglich ist, gibt es daneben einen „unverstellten“ Zugang zur „Welt“, der zwar niemals mit Hilfe von Unterscheidung und Bezeichnung hergestellt werden kann, vielleicht aber in Affektion, Meditation, Kunst, Mystik, nicht-sprachlicher Kommunikation möglich ist? „Vorbegriffliche Affekte“ wären dann nicht bloß eine gefühlvolle Öffnung

<sup>34</sup> Menke (Fn. 5), 112.

<sup>35</sup> Niklas Luhmann (Fn. 16), 147 ff. Genauer müsste man dreierlei unterscheiden: die innere Umwelt des Rechts als Eigenkonstruktion des Rechts, die äußere Umwelt des Rechts und die Welt als Hintergrund einer jeden Unterscheidung, den die Unterscheidung selbst nicht beobachten kann.

<sup>36</sup> Niklas Luhmann (Fn. 16), 154.

gegenüber der „Umwelt“, empathisches Erleben des anderen und dergleichen, sondern wäre vorbegriffliches Erleben von „Welt“, wäre eine noch nicht von begrifflichen Unterscheidungen und Bezeichnungen zerschnittene unmittelbare Erlebensform. Während Luhmann davor warnt, sich in solchen Paradoxien zu verlieren und empfiehlt, das Welt-Paradox hinter neuen Unterscheidungen zu verstecken, verlangt Jacques Derrida, sich einer solchen paradoxen Erfahrung auszusetzen und diese Erfahrung wieder in die Welt des Rechts zu transportieren.<sup>37</sup>

Und gegenüber Menke wäre zu fragen, ob neben dieser – nicht ganz unbekannt – Erlebensform in unserem Innenleben auch die Kommunikation, die Kollektive und die Kommunikationsmedien einen eigenständigen „arationalen“ Zugang zur Welt haben können. Wenn Menke nun ein subjektives Gegenrecht auf vorbegriffliche Evidenz der Empfindung (als Voraussetzung politischen Urteils) postuliert, wäre dies ein Recht auf „Welt“ im eben skizzierten Sinn zu interpretieren. Ein – individuelles, aber auch kollektives – Recht auf Erleben „vor“ der Zerschneidung der „Welt“ durch Unterscheidungen, Bezeichnungen? Ein Recht auf ein Sich-Aussetzen der Welt, auf ein Sich-Aussetzen dem Paradox des Unterscheidens und Bezeichnens? Ein Recht auf Passivität, Nichtteilnahme, Rezeptivität, das sich vom herkömmlichen subjektiven Recht deutlich unterscheiden würde? Konkreter: Begriffloses Erleben würde abgestützt nicht nur, wie traditionell, durch ein subjektives Recht auf Freiheit, das aber nur im Rahmen der gesellschaftlichen Systemzwänge, z.B. Marktzwängen oder Wissenschaftszwängen, gewährt wird, sondern durch ein – individuelles, aber auch kollektives – Recht auf Suspension sowohl von Rechtszwängen wie von gesellschaftlichen Systemzwängen?

Solche Gegenrechte erlaubten einen Zugang zur „Welt“ über begriffslose Intuition, aber sie ermöglichten zugleich eine begriffliche Bestimmung im Urteil, das sich von den Einseitigkeiten geld-, macht- oder wissenschaftsgesteuerter Begriffsbildung befreit. Hier wird die von Menke und anderen vollzogene Analogie zu Kants Analysen des ästhetischen Urteils deutlich, die ihrerseits in ihrer Vermittlung von Affekten und Verstand nichts anderes als eine Zirkelquadratur darstellen. Und von diesem Quadraturproblem sind nicht nur Juristen, sondern sämtliche Professionen heimgesucht, denen unter Entscheidungszwang – wissenschaftsgestützt und zugleich wissenschaftsverlassen – Urteilskraft in Situationen eines non-liquet zugemutet wird?

Die Gegenrechte müssten dann nicht nur gegen die Verweisungen der bürgerlichen subjektiven Rechte auf den Individualwillen angesetzt werden, sondern zu allererst gegen die spezifischen gesellschaftlichen Strukturen, die den „Willen“, die „Interessen“, die „Präferenzen“, die „Patientenbedürfnisse“ zu „Gege-

<sup>37</sup> Jacques Derrida, *Gesetzeskraft: Der „mystische Grund der Autorität“*, Frankfurt am Main 1991.

benheiten“ „reifzieren“. Wenn gegenüber diesen sozialisierten „Eigenrechten“ das Gegenrecht auf das politische „Urteil“ gestärkt werden soll, also in Menkes Sinne das Recht auf eine dialektische Vermittlung von begriffslosen Affekten und begrifflicher Bestimmung, dessen Verwirklichung die „Passivität des Sklavenaufstands“ als innere Bedingung voraussetzt, dann müsste für jeden gesellschaftlichen Handlungsbereich gesondert bestimmt werden, wie und an welcher Stelle ein neues Recht Gegenrechte institutionalisieren könnte. Meines Erachtens wären die Grundrechte dafür die am ehesten adäquate Rechtskategorie – nun aber nicht in ihrer traditionellen Wirkung gegenüber dem Staat, sondern in ihrer Horizontal-Wirkung gegen gesellschaftliche Machtkonstellationen. Ganz im Sinne Menkes wären sie darauf auszurichten, authentisches politisches Urteilen zu ermöglichen, jedoch unterschiedlich je nach gesellschaftlichem Kontext.<sup>38</sup> Weil die Gefährdungen der Grundrechte von Kontext zu Kontext verschieden sind, müssten die Gegenrechte in Organisationen anders ausgestaltet sein als in Interaktionen oder in Funktionssystemen. Gegenrechte wären dann nicht nur zur Freisetzung der „vorbegrifflichen Affektion“ im Individuum zu realisieren, wie es Menke vorschwebt, sondern gerade auch in den genannten drei Dimensionen der Sozialität zu realisieren: kommunikativ, kollektiv, medial. Was kann das heißen?

### 1. Affektkommunikation

Gibt es das – vorbegriffliche Affektion als kommunikatives Phänomen? Und zwar im strengen Sinne, nicht nur in dem verbreiteten Verständnis, dass das Kommunizieren psychische Affekte auslöst oder dass es Affekte vom Sender auf den Empfänger überträgt, sondern in dem Sinne, dass die Kommunikation als solche gegenüber individuellen Gefühlen eigenständige affektive Sinnbildungen erzeugt?<sup>39</sup> Die Kommunikation von vor-begrifflichem Sinn scheint jedoch ein Widerspruch in sich zu sein, denn das wäre ja Kommunikation über das sprachlich Nicht-Kommunizierbare. An dieser Stelle mit Gegenrechten einzusetzen, erscheint kontra-intuitiv, denn das Recht kommuniziert ja schließlich sprachlich über die Verweisung subjektiver Rechte auf den Willen, es erzeugt also mit Hilfe von Begriffen Informationen sowohl über das Recht als auch über den Willen.

---

<sup>38</sup> Zur Kontextualisierung der Grundrechte in verschiedenen gesellschaftlichen Handlungsbereichen Gunther Teubner, *Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure*, *Der Staat* 45 (2006), S. 161 ff.; Isabell Hensel/Gunther Teubner, *Matrix Reloaded: Kritik der staatszentrierten Drittwirkung der Grundrechte am Beispiel des Publication Bias*, *Kritische Justiz* 47 (2014), S. 150 ff.

<sup>39</sup> Dies ist die zentrale Herausforderung, der sich die Soziologie der Gefühle stellen muss, wenn sie einen Eigenbeitrag gegenüber psychologischen Theorien der Gefühle leisten will. Und auch Theorien des Rechtsgefühls, die sämtlich nur die Gefühle der beteiligten Menschen thematisieren, müssten sich dieser Herausforderung stellen.

Aber es ist wie in der ästhetischen Kommunikation in der Literatur: Die ästhetische Botschaft ihrer Worte ist nicht in deren Inhalten zu finden, sondern im verbal nicht Kommunizierbaren, aber dennoch in dem in den Worten Mitkommunizierte, das über das Sagbare hinausgeht. „Sie funktioniert als Kommunikation, obwohl, ja weil sie durch Worte (von Begriffen ganz zu schweigen), nicht adäquat wiedergegeben werden kann.“<sup>40</sup> Nochmals zu betonen ist, dass die Kommunikation begriffsloser Affekte damit keineswegs auf ihre Auswirkungen auf das individuelle Gefühl reduziert wird, also darauf, dass sie Affekte im psychischen Geschehen auslöst. Vielmehr geht es um den Eigensinn, den die Kommunikation von Affekten im Unterschied zum individuellen Empfinden erzeugt. Die Duplizierung und die Trennung der Sinnproduktion in Bewusstsein und in der Kommunikation bringt es mit sich, dass – vergleichbar der Kommunikation in der Literatur – neben der Mitteilung von Inhalten eine genuine Kommunikation über das sprachlich Nicht-Kommunizierbare stattfindet. Nicht nur das menschliche Bewusstsein, sondern gerade auch die soziale Kommunikation kennt die von Menke hervorgehobene Differenz von Handeln und Erleiden in der Interaktion zweier Vermögen.<sup>41</sup> Entsprechend müssten sich Gegenrechte nicht nur auf das individuelle Empfinden, sondern mit gleicher Intensität auf die soziale Kommunikation von vorbegrifflichen Affekten richten.

Ein großes Potential solcher Gegenrechte auf affektive Kommunikation läge gerade in einfachen Sozialbeziehungen der eher privaten Art, also in der Kommunikation ohne jede formale Organisation und außerhalb der institutionalisierten Politik oder außerhalb anderer Funktionssysteme.<sup>42</sup> Hier werden in aller Spontaneität vorbegriffliche Affekte kommuniziert, sei es sprachlich, sei es nichtsprachlich. Nicht umsonst interessieren sich zu Zwecken effektiver Sozialkontrolle die Meinungsumfragen autoritärer (und auch demokratischer) Staaten gerade für diese privat kommunizierte Affektkommunikation. Nicht umsonst setzen gerade hier massive Manipulationstechniken politischer Propaganda und wirtschaftlicher Werbung ein. Und nicht umsonst werden neuerdings im Internet Kontroll- und Zensurtechniken gerade gegen die Verbreitung privat kommunizierter Stimmungen und Gefühlslagen entwickelt. Umso entschiedener müssten dann aber Gegenrechte gegen staatliche und ökonomische Manipulationen und Disziplinierungen nicht nur des individuellen Gefühlslebens, sondern gerade auch affektiver Kommunikation in einfachen Sozialbeziehungen institutionalisiert werden.

<sup>40</sup> Niklas Luhmann, *Die Kunst der Gesellschaft*, Frankfurt am Main 1995, S. 36.

<sup>41</sup> Menke (Fn. 5), 350 ff.

<sup>42</sup> Auf das Widerstandspotential privater Alltagskommunikationen setzt Nofar Sheffi, *Resistance as Contract Law-Making*, Manuskript Frankfurt (2016); Grahame F. Thompson, *The Constitutionalisation of Everyday Life?*, in: Poul Kjaer/Eva Hartmann (Hg.), *The Evolution of Intermediary Institutions in Europe: From Corporatism to Governance*, London 2015, S. 177 ff.

## 2. Kollektivakteure

Die spezifisch kommunikative Macht vorbegrifflicher Affektion kommt in ihrem Eigensinn wohl am deutlichsten in der kollektiven Dimension zum Vorschein.<sup>43</sup> Mit Gegenrechten müssten nicht nur Individuen ausgestattet werden, wie es Menke vorschwebt, sondern besonders Kollektivakteure, weil sie erst im organisierten Protest den Gegenrechten überhaupt politische Schlagkraft verleihen und in Rechtsprozessen die Chancen der Durchsetzbarkeit erhöhen. Wie solche kollektiven Gegenrechte zu konzipieren wären, damit in Sozialbewegungen, Organisationen, Verbänden, Gewerkschaften, NGOs nicht nur politische Programme entworfen, sondern gerade auch vorbegriffliche Affektionen artikuliert werden können, so dass sie in ihrer Vermittlung mit begrifflicher Bestimmung kollektives politisches Urteilen erzeugen können, dürfte eine der wichtigsten Herausforderungen für die „institutional imagination“ (Roberto Unger)<sup>44</sup> eines neuen Rechts darstellen. Denn hier geht es nicht nur darum, den Schutz individueller Motivbildung grundrechtlich zu verbürgen, sondern darum, in darauf zugeschnittenen Prozeduren und Verfahren Freiräume für kollektive Willensbildung in der Gesellschaft aufrechtzuerhalten und zu vergrößern.

Protestbewegungen dürften die geradezu paradigmatischen Kandidaten für kollektiv artikuliert Affektkommunikation sein. Jedenfalls in ihrer Anfangsphase sind Protestbewegungen dadurch ausgezeichnet, dass sie weitgehend ohne begriffliche Bestimmungen, ohne ausformulierte Theorien und ohne explizite politische Aktionsprogramme, spontan Affekte der Betroffenheit, des Unbehagens, der Anklage, des Engagements, des Zugehörigseins artikulieren und dies explizit nicht als bloß individuelle Gefühlsaufwallungen, sondern als eigensinnige Affekte eines Kollektivakteurs, also einer Protestkommunikation, die als soziale Bewegung beträchtliche kommunikative Macht entfalten kann.<sup>45</sup> Protestbewegungen sind das Paradebeispiel für den „Sklavenaufstand“ von heute in seiner kollektiven Form, den einst Nietzsche kritisiert hatte und den nun Menke in seinem produktiven Potential wiederentdeckt. Öffentlich Unrecht zu erleiden statt politische Alternativen zu entwickeln, Unbehagen zu ar-

---

<sup>43</sup> Von der Fähigkeit bestimmter Kollektivakteure zu systemic compassion im Gegensatz zu personalen Affekten in Organisationen sprechen in einer organisationssoziologischen Perspektive Aldo Mascareno und Camilo Drago, *Nothing more than feelings? De la compasión individual a la compasión sistémica en las organizaciones modernas*, *Economía y Política* 3 (2016), S. 85ff. Sie beziehen sich auf Grahame Thompson, *The Constitutionalization of the Global Corporate Sphere?*, Oxford 2012, S. 80ff., der vier Typen von Organisationen unterscheidet, cynics, bottom-feeders, enthusiasts, ethical producers. In den letzten beiden Typen dürfte kollektive Affektkommunikation eine wichtige Rolle spielen (Beispiele: Novo Nordisk, Lefrage, fair commerce, Bio-Unternehmen, Finanzkooperative).

<sup>44</sup> Roberto M. Unger, *Legal Analysis as Institutional Imagination*, *Modern Law Review* (1996), S. 59ff.

<sup>45</sup> Dazu John Markoff, *Waves of Democracy: Social Movements and Political Change*, New York 2015; Niklas Luhmann (Fn. 16), 847ff.



tikulieren, ohne es schon auf den Begriff zu bringen, Passivität gegenüber der Entwicklung von politischen Alternativen zu zeigen, das Recht auf Nichtteilnahme in den Institutionen einzufordern, die Übernahme von politischen Entscheidungsfunktionen zu verweigern, die Berücksichtigung der eigenen Anliegen durch die Herrschenden zu verlangen – all diese typischen Merkmale des Sklavenaufstandes weisen heute nicht nur Einzelakteure, sondern in kollektiver Form die Protestbewegungen auf. Auch ihre Symbiose mit den Informationsmedien, die erst ihren durchschlagenden gesellschaftspolitischen Erfolg ermöglicht hat, ist gerade nicht auf eine begrifflich entfaltete politische Programmatik gestützt, sondern beruht wesentlich auf Affektkommunikation pur.

Und obwohl die Akteure der institutionalisierten Politik dies alles eher als naive, unpolitische, undurchdachte, irrationale Form von Politik abzuwehren pflegen, sind gerade diese Affektkommunikationen mit kollektiven Gegenrechten abzustützen. Ja, radikaler noch, kann man die Gegenrechte auf vorbegriffliche Kollektivaffekte nicht auf „progressive“, „linke“, „emanzipatorische“ Protestbewegungen beschränken, sondern muss sie auch „reaktionären“, „rechten“, „gemeinschaftssuchenden“ Bewegungen zugestehen, wenn das kollektive Affektpotential nicht von vornherein einer gesellschaftlichen Zensur unterworfen sein soll. Auch hier müssten die Gegenrechte eines neuen Rechtes ihre Wirksamkeit entfalten, wenn auch gegen erhebliche Widerstände einer sich als „kritisch“ verstehenden Öffentlichkeit, die allzu vorschnell mit administrativen Verboten gegen „populistische“ Bewegungen vorgehen will. Freilich muss dann auch in aller Härte betont werden, dass man diese weitgehende Toleranz gegenüber radikaler Affektkommunikation, von welcher Seite auch immer, nur in dem Maße verwirklichen kann, wie ein selbstbewusstes Rechtssystem in der Lage ist, manifeste Gewalt zu verbieten und die Verbote mit manifester Gegengewalt auch durchzusetzen.<sup>46</sup>

### 3. Kommunikationsmedien

Schließlich würden Gegenrechte auch in der institutionellen Dimension wirksam: zum Schutz der Integrität gesellschaftlicher Handlungsbereiche gegenüber expansiven, ja totalisierenden Tendenzen anderer gesellschaftlicher Handlungsbereiche. Der Schutz institutioneller Grundrechtsgarantien müsste sich gegenüber der Motivationsgewalt hochselektiver Kommunikationsmedien auswirken: Seduktion durch Geld, Negativsanktionen der Macht, Verbindlichkeitszumutungen des Rechts, Wahrheitsanspruch der Wissenschaft, Machbarkeitsfantasien der Technologie. Gegenrechte richteten sich dann gegen die „strukturelle Gewalt“ (Johan Galtung)<sup>47</sup>, die von dem jeweiligen Kommunikationsmedium

<sup>46</sup> Menke spricht dem neuen Recht ausdrücklich die Berechtigung zu, die Gegenrechte mit Gewalt durchzusetzen Menke (Fn. 5), 406.

<sup>47</sup> Johan Galtung, Institutionalized Conflict Resolution: A Theoretical Paradigm, *Journal of Peace Research* 2 (1965), S. 348ff.



ausgeht. Sie richten sich gegen ihren eindimensionalen Motivationszwang und befreien tendenziell das politische Urteilen von diesen Einseitigkeiten. Sie erlauben einen Zugang zur „Welt“ über die begriffslose Intuition und ermöglichen zugleich eine begriffliche Bestimmung im Urteil, das sich von den Einseitigkeiten der geld-, macht- oder wissenschaftsgesteuerten Begriffsbildungen befreit.

Die Gegenrechte müssten die Motivationszwänge der hochspezialisierten Kommunikationsmedien tendenziell „aufheben“, also ihre Urteilsverfälschung korrigieren, zugleich aber müssten die kulturellen Errungenschaften der gesellschaftlichen Differenzierung erhalten werden. Hier sehe ich den Sinn von Menkes Zwei-Fronten-Krieg, der sich einerseits gegen die kapitalistischen Realitäten, andererseits gegen kommunistische Utopien richtet. Hier erklärt sich Menkes Kritik an totalitärer Vergemeinschaftung und emanzipatorischer Entdifferenzierung. Stattdessen ginge es um die Weiterentwicklung der gesellschaftlichen Differenzierung einschließlich ihrer unterschiedlichen Kommunikationsmedien, die jedoch – und das ist das Entscheidende – durch die Ermöglichung authentischen Urteilens an ihre gesellschaftliche Verantwortung gebunden werden müssten.

## V. Polykontextualität der Gegenrechte

Gegenrechte sind nach Menke in Politik, im Recht und in der Gesellschaft verschieden zu konzipieren.<sup>48</sup> In der Politik fordert er Gegenrechte auf Passivität, weil nur diese authentisches politisches Urteilen ermöglichen. Es geht um Gegenrechte auf Singularität gegenüber den totalisierenden Aggregationstendenzen der Vergemeinschaftung. Im Recht wiederum bedarf es nach Menke anders zu konzipierender Gegenrechte auf Passivität, weil nur so die „Gegebenheit“ subjektiver Rechte überwunden werden kann. Hier dienen sie der inneren Politisierung der positivistisch „reifzierten“ subjektiven Rechte. Menke zielt letztlich auf eine Überwindung der alten Politik und des alten Rechts durch Ermöglichung von gesellschaftlichem Dissens, der in beiden Sphären durch ein Recht auf Passivität garantiert wird. Also nicht einfach ein Recht auf andere Begriffsbestimmungen, alternative Theorien oder neue Ideologien, die dem Leben oktroyiert werden, sondern auf eine neue „Form“ der Urteilsbildung in Politik und im Recht. Eigentliches Ziel für Menke aber ist eine neue „Politik“ in beiden Bereichen. Menke entwirft letztlich eine politische Rechtstheorie, keine Theorie des autonomen Rechts.

Menke geht am Ende über den Bereich der „Regierung“, in dem er Politik und Recht zusammenfasst, hinaus und nimmt explizit die Gesellschaft selbst in den

---

<sup>48</sup> Menke (Fn. 5), 372.

Fokus der Gegenrechte.<sup>49</sup> Erschien die Gesellschaft bei ihm zunächst stets nur aus der Beobachtungsperspektive der „Regierung“, entweder als Verweis des Rechts auf das Natürliche oder als Verweis der Politik auf die Gesellschaft, so wechselt Menke nun die Perspektive. Es sollen auch innerhalb der Gesellschaft selbst Gegenrechte, also gegen gesellschaftliche Macht, etabliert werden – sozusagen eine gesellschaftliche „Drittwirkung“ der Gegenrechte. Hier erscheinen sie nun als „gutes Selbst-Regieren der Gesellschaft“, insofern soziale Gegenrechte im „Widerstreit von Beteiligung und Berücksichtigung“ zur Wirkung kommen.

Relativ vage und unbestimmt bleibt jedoch dabei die enorme Varietät der gesellschaftlichen Handlungsbereiche. Meist spricht Menke eher undifferenziert von „der“ Gesellschaft oder von „sozialer Praxis“.<sup>50</sup> Will man hier weiterdenken, dann müsste man das zentrale Kennzeichen der Moderne, nicht nur die funktionale Differenzierung der Gesellschaft, sondern auch die Differenzierung von formalen Organisationen, Netzwerken und Sozialbewegungen stärker fokussieren. Sowohl die realexistierenden subjektiven Rechte als auch die zukünftig möglichen Gegenrechte gewinnen dann erst deutlich an Konturen, wenn sie in unterschiedlichen Gesellschaftsbereichen realisiert werden und dann zwangsläufig eine je unterschiedliche Gestalt annehmen müssen.<sup>51</sup> Menke selbst denkt in gewisser Weise schon in diese Richtung. Wie erwähnt, bestimmt er Gegenrechte unterschiedlich, je nachdem, ob sie in der Politik (als Garantie für Singularität) oder im Recht (als Garantie für innere Politisierung des Rechts) auftreten. Diese Analyse müsste jedoch konsequent auch für andere gesellschaftliche Bereiche, für die Wirtschaft, die Wissenschaft, die Kunst, die Medien, die Medizin durchgeführt werden und dürfte, wenn gründlich recherchiert, sehr unterschiedliche Formen von bürgerlichen subjektiven Rechten einerseits und von künftigen Gegenrechten andererseits aufdecken.<sup>52</sup>

Menkes Gegenrechte sind also als Institutionalisierung von Reflexivität in Recht, Politik und Gesellschaft zu verstehen. Die Aufgabe ist es, gutes Urteilen – den „Prozess der nachdenkenden Umwandlung sinnlicher, affektiver Evi-

<sup>49</sup> Menke (Fn. 5), 396 ff.

<sup>50</sup> Menke (Fn. 5), 396.

<sup>51</sup> Hier liegt der Ansatzpunkt von Forderungen, die verschiedenen gesellschaftlichen Kontexte, in denen subjektive Rechte realisiert werden, explizit in ihrer Ausgestaltung zu berücksichtigen, für Immaterialgüterrechte Dan Wielsch (Fn. 5), für Rechte an Körperfragmenten Vagios Karavas, Rechte am entgrenzten Körper: Sicherungsgarantien einer menschengerechten Biomedizin, Fribourg 2015. Dies ist auch Pablo Holmes' zentrale These zur Notwendigkeit der Politisierung der Weltgesellschaft, Pablo Holmes, *The Politics of Law and the Law of Politics: The Political Paradoxes of Transnational Constitutionalism*, *Indiana Journal of Global Legal Studies* 21 (2014), S. 553 ff., S. 582 f.

<sup>52</sup> Dezidiert für eine solche Kontextualisierung von Grundrechten Ino Augsberg, Subjektive und objektive Dimensionen der Wissenschaftsfreiheit, in: Friedemann Voigt (Hg.), *Freiheit der Wissenschaft: Beiträge zu ihrer Bedeutung, Normativität und Funktion*, Berlin 2012, S. 65 ff., S. 72 ff.; Isabell Hensel/Gunther Teubner (Fn. 22), 164 ff.

denz“<sup>53</sup> – sowohl in Politik und Recht als auch innerhalb der Gesellschaft zu ermöglichen. In der Politik bricht die Reflexivität politische Routinen dadurch auf, dass sie die Singularität des Individuums gegenüber den Zumutungen der aggregierenden Politik privilegiert. Zugleich institutionalisieren Gegenrechte Reflexionspolitiken im Recht. Ebenso soll Reflexivität in der Gesellschaft etabliert werden, indem durch „innere Politisierung“ die Irritabilität der eindimensionalen Autonomiebereiche der Gesellschaft verstärkt wird.<sup>54</sup> Die Besonderheit der Gegenrechte wäre in allen Bereichen darin zu sehen, dass sie nicht einfach alternative Politikprogramme, Theorien, Ideologien proklamieren, sondern dass sie Irritabilität, Sensibilität, Empfindung, Leidensfähigkeit, Responsivität, Spontaneität, Intuition, Fantasie – auch Mystik? – gegen eingefahrene Strukturen politischer Entscheidungsfindung, gegen formalisierte rechtliche Garantien von Autonomiebereichen und gegen gesellschaftliche Vermachtungen – zu gesellschaftlicher Wirksamkeit verhelfen.

Um abschließend die zweite Seite meines Vorschlags, die sich auf die Gegenrechte eines neuen Rechts bezieht, zusammenzufassen: In den angesprochenen Sozialdimensionen der subjektiven Rechte – in den Dimensionen der Kommunikation, der Kollektivakteure und der Kommunikationsmedien – wäre ein Weiterdenken der von Menke für Individuen konzipierten Gegenrechte in Politik, Recht und Gesellschaft nötig. Weiterdenken müsste man solche Gegenrechte in zwei verschiedene Richtungen. Zum einen müssten die von Menke individuell konzipierten Gegenrechte in soziale Gegenrechte für Kollektive, Organisationen, Sozialbewegungen, Netzwerke, Funktionssysteme, aber auch für einfache Sozialsysteme weitergedacht werden, nicht als Substitute für Individualrechte, sondern als deren gleichursprüngliche Komplemente. Zum anderen wären die von Menke als einheitlich gedachten Gegenrechte in der Gesellschaft konsequent zu pluralisieren: als Gegenrechte gegen die Motivationszwänge ganz unterschiedlicher Kommunikationsmedien, die dann aber auch entsprechend in unterschiedlichen Sozialkontexten unterschiedlich ausgestaltet sein müssten.

---

<sup>53</sup> Menke (Fn. 5), 377.

<sup>54</sup> Hierzu weiterführend im Sinne der Eigenpolitisierung des Rechts Johan Horst (in diesem Band). Die rechtsspezifische Politizität und ihre Abhängigkeit von prozeduralen Elementen arbeitet Tatjana Sheplyakova (in diesem Band) deutlich heraus.