

Utopie einer neuen normativen Ordnung

Alternativen *im* Recht / Alternativen *zum* Recht

DARIA BAYER / SÖREN DEISTER / MARCUS DÖLLER /
SIMON KNEIP / HANNAH OFTERDINGER /
JAN-ROBERT SCHMIDT

Die Vorstellung einer notwendigen Analyse der Form des Rechts und möglicher Alternativen wird heute unter anderem mit dem *Rechtstheoretiker Jewgenij B. Paschukanis* verbunden. Dieser stellte in seinem 1924 erschienenen Buch *Allgemeine Rechtslehre und Marxismus*, das in diesem Jahr sein 100jähriges Jubiläum mit Konferenzen weltweit feiert, die bis heute kontrovers diskutierte These vom „Tod der Rechtsform“ im vollentwickelten Kommunismus auf. Für Paschukanis war die Überwindung des bürgerlichen Rechts für eine Gesellschaft, die den Streit um egoistische Besitzinteressen überwunden hat, unumgänglich. Eine echte Alternative könne, so Paschukanis, nur außerhalb der Rechtsform, in einer anderen Form der Regelung sozialer Beziehungen, gefunden werden.

Die in diesem Band versammelten Beiträge *Utopie einer neuen normativen Ordnung* knüpfen an den Gedanken einer notwendigen Analyse der Rechtsform an, beleuchten dabei aber auf doppelte Weise die Möglichkeiten eines neuen Rechts: rechtsformimmanent und rechtsformtranszendent. Gemeinsamer Ausgangspunkt der Beiträge ist die Einsicht, dass jede echte Alternative zur aktuellen rechtlichen Verfasstheit ihren Ausgangspunkt in einer Auseinandersetzung mit dem bestehenden Recht gewinnen, gleichsam aus dieser Kritik hervorgehen muss, möchte sie an diesem nicht eitel vorbeischreiten und es damit verfehlen. Mit diesem Postulat ist jedoch über die Frage nach der Notwendigkeit von Recht (in seiner jetzigen Form) noch nichts gesagt. Vielmehr kann die Utopie einer anderen normativen Ordnung sowohl rechtsimmanent als Alternative(n) *im* Recht, als auch rechtstranszendent als Alternative(n) *zum* Recht konzipiert werden.

Alternativen *im* Recht bedeutet, andere Weisen des bestehenden Rechts zu erdenken und zu erproben. Während in der Beschreibung der immanenten Formulierung

von den Alternativen *im* Recht eine Reform der institutionalisierten Rechtspraxis der aktuellen, bürgerlichen Rechtsform in den Blick genommen wird, geht der Gedanke einer Alternative *zum* Recht hingegen weiter, zielt er doch auf eine Transzendierung der institutionellen Ordnung und der normativen Anspruchsbestimmtheit der bürgerlichen Rechtsform ab. Hier wird nämlich danach gefragt, wie es Formen der Praxis geben kann, die noch gar nicht institutionell etabliert sind und im bürgerlichen Recht mit dem Fokus auf individuelle Eigentums- und Besitzrechte auch nicht etabliert werden *können*. Mit dieser Unterscheidung wird klar, dass die Differenz von Revolution und Reform eine Spannung markiert, die sich in der Differenz von Alternativen *zum* Recht einerseits und Alternativen *im* Recht andererseits wiederholt und verschärft. Die Differenz von Alternativen *zum* Recht einerseits und Alternativen *im* Recht andererseits ist dabei selbst eine Differenz, die politisch ausgehandelt werden muss.

Die Tagung, die vom 9. bis zum 11. März 2023 im Warburg Haus in Hamburg stattgefunden hat, nahm beide Lesarten in ihrer Spannung und Gegenläufigkeit in den Blick. Was ist gegen das bürgerliche Recht vorzubringen? Was lässt sich an dieser Rechtsform reformieren, was nicht und warum nicht? Wie ließen sich dann Alternativen *im* Recht konzipieren? Das sind Fragen, die sich an das Modell Alternativen *im* Recht anschließen. Wie lässt sich das bürgerliche Recht über sich hinaustreiben? Wie lassen sich andere Formen von Recht vollziehen, die im bürgerlichen Recht nicht institutionalisiert sind oder vollzogen werden können? Das sind Fragen, die sich an das Modell Alternativen *zum* Recht anschließen.

Die in diesem Band versammelten Beiträge sind Ausdruck dieses Widerspruchs zwischen Immanenz und Transzendenz, Theorie und Praxis. Sie bewegen sich von einer ästhetischen und materialistischen Kritik an der Form des Rechts über konkrete Alternativen zum Recht etwa bei der Aufarbeitung sexualisierter Gewalt oder der Ausmalung feministischer Verfassungsutopien hin zum Versuch der Transformation des Rechts durch zivilen Ungehorsam. Dabei bleibt insbesondere die Frage offen, ob der formende Begriff der Utopie sinnvoll ist, um über neue Möglichkeitsräume für das Recht nachzudenken – oder ob es in einem ersten Schritt darum geht, durch das gemeinsame Ausprobieren und Sich-Begegnen diese neuen Formen erst zu finden.

Den Auftakt macht *Greta Olson* mit ihrer Keynote. Dort lädt sie uns ein, uns gemeinsam auf die Suche nach zukünftigen Träumen und Begegnungsräumen zu begeben. Sie stützt diese Träume konzeptionell auf etwas – im Einzelnen noch Auszudefinierendes –, das sie in Anlehnung an *Rudolf v. Jhering* „(Menschen-)Rechtsgefühl“ nennt. Dieses soll uns nicht nur dazu bringen, das positive Recht zu verstehen, sondern zugleich die Möglichkeit beinhalten, zukünftig selbst Recht zu werden – *Olson* bezeichnet dies als *legality*. Programmatisch endet *Olson* mit den Worten: „Let us speculate, dream, and desire.“

Hierzu bauen wir zunächst das Fundament mit den Grundlagen gegenwärtiger materialistischer Rechtskritik. Die ersten beiden Beiträge von *Jan Kerkmann* und *Dana-Sophia Valentiner* beschäftigen sich beide – unter zunächst anderen Vorzeichen – mit

einer Begründung rechtlicher Normativität aus der Perspektive leiblicher Verletzlichkeit. So zeichnet *Kerkmann* in seinem Beitrag die Rechtsbegründung *Arthur Schopenhauers* nach, der das Recht anhand des Begriffs des Unrechts bestimmt. Dieses Unrecht, wie *Kerkmann* zeigt, liegt für Schopenhauer in der übersteigerten Selbstbejahung des Einzelnen, in dem sich der Wille immer nur, gemäß dem *principio individuationis*, als egoistischer Einzelwille geltend machen kann. Aus dieser Perspektive muss der Unrechtsbegriff zur Grundlage von (Mitleids-)Ethik wie Rechtslehre werden. Eine nicht unbedingt erwartbare Nähe zu dieser Unrechts-Konzeption zeigt sich in der Rekonstruktion feministischer Utopien bei *Valentiner*. So ruht die frühe feministische Utopie des *Buchs von der Stadt der Frauen* von *Christine de Pizan* auf dem Wunsch nach (körperlichem) Schutz vor Männern. Diesen Rückgang auf feministische Utopien nutzt *Valentiner*, um sich vor diesem historischen Hintergrund dem *Frankfurter Frauenmanifest* zu widmen, an dem sie Hintergründe, Konflikte und Zielsetzungen feministischer Utopiebildung ausleuchtet.

Die feministische Rechts(form-)kritik führt uns sodann ins Strafrecht. In ihrem Beitrag beschäftigt sich *Simone Kreutz* mit der Frage, ob das Strafrecht mit seinem Prinzip der äquivalenten Gerechtigkeit überhaupt ein adäquates Mittel sein kann, sexualisierte Gewalt aufzuarbeiten. *Kreutz* betrachtet dabei alternative Ansätze wie *restorative* und *transformative justice* und orientiert sich insbesondere an einem multidimensionalen Gerechtigkeitsbegriff (*kaleidoscopic justice*). Hierbei rückt *Kreutz* die Forderung nach kollektiver Verantwortungsübernahme, die sich aus einem veränderten Verständnis von Gerechtigkeit ergibt, in den Mittelpunkt und skizziert einige Herausforderungen ebenso wie das utopische Potenzial alternativer Rechtspraktiken.

Ein weiteres Feld, in dem die Rechtspraxis von innen heraus kritisiert wird, stellt die aktuelle Diskussion um zivilen Ungehorsam dar. *Sebastian Tober* untersucht in seinem Beitrag kritisch die breit vertretene Annahme, eine strafrechtliche Rechtfertigung von zivilem Ungehorsam sei in sich widersprüchlich. Zu diesem Zweck verknüpft *Tober* den Begriff des zivilen Ungehorsams mit dem Begriff des Verstoßes gegen verhaltensregelnde Normen. *Tober* widerlegt die These der Unmöglichkeit einer strafrechtlichen Rechtfertigung von zivilem Ungehorsam und zeigt, inwiefern dieser als rechtliche Praxis konzeptualisiert werden kann.

Die Alternativen von Immanenz und Transzendenz nehmen noch einmal und *Rodrigo Muray van den Broek* und *D. E. H. Jacobs* in den Blick. In seinem methodologischen Beitrag zur kritischen Theorie des Rechts versucht *van den Broek* die – vermeintlich unüberbrückbare – Differenz zwischen immanenter und transzendenter Rechtskritik durch einen Rückgriff auf *Jürgen Habermas'* Begriff der „Transzendenz von innen“ zu egalisieren. Er will aufzuzeigen, inwiefern der zivile Ungehorsam genau diese Trennung in sich vereint und damit gleichzeitig aufhebt. *Jacobs* hingegen fragt nach der Möglichkeit, ja Notwendigkeit eines kommunistischen Rechts. Die Notwendigkeit ergibt sich für *Jacobs* gerade aus einer recht verstandenen Negation der Gewalt. Diese sei *Karl Marx'* Kritik der politischen Ökonomie ebenso eigen wie dem Recht. Aus

dieser Perspektive ist das Recht weniger zu verabschieden als vielmehr notwendige Bedingung freier Sozietät.

Und wenn dieser notwendigen Bedingung doch etwas Tragisches innewohnt? Diesen Gedanken greifen zum Abschluss *William Ross* und *Kristian Schäferling* auf und versuchen zugleich, den Begriff des Tragischen in je eigener Weise zu überschreiten. Das Problem ist schnell einsichtig: Die tragische Konstellation kennt kein Außen, seinem Schicksal kann das tragische Subjekt nicht entfliehen. Auf das Recht gewendet bedeutet das, dass auch das moderne Rechtssubjekt seiner rechtlichen Realität nicht entkommen kann. Es bleibt gefangen in den äußeren Bedingungen seiner Form, die es notwendigerweise perpetuiert und aus denen es sich nicht innerhalb der rechtlichen Form befreien kann. *Ross* versucht, unter Rückgriff auf *Walter Benjamins* Begriff des Trauerspiels und *Christoph Menkes Theorie der Befreiung* diese tragische Konstellation aufzuheben. *Ross* erkennt das emanzipative Potenzial des Trauerspiels in der Möglichkeit, die befreiende Erfahrung eines Bruchs in der zweiten Natur darzustellen, ohne diesen Bruch unmittelbar wieder schließen zu müssen.

Schäferling entnimmt einer Lektüre von *G. W. F. Hegels Phänomenologie des Geistes* ein Spannungsverhältnis zwischen dem Tragischen und dem Komischen. Das komische Subjekt ist das Subjekt des abstrakten Rechts, das dem Sittlichen und seinen starren tragischen Außenbedingungen scheinbar entkommen ist. *Schäferling* zeigt jedoch anhand *Hegels Phänomenologie des Geistes*, dass auch das komische Subjekt der sittlichen Immanenz (bei *Hegel*: des Christentums) und der Subjektivierung durch den Staat unterworfen bleibt. Mit anderen Worten: Auch das komische Subjekt ist ein tragisches Subjekt. Könnte es dennoch ein komisches Subjekt geben, das nicht an die Wiederholung des Tragischen gebunden ist?

Juli 2024, Hamburg / Frankfurt am Main

Daria Bayer

Sören Deister

Marcus Döller

Simon Kneip

Hannah Ofterdinger

Jan-Robert Schmidt

The Utopian Desire for a Just Legal Order and *Rechtsgefühle*

Keynote from the Conference in Hamburg
in March 2023

GRETA OLSON

I take the title of my talk from the conference title, which I translate into English as “The Utopia of a New Normative Order – Alternatives in Law / Alternatives to Law.” I am honored to speak with and learn from you.¹

I frankly feel humbled by the concept as well as the history of utopias in law and elsewhere. However, I am also suspicious of utopia. I feel small before this concept and genre, at least given your subject with respect to normative orders. I understand utopian and dystopian texts to be performances of profound social criticism. From Plato’s *Republic*, authored around 375 BCE, through Thomas More’s *Utopia* (1516) to José Muñoz’s vision of a queer utopian future as a horizon in *Cruising Utopia* (2009), utopias imagine an infinitely better counter world to our currently troubled one. They pathologize our messy present by highlighting forms of inequity through a reversed view of what is now the dominant and the hegemonic, or through hyperbole, as in Jonathan Swift’s wonderful world of perfectly rational equine beings, the Houyhnhnms, and hideously dirty human-like creatures, the Yahoos, at the end of *Gulliver’s Travels* (1726).

Perhaps my difficulty in imagining utopian alternatives in or to the law lies in my training in the un-discipline of cultural studies. I am deeply in concert with the sentiments of the post-humanist feminist philosopher Donna Haraway about the particularity and partiality of any given individual’s views on a given subject. Haraway reminds us that there can be no god trick in our scholarship, no *deus ex machina* in

¹ I retain the form of this text as a spoken introduction to the conference in Hamburg in March 2023. My great appreciation goes to Birte Christ, Stefanie Rück, Melanie Kreidler, and Laura Borchert for critical feedback on this text and to the editors Daria Bayer and Simon Kneip for their helpful review.

the production of knowledge. Instead, we can only think through and communicate in partial forms of knowledge. Haraway uses “knowledge” in the plural to emphasize the particularity and non-universality of given viewpoints. Situated knowledges, as she writes, produce “a more adequate, richer, better account of a world, in order to live in it well and in critical, reflexive relation to our own as well as others’ practices of domination and the unequal parts of privilege and oppression that make up all positions.”²

For me as a researcher and a facilitator of learning – a term I prefer to more hierarchical terms – this entails using the first person singular in my writings to denote a perforce limited view. This is not to be confused with anecdotalism or confessionalism, as the use of the I-voice in Anglophone texts is often misunderstood to be. It entails stating my background. This is as an expatriate U. S. American who has lived more than half of her life in Germany, who is a granny and a civil servant, and also a queer-trans feminist womxn, who aims to be anti-racist and decolonizing in her work,³ and who has a background in philosophy, studio art, linguistics, literature, and auto-didactically in law. This information might help you to frame what I am saying here within the context of knowing how I was acculturated and under what circumstances. Insisting on the situatedness of partial knowledges also entails admitting to a complete lack of omniscience. There is no communal ‘we’ doing the enunciating. It also entails describing the errors I make along the way when I am exploring a new hypothesis or topic.

Imagining Utopian Alternatives to Law

To imagine what you, members of the Junges Forum Rechtsphilosophie (Young Forum for Legal Philosophy), might mean by utopian alternatives to law,⁴ I look to the work of one of the individuals who kindly invited me to be a part of this event. This is Daria Bayer and her recently published *Tragödie des Rechts* (“The Tragedy of Law,” 2021).

On the one hand, Bayer’s PhD project included the creation and performance of *Jewgenij: The Tragedy of Law* (2019), a drama concerning the Marxist legal scholar Evgeny Bronislavovich Pashukanis’s execution under Stalin. In the play, the non-future of Pashukanis’s vision of law in his *The General Theory of Law and Marxism* (1924) is imagined and dramatized. The drama performs not only Pashukanis’s call for a change of perspectives within the legal sciences but also his repeated insistence that law and the state will “have withered away” when the next stage of communism has been ar-

2 Haraway, Donna (1988): “Situated Knowledges: The Science Question in Feminism and the Privilege of Partial Perspective.” In: *Feminist Studies* 14 (3), 575–599, 579. DOI: 3178066.

3 To unpack how I use this term, see Olson, Greta / Lechner, Elisabeth (2022): “#Feminist – Naming Controversies and Celebrating Points of Connection and Joy in Current Feminisms.” In: *EJES* 26 (2), 292–321.

4 Something that I can only speculate about in the plural.

rived at.⁵ Bayer understands this work to be a demystification of law's formal hermeticism brought about through defamiliarization. We witness the death of Pashukanis in a Brecht-like tragedy.⁶ *Jewgenij: The Tragedy of Law* also demonstrates the potential of the creative arts to perform legal critique. Elsewhere, I have called this imaginative critique of the current legal order through art a type of performative legal pluralism. Recourse is made to an alternative normative order than the current one when the legal norms and rules of application of the current one fail to solve the conflict at hand.⁷

Yet Bayer's text also offers an avenue for reading Pashukanis's work. It demonstrates how *The General Theory of Law and Marxism* was intended to invite a critical discussion of legal theory and Marxism by demonstrating inherent contradictions within law itself.⁸ The published dissertation contains the script of the play. But it is framed by two additional academic texts – one, about the reasons for performing a critique of law via Pashukanis (*Vorbemerkungen*); the other, a discussion of the “withering away” of law that Pashukanis imagined, as well as theater's place in this (*Reflexionen*). Repeatedly, Bayer returns to a central passage from Marx and Engels's *The German Ideology* (1845–6). There, Marx and Engels envision utopia as the freedom from bureaucratic authority that would be acquired through overcoming capitalism and the alienated manner of working and living to which capitalism compels us to adhere.

Bayer quotes a passage from *The German Ideology* (1845/1846) in the play and in the accompanying academic texts. I cite it here in English, having de-gendered the easily available online translation:

in communist society, no one has an exclusive sphere of activity. Rather, one can become accomplished in any branch, for society regulates general production and thus renders it possible for me to do one thing today and another thing tomorrow, to hunt in the morning, fish in the afternoon, and tend to livestock in the evening, practice criticism after dinner, just as I please, without ever becoming a hunter, a fisherman, a herdsman or a critic.⁹

Quoting Bayer in translation, as she reads this passage:

Since we cannot now know what living with one another in a communist utopia would comprise in detail, Marx and Engels wish to leave it up to the emancipated subjects of a future society to decide on how they wish to shape their social relationships.¹⁰

⁵ Bayer, Daria (2021): *Tragödie des Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 22, 47.

⁶ Ebd., 25.

⁷ Olson, Greta (2022): *From Law and Literature to Legality and Affect*. Oxford: Oxford University Press, 128, 156, 169, 175, 178.

⁸ Bayer (2021), 75. Where not otherwise indicated, all translations are by the author.

⁹ Marx, Karl (1845): “Part I: Feuerbach. Opposition of the Materialist and Idealist Outlook.” In: *The German Ideology*. Marxist Internet Archive, Online Translation, <https://www.marxists.org/archive/marx/works/1845/german-ideology/cho1a.htm>; access: 12.07.2023.

¹⁰ Bayer (2021), 21.