

## B. Auf dem Weg in die Rechtswirklichkeit: Die Rechtsform als Transformation

### I. Der moderne Traum von der Autonomie des Rechts

In der Auseinandersetzung mit Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* wird eine Rechtsstaatstheorie sichtbar, in deren Zentrum der allmächtige Souverän dem von Ohnmacht geprägten *homo sacer* gegenübersteht. Agamben beschreibt moderne Rechtsstaaten demnach insofern als problematisch, als sie ihr Versprechen auf individuelle Freiheit durch das Recht selbst verunmöglichten müssen und ins Gegenteil verkehren. Menschenrechten spricht Agamben die oppositionelle Rolle zum Staat ab und versteht sie als Katalysatoren der biopolitischen Souveränität.

Mit der Frage nach dem Wirken der Souveränität rückt damit die Frage nach dem Wirken rechtsstaatlicher Herrschaft in den Vordergrund. Zwischen einem Souveränitätsbegriff, der in der Entscheidung des Souveräns die Faktizität priorisiert und einer normativen Theorie eines autonomen Rechts, das die Frage nach der Souveränität nicht stellen kann, versucht Agamben einen Mittelweg zu finden: Souveränität, verstanden nach Agamben, ist »weder ein ausschließlich politischer noch ein ausschließlich juridischer Begriff, weder eine dem Gesetz äußerliche Potenz (Schmitt) noch die höchste Norm der Rechtsordnung (Kelsen): Sie ist die originäre Struktur, in der sich das Gesetz auf das Leben bezieht und durch die eigene Aufhebung in sich einschließt«.<sup>1</sup> Recht wird so zum Bestandteil eines transzendenten und absoluten Souveränitätsbegriffs. Dieser Mystifizierung in Agambens Herrschaftsverständnis<sup>2</sup> lässt sich entgegenhalten, dass auf diese Weise das Narrativ einer Souveränitätsidee und ihr Wirken in rechtlichen Normen und rechtlichen Institutionen<sup>3</sup> nicht durch ihre Sichtbarmachung aufgedeckt und dekonstruiert,

1 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 39.

2 Dabei wirft Agamben der zwei-Körper-Lehre von Kantorowicz vom ›body natural‹ und ›body politic‹ vor, »den ›absoluten Charakter der souveränen Macht‹ – im Unterschied namentlich zu Carl Schmitts politischer Theologie – übergangen und stattdessen mittels seiner eigenen christologisch fundierten Körperlehre den ›harmloseren Aspekt‹ der institutionellen Kontinuität herausgestellt« zu haben, *Pauly*, in: *Staat und Historie* (2021), S. 324. Agamben entwickelt demnach »eine kritisierbare Genealogie integraler Körper«, bei der »die Immanenz des Politischen im Körper [...] zentral um die Souveränität kreist, *Pauly*, in: *Staat und Historie* (2021), S. 354.

3 »Mythen gehen ein in die soziale Wirklichkeit, etablieren Normen, Organisationsstrukturen sowie Selbstverständnisse und gestalten auf diese Weise

sondern vielmehr affirmierend vorangetrieben wird. Der Prozess der Rationalisierung von Herrschaft in modernen Rechtsstaaten wird ausgebendet. Ganz explizit grenzt sich Agamben in diesem Zuge von Habermas ab, der die Spannung zwischen Faktizität und Geltung des Rechts im modernen Rechtsstaat, die aus dessen Rationalisierung entsteht, nicht in einem transzendenten Souverän, sondern in der Theorie der kommunikativen Vernunft zu integrieren sucht. So scheiterte die Idee kommunikativer Vernunft allein schon aufgrund der Sprachlosigkeit des *homo sacer*.<sup>4</sup> Die Substantialisierung der allmächtigen und willkürlichen Souveränität spiegelt sich dabei in der sprachlosen, irrationalen Substanz des *homo sacer* (dazu mehr unter Kapitel B III). Inwiefern ist diese Erzählung mystifizierter Herrschaft und deren Verknüpfung mit dem Recht schlüssig? Und welche Rolle spielt hier das moderne Ideal der Autonomie des Rechts? Im Folgenden sollen drei Problemanalysen moderner Rechtsstaatlichkeit in den Blick genommen werden, die sich explizit von Agambens Theorie des permanenten Ausnahmezustands abgrenzen und über die Prämissen seiner Rechtsstaatstheorie hinausweisen, indem sie eigene Erklärungen zu rechtsstaatlichen Krisen anbieten. All drei korrigieren sie den modernen Traum der Autonomie des Rechts bzw. der Autonomie subjektiver Rechte. Insofern wird zunächst auf Souveränität im Spannungsfeld von staatlicher Herrschaft und der Autonomie des Rechts eingegangen. In einem zweiten Schritt wird die formal-rechtliche Rechtsform als Herrschaftsform beleuchtet, um zum Schluss zur Reflexivität von rechtsstaatlicher Herrschaft zu gelangen.

## 1. Ausnahmezustand als Krise der Autonomie des Rechts

Agamben startet seine Analyse des permanenten Ausnahmezustands bei der Debatte zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen im Weimarer Methodenstreit, den er trotz des gewählten »Mittelwegs« mystifizierend

nachhaltig die politische Ordnung«, *Pauly*, in: Staat und Historie (2021), S. 346f.

<sup>4</sup> Während Agamben den sprachlosen *homo sacer* zudem als Inbegriff der Vermischung von Politischem und Heiligem konzipiert, weist Jürgen Habermas in Anlehnung an Emile Durkheim gerade auf die Versprachlichung des Sakralen im Zuge gesellschaftlicher Rationalisierung hin: »Wenn man diese Umstellung des Staates auf säkularisierte Grundlagen der Legitimation als Hintergrund berücksichtigt, legt die Entwicklung des Vertrags vom rituellen Formalismus zum wichtigsten Instrument bürgerlichen Privatrechts die Idee einer Versprachlichung, einer kommunikativen Verflüssigung des religiösen Grundkonsenses nahe«. *Habermas, Theorie des kommunikativen Handelns* Band II (2019), S. 126.

wendet. Demgegenüber haben rechtssoziologische Analysen in Anschluss an Max Weber<sup>5</sup> die »Entzauberung der Welt« und die gesellschaftliche Rationalisierung hervorgehoben, der sowohl eine Rationalisierung souveräner Herrschaft in Form eines vertragsrechtlichen Naturrechts<sup>6</sup> als auch eine Rationalisierung und Ausdifferenzierung der konkreten Ausgestaltung rechtlicher Herrschaft in modernen Rechtsstaaten zugrunde liegt.<sup>7</sup> Die Epoche der Moderne<sup>8</sup> kann so zunächst als ein Prozess des

- 5 Der Begriff der rationalen Herrschaft geht auf die Herrschaftssoziologie Max Webers zurück, der die »legale Herrschaft als die rationale Herrschaftsform, im Gegensatz zur traditionalen und zur charismatischen Herrschaft« beschrieb, *Räiser, Beiträge zur Rechtssoziologie* (2011), S. 83. Modernes Recht ist nach Weber demnach durch seinen Formalismus geprägt: »Die allgemeine Entwicklung des Rechts und des Rechtsganges führt, in theoretische ›Entwicklungsstufen‹ gegliedert, von der charismatischen Rechtsoffenbarung durch ›Rechtspropheten‹ zur empirischen Rechtsschöpfung und Rechtsfindung durch ›Rechtshonoratioren‹ [...] weiter zur Rechtsoktroyierung durch weltliches *imperium* und theokratische Gewalten und endlich zur systematischen Rechtssatzung und zur fachmäßigen auf Grund literarischer und formal logischer Schulung sich vollziehenden ›Rechtspflege‹ durch ›Rechtsgebildete‹ (Fachjuristen)«. Weber, *Rechtssoziologie* (1967), S. 330. Webers Rationalisierungsanalyse bildete den theoretischen Boden zahlreicher herrschaftskritischer Analysen des modernen Rechtsstaats, vgl. für die auf Weber aufbauenden Theorien Franz Neumanns und Max Horkheimers sowie Theodor W. Adornos: *Fisahn*, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 23ff.; *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band I (2019), S. 455ff.
- 6 »Wir können das rationale Naturrecht in seinen verschiedenen Versionen von Locke und Hobbes über Rousseau und Kant bis Hegel als einen theoretischen Rahmen für Versuche der Begründung rechtlich organisierter Staats- und Gesellschaftsverfassungen verstehen. Dieses Vernunftrecht knüpft, wie Weber feststellt, die Legitimität des positiven Rechts an formale Bedingungen: ›Alles legitime Recht beruht auf Satzung, und Satzung ihrerseits letztlich immer auf rationaler Vereinbarung.‹«. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band I (2019), S. 356.
- 7 *Fisahn*, Herrschaft im Wandel. Überlegungen zu einer kritischen Theorie des Staates (2008), S. 173ff.
- 8 Die Epoche der Moderne dabei allein begrifflich abzugrenzen ist schwierig. Vielfach wird jedoch auf verschiedene veränderte gesellschaftliche Strukturmerkmale im Anschluss an die Zeit der Aufklärung verwiesen. Hierzu zählen etwa ein verändertes lineares Zeitlichkeitsverständnis, dass mit einer erlebten Beschleunigung bzw. mit der Idee des »Fortschritts« und Kontingenz überhaupt einhergeht, siehe hierzu *Gumbrecht*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe* (2004), S. 101ff.; *Koselleck*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe* (2004), S. 371ff.; *Schauer*, Mensch ohne Welt (2023), S. 64ff.; *Rosa*, Beschleunigung (2016). Anthony Giddens bezeichnet die Lösung des Verständnisses von Zeit und Raum von personalen Beziehungen in der Moderne dabei

»doing generality« verstanden werden: »Indem moderne Praktiken die soziale Welt rationalisieren, versuchen sie, ihr allgemeine Formen aufzupressen und sie in Richtung der allgemeinen Formen zu gestalten«.<sup>9</sup> Zu diesen allgemeinen Formen gehört auch das Recht. Die von Agamben referierte Theorie der Autonomie des Rechts von Kelsen steht gerade exemplarisch für die Rationalisierung und Formalisierung des Rechts im modernen Rechtsstaat,<sup>10</sup> die ihre Spuren in der starken Bezugnahme aktueller deutscher Verfassungs- bzw. Staatsrechtsdebatten<sup>11</sup> auf den

als Prozess des »Disembedding«: »By disembedding I mean the ›lifting out‹ of social relations from local contexts of interaction and their restructuring across indefinite spans of time-space«. Giddens, *The Consequences of Modernity* (1990), S. 21ff. Darüber hinaus wird die spezifisch moderne Reflexivität auf die historische Epoche selbst hervorgehoben, Habermas, *Der philosophische Diskurs der Moderne* (2022). Die schiere Vielzahl der Phänomene, die durch den Begriff der Moderne gefasst werden sollen, hat auch dazu geführt statt von »der Moderne« von »Modernen« oder »multiple modernities« zu reden, vgl. hierzu Knöbl, *Die Kontingenz der Moderne* (2007). Edward Said betont vor dem Hintergrund eines modernen Imperialismus und mit Hinblick auf die globale Vielzahl von Modernen, dass diese nicht voneinander getrennt werden könnten und spricht insofern von »entangled histories, intertwined territories«, Said, *Culture & Imperialism* (1994).

<sup>9</sup> Reckwitz, *Die Gesellschaft der Singularitäten* (2017), S. 29.

<sup>10</sup> Dass die Formalisierung des deutschen Staatsrechts maßgeblich im 19. Jahrhundert durch die Methodenlehren Gerbers und Labands geprägt wurde, lässt sich bei Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* (1993) nachlesen. Kelsen wurde entsprechend von den Weimarer Staatsrechtlern trotz seiner mangelnden Bezugnahme auf die »Gründer« des positivistischen Staatsrechts als deren »Nachfolger und Vollender« gesehen, »teils mit dem polemischen Zusatz, er habe das Projekt einer entpolitisierter Staatslehre endgültig ad absurdum geführt«, Pauly, *Der Methodenwandel im deutschen Spätkonstitutionalismus* (1993), S. 30. Als Vertreter der »Eigengesetzlichkeit« des formal-rationalen Rechts wird Kelsen auch in marxistischen Theorien rezipiert, siehe Buckel, *Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 145f.

<sup>11</sup> Ob oder wie sich Staat und Verfassung voneinander trennen lassen, ist umstritten. Zu den Debatten über die Unterscheidung von Staat und Verfassung in der deutschen Rechtswissenschaft siehe Möllers, *Staat als Argument* (2011). Dabei finden sich in der deutschen Rechtswissenschaft einerseits Positionen, die auf ein Substrat des Staats über die rechtliche Normativität hinaus verweisen, und die den Staat als Fundament der Verfassung verstehen: »Die Staatlichkeit weist aber über das Normative hinaus. So mag es denn einer rechtswissenschaftlichen Disziplin als entbehrlich, wenn nicht gar verfähiglich erscheinen, sich ihr zuzuwenden. Dennoch ist Verfassung nicht zu verstehen ohne Staat. Dieser ist ihr Gegenstand und ihre Voraussetzung. In ihm erreicht sie Geltung und Wirklichkeit«. Sichtbar wird hier die Sorge vor einem »Staatsrecht ohne Staat. Staat ist nunmehr kein Argument. Staatsrecht reduziert sich auf Verfassungsrecht«,

Methodenstreit hinterlässt.<sup>12</sup> Vor diesem Hintergrund muss der Ausnahmezustand als ein modernes Problem verstanden werden, das gerade erst mit der Rationalisierung des Verfassungsrechts sowie rechtsstaatlicher Herrschaft »formulierbar« wird.<sup>13</sup> Erst mit der Entstehung des Ideals einer rational formalen Herrschaft durch das Recht (bzw. die Verfassung) wird dessen Ausnahme zur Gefahr. Wie gehen also aktuelle Debatten im Verfassungsrecht mit dem modernen ›Problem‹ der Ausnahme um? Und was lässt sich daraus über die Herrschaftsrationalisierung im Rechtsstaat lernen?

Beiträge zur Frage nach dem Vorliegen oder der Funktion des Ausnahmezustands finden sich in einer Reihe von Themen der deutschen Rechtswissenschaft: Sie treten nach wie vor prominent in Debatten zum Verhältnis von Sicherheit und Freiheit hervor, bei denen zum Teil einem

*Isensee*, in: Handbuch des Staatsrechts – Band 2: Verfassungsstaat (2004), § 15 Rn. 1, 6. Dem gegenüber stehen Ansichten, die den Staat »von der Verfassung her« denken – *Michael*, in: Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland (2022), S. 125f. – und die die Entwicklung des deutschen Staats in seiner Funktion zur rechtlichen Eingrenzung der monarchistischen Exekutive sichtbar machen, *Huber*, in: Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 6 Rn. 7f. Der sich entwickelnde deutsche Staat ist in dieser Hinsicht schon immer Rechts- bzw. Verfassungsstaat, Recht konstruiert Staatlichkeit und Verfassungsrecht ist dann (sofern es materiell nicht nur als Recht des Verfassungstextes verstanden wird) Staatsrecht: *Münch*, Grundbegriffe des Staatsrechts (1979), S. 17. Siehe auch *Möllers*, Staat als Argument (2011), S. 429; *Herdegen*, in: Handbuch des Verfassungsrechts. Darstellung in transnationaler Perspektive (2021), § 1 Rn. 95ff. Ganz deutlich werden diese unterschiedlichen Positionen auch in der Debatte um den Ausnahmezustand, wenn etwa der Ausnahmezustand als nicht kodifizierbare Krise der Verfassung und damit die Stunde des Staates proklamiert wird (siehe Kapitel B, Fn. 14, 15).

<sup>12</sup> *Möllers*, Der vermisste Leviathan (2008), S. 97; *Möllers*, Staat als Argument (2011), S. 9.

<sup>13</sup> »Der Ausnahmezustand kann nur richtig verstanden werden, wenn man ihn als Antwort auf das Problem versteht, was mit den in der Verfassung gewährten Freiheitsrechten und den organisationsrechtlichen Regelungen geschehen soll, wenn es zu Krieg oder Aufruhr kommt. [...] Erst mit dem Verfassungsstaat ist daher das Problem des Ausnahmezustands formulierbar. [...] Damit bleibt festzuhalten: Der Terminus Ausnahmezustand ist nicht zu verstehen als ›Inbegriff rechtlicher Regelungen, mit denen eine außerordentliche Situation gemeistert werden sollte‹. Eine solche Definition ist viel zu unspezifisch und vermag auch nicht den Einschnitt zu erklären, der in der Tat mit der Französischen Revolution eintrat. Vielmehr geht es um die Entdeckung von Krieg und Aufruhr als Verfassungsproblem. Hierfür wurde der Begriff des Ausnahmezustands geprägt« *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 52f. Siehe hierzu auch *Boldt*, in: Geschichtliche Grundbegriffe (2004).

»realitätsvergessene[n] Legalismus«<sup>14</sup> oder dem »Schönwetter-Rechtsstaat«<sup>15</sup> die Anerkennung eines übergesetzlichen Notrechts zur Gefahrenabwehr gegen terroristische Angriffe entgegengesetzt wird.<sup>16</sup> Sie reichen aber auch von der europäischen Finanz-<sup>17</sup> und Brexitkrise<sup>18</sup> über die ausgerufenen Ausnahmezustände in Frankreich nach den Terroranschlägen 2015<sup>19</sup> und der Türkei nach dem misslungenen Putsch-Versuch 2016<sup>20</sup> bis hin zur sogenannten Flüchtlingskrise.<sup>21</sup> Paradoxerweise greifen sowohl Befürworter als auch Kritiker eines »Denken[s] vom Ausnahmezustand her«<sup>22</sup> Agambens Analyse des permanenten Ausnahmezustands immer wieder unhinterfragt auf.<sup>23</sup>

Inwiefern können verfassungsrechtliche Debatten Agambens Begriffe des Ausnahmezustands und der Ausnahme ergänzen und einen

<sup>14</sup> Isensee, in: Resilienz des Rechts (2016), S. 51.

<sup>15</sup> Jakobs, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 2006, S. 851.

<sup>16</sup> Isensee, in: Resilienz des Rechts (2016); Klein, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280; Jakobs, Zeitschrift für die Gesamte Strafrechtswissenschaft 2006; Depenheuer, Selbstbehauptung des Rechtsstaates (2007). Kritisch hierzu: Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht (2020); Frankenberg, Kritische Justiz 2017; Finke, Archiv des öffentlichen Rechts 2015; Augsberg, in: Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008 (2009); Volkmann, Merkur 2008; Di Fabio, Neue Juristische Wochenschrift 2008. Interessant hierzu auch Möllers, der der Frage nach dem Staatsnotstand selbst einen zugrundeliegenden Legalismus vorwirft: Möllers, Staat als Argument (2011), S. XXXI.

<sup>17</sup> Brachthäuser/Haffner, Kriminologisches Journal 2017; Wöhl, Aus Politik und Zeitgeschichte 2016.

<sup>18</sup> Sturm, Zeitschrift für Parlamentsfragen 2016.

<sup>19</sup> Kaiser, Ad Legendum 2017; Wöhl, Aus Politik und Zeitgeschichte 2016.

<sup>20</sup> Polzin, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2018; Krumm, Politische Vierteljahresschrift 2018; Göztepe, in: Ausnahmezustand: Theoriegeschichte – Anwendungen – Perspektiven (2017).

<sup>21</sup> So schrieben Depenheuer und Grabenwarter zur vermeintlichen Grenzöffnung im Herbst 2015 durch Angela Merkel: »Der Rechtsstaat ist im Begriff, sich im Kontext der Flüchtlingswelle zu verflüchtigen, indem das geltende Recht faktisch außer Kraft gesetzt wird«, Depenheuer/Grabenwarter, in: Der Staat in der Flüchtlingskrise (2016), S. 7. Kanalan/Wilhelm/Maria sehen hingegen gerade in der Etablierung der Hot-Spots auf den griechischen Inseln einen permanenten Ausnahmezustand: Kanalan et al., Der Staat 2017. So auch: Pichl/Buckel, Blätter für deutsche und internationale Politik 2018.

<sup>22</sup> Augsberg, in: Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008 (2009).

<sup>23</sup> Voigt, Ausnahmezustand (2013), S. 13; Klein, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280; Kanalan et al., Der Staat 2017; Pichl/Buckel,

Rechtsbegriff schärfen? In Bezug auf die deutsche Notstandsregelung des Grundgesetzes im Sinne eines »Ausnahmeverfassungsrechts«<sup>24</sup> lässt sich die Idee einer Suspendierung der Grundrechte und die Entstehung eines »anomischen Raums«<sup>25</sup> oder einer »Leerstelle des Rechts«<sup>26</sup> nicht halten.<sup>27</sup> Das liegt allein schon daran, dass die Ausnahme kein einheitlicher Begriff des Staatsrechts ist, sondern je nach Kontext seiner Verwendung unterschiedliche Konnotationen und Rechtsfolgen beinhaltet.<sup>28</sup> Eine Diskussion über die tatsächliche Suspendierung allen Rechts im Ausnahmestand zu führen, ginge vor diesem Hintergrund an der rechtlichen Realität vorbei.

Die staatsrechtlichen Diskussionen übersetzen das Auseinanderfallen von Faktizität und Normativität im Ausnahmestand zudem deutlicher als Agamben in konträre rechtsstaatliche Rationalitäten, speziell das Auseinanderfallen von staatlicher Herrschaft in Form der Exekutive auf der einen und Herrschaft der formal-rationalen Form des Rechts durch die Legislative und Judikative auf der anderen Seite.<sup>29</sup> Ein Blick auf staatsrechtliche Argumentationen kann hier zunächst die ganzheitliche

Blätter für deutsche und internationale Politik 2018. Kritisch hierzu: *Engler*, Kriminologisches Journal 2019.

<sup>24</sup> In der gleichnamigen Publikation von Kaiser fasst diese das »Ausnahmeverfassungsrecht« als die »Gesamtheit der verfassungsrechtlichen Regelungen, die der Bewältigung krisenhafter Situationen gelten« zusammen, *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 76. Kaisers Bezugnahme auf den Begriff der Krise folgt den von ihr zuvor festgestellten Unschärfen des Begriffs der Ausnahme (S. 35ff.) und deutet darauf hin, dass der Ausnahmestand weniger als starre Fixierung, sondern als »Verfassungsproblem« (S. 53) verstanden werden sollte. Siehe hierzu auch *Kersten*, Juristische Schulung 2016, der keinen Ausnahmestand, wohl aber Krisenregelungen im Grundgesetz findet. Hierzu wiederum kritisch *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 51.

<sup>25</sup> *Raulff*, German Law Journal 2004.

<sup>26</sup> *Agamben*, Ausnahmestand (2004), S. 49.

<sup>27</sup> *Kaiser*, in: Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht (2019); *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 53. Kaiser sieht diese, wenn überhaupt, auf europäischer Ebene in Art. 15 EMRK gegeben, *Kaiser*, in: Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht (2019), S. 34. Siehe hierzu auch: *Weber*, Notstandskontrolle (2019); *Nestler*, Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft 2018; *Polzin*, Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht 2018; *Vollmer*, Die Geltung der Menschenrechte im Staatsnotstand (2010).

<sup>28</sup> *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 35ff. Finke schlägt insofern vor, die Ausnahme lediglich in ihrer Funktion für die Rechtsdogmatik zu bestimmen: *Finke*, Archiv des öffentlichen Rechts 2015, S. 514.

<sup>29</sup> Kaiser zählt etwa die Idee, dass der Ausnahmestand zur »Stunde der Exekutive« wird, zu einer der sieben gängigsten Thesen zum Verfassungsrecht in der Krise, *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 30.

Souveränitätstheorie des *permanenten Ausnahmezustands* mit der Ausdifferenzierung rechtsstaatlicher Herrschaft konfrontieren. Zugleich zeigt die verfassungsrechtliche Debatte darüber, ob der Ausnahmezustand sich verrechtlichen lässt, die Grenzen rechtlicher Rationalisierung auf. In diesem Zusammenhang weisen Rechtswissenschaftlerinnen und Rechtswissenschaftler auf die Notwendigkeit der Resilienz des Rechts hin, sich gegen außerrechtliche Einflüsse (auch in Krisenzeiten) zu bewahren,<sup>30</sup> und warnen vor der Idee, sämtliche in Krisen entstehenden Problemsituationen verrechtlichen zu wollen.<sup>31</sup>

Gleichzeitig liegen den rechtlichen Fragen zum Ausnahmezustand unterschiedliche Rechtstraditionen zugrunde, die einer Pauschalisierung nicht nur des *Ausnahmezustands* sondern auch des *Rechtsstaats* entgegenstehen. Der Ausnahmezustand wird im Bereich des Common Law beispielsweise oftmals als Ausfluss einer Prärogative des Monarchen diskutiert, die auch in der parlamentarischen Demokratie weiterhin bestehen bleibt.<sup>32</sup> Im deutschen Kontext wurde die Ausnahmefrage historisch dagegen als Frage der Suspension von Freiheitsrechten verhandelt.<sup>33</sup> Diese Debatten sind nicht deckungsgleich, auch wenn aktuell in beiden Traditionen auf Carl Schmitt und Hans Kelsen als theoretische Referenzpunkte verwiesen wird.<sup>34</sup> Die Meta-Erzählung Agambens muss sich demnach regionalen Debatten zum Ausnahmezustand stellen, die auf historisch gewachsene Staatsrechtstraditionen und deren Gewichtung exekutiver Befugnisse verweisen. Dabei zeigen sich gerade in den historisch und regional verschiedenen Ausformungen der rechtswissenschaftlichen Debatten zum Ausnahmezustand die Kontingenzen und

<sup>30</sup> Resilient ist das Recht demnach dann, wenn es eine »Gleichzeitigkeit von Rigidität und Flexibilität« aufweisen kann, *Barczak*, Der nervöse Staat (2020), S. 606. Siehe hierzu auch: *Lewinski* (Hg.), Resilienz des Rechts (2016).

<sup>31</sup> Kaiser stellt insofern eine über das Ausnahmeverfassungsrecht hinausweisende Frage: »Was spricht dafür, dass eine ggf. bestehende ethische Pflicht (zur Folter in einem *ticking-bomb*-Fall, zum Flugzeugabschuss) in eine rechtliche Erlaubnis oder gar Rechtspflicht verwandelt wird?« *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 259.

<sup>32</sup> *Loevy*, Emergencies in Public Law (2016), S. 25; *Scheppelle*, in: The Oxford Handbook of Law and Politics (2008), S. 168; *Dyzenhaus*, The Constitution of Law (2006), S. 56ff.; *Gross/Aoláin*, Law in Times of Crisis (2006), S. 30ff.

<sup>33</sup> *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 210. Der Grund hierfür ist wohl auch in der historischen Wurzel des Ausnahmezustands im französischen Belagerungszustand zu finden. Dessen Verrechtlichung 1849 sah etwa »besondere Eingriffsbefugnisse des Militärs (Art. 9)« vor, die rechtlich »mit einer Suspension der durch die Verfassung gewährten Grundrechte einher[gingen]«, *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 131.

<sup>34</sup> Exemplarisch: *Dyzenhaus*, The Constitution of Law (2006), S. 34ff.

Transformationen in den ihnen zugrundeliegenden Rechtsstaatskonzepten.<sup>35</sup> Die Debatten des Verfassungsrechts bauen dabei auf diesen kontingenten Traditionen auf. Zugleich müssen sie (aus der Perspektive des Rechts) einen rechtlichen Umgang mit der Ausnahme fixieren<sup>36</sup> und sich demnach vor Strukturfragen zum Recht verschließen.

Günter Frankenberg hat 2010 eine Studie vorgelegt, die aus einer rechts-theoretischen Außenperspektive rechtsstaatliche Transformationen für den deutschen Kontext nachvollzieht und den Ausnahmezustand als historischen Kampf zwischen exekutiven und legislativen Befugnissen beschreibt. In *Staatstechnik. Perspektiven zu Rechtsstaat und Ausnahmezustand* zeichnet er den Angriff ausnahmerechtlicher Denkfiguren auf die »demokratisch-rechtsstaatliche Legalität«<sup>37</sup> nach und damit auf die Autonomie des Rechts. Frankenberg greift damit zunächst idealtypisch das in den rechtswissenschaftlichen Debatten zum Ausnahmezustand verhandelte Verhältnis von Exekutive zu Legislative und Judikative sowie ihren historischen Veränderungen auf. Seine These der Transformation des deutschen Rechtsstaats vom Freiheits- zum Sicherheitsstaat, die er als eine Normalisierung der Ausnahme bezeichnet, beschreibt dabei die spezifische Rechtswirklichkeit des sich ändernden deutschen Rechtsstaats. Auch bei Frankenberg hat sich das liberale Ideal des Schutzes individueller Freiheitsrechte im modernen Rechtsstaat tatsächlich in ein albraumhaftes Sicherheitsrecht verkehrt. Damit wird der Ausnahmebegriff über eine rechtstheoretische Debatte hinaus aber auch zur Analysekategorie der Rechtswirklichkeit; ein methodisches Vorgehen, das anschließende Fragen aufwirft.

#### *a. Ausnahme als exekutive Willkür und Autonomie des Rechts als Ideal*

Frankenberg beginnt seine Aufarbeitung des deutschen Rechtsstaats bei den Theorien der englischen Philosophen Thomas Hobbes und John

35 »Den Inbegriff oder Idealtyp eines Ausnahmezustands gibt es nicht. Er geht vielmehr mit der Zeit, wandelt sich mit der ihm zugrunde liegenden Staatsform«, Barczak, Der nervöse Staat (2020), S. 674. So auch Kaiser: »Dabei kann davon ausgegangen werden, dass eine bestimmte gesellschaftliche Verfasstheit einen bestimmten Typus des Ausnahmezustands hervorbringt«. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 75.

36 Einen prominenten Versuch der rechtlichen Fixierung des Ausnahmezustands unter Bezugnahme auf ein übergesetzliches Notstandsrecht analog zu § 34 StGB unternahm Böckenförde, Neue Juristische Wochenschrift 1978. Kaiser hingegen fixiert die Grenzen des Rechts, etwa indem sie sich gerade gegen eine Verrechtlichung aller Krisen ausspricht, Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 259ff.

37 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 10.

Locke als Kontrastbilder zweier Rechtsstaatskonzepte, deren Prämissen sich in vergangenen und aktuellen Rechtsstaatsdebatten wiederfinden lassen. Dabei steht Hobbes Theorie des Staates als Leviathan nach Frankenberg für eine Rechtsstaatstheorie, die sich am Konzept der Sicherheit orientiert und auf eine zentrale Gewalt an der Spitze »fixiert bleibt«.<sup>38</sup> Zwar gebe es auch in Hobbes' Theorie einen vertraglichen Ursprung der souveränen Herrschaft. Diese kenne jedoch »weder eine Rückbindung an die Vertragsschließenden noch eine Gewaltenteilung«.<sup>39</sup> Vielmehr liege sämtliche Staatsmacht in den Händen des Souveräns, dem immerhin durch die »natürlichen und göttlichen Rechte« Pflichten auferlegt würden, die jedoch eher als »soft law« zu betrachten seien.<sup>40</sup> Im Mittelpunkt stehe hier eine uneingeschränkte »Sicherheitstechnik«,<sup>41</sup> die die Idee der Freiheit nicht kenne.<sup>42</sup> Ein Ausnahmezustand könne in diesem »halbieren Rechtsstaat«<sup>43</sup> folglich mangels rechtlicher Normalität außerhalb des Naturzustands nicht gedacht werden. Anders bewertet Frankenberg die Rechtsstaatskonzeption John Lockes. Dieser führe liberale Elemente in seine Rechtsstaatsidee ein, die »auf den ersten Blick mit dem Schutz der natürlichen Rechte nicht weiter von einer hobbesianischen Staats-sicherheit entfernt sein könnte«.<sup>44</sup> Sicherheit als Leitidee würde jedoch nicht aus Lockes Rechtsstaat gebannt, sondern »neu organisiert«.<sup>45</sup> Im Vordergrund stehe nun die Legislative statt der Exekutive. Diese bilde bei Locke die »oberste Gewalt und institutionalisiert [...] die Herrschaft der Mehrheit«.<sup>46</sup> So führe der Staatsvertrag bei Locke nicht zu einem Rechtsverzicht sondern vielmehr zur Installation der Grundrechte und dem Grundsatz der Verhältnismäßigkeit. An die Stelle staatlicher Willkür durch eine zentrale Autorität trete das allgemeine Gesetz, die Rule of Law, und etabliere einen Zustand rechtlicher Normalität.<sup>47</sup> Durch diese werde die persönliche durch die unpersönliche Machtausübung ersetzt,

<sup>38</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 42.

<sup>39</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

<sup>40</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

<sup>41</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

<sup>42</sup> Demnach bleibe den Mitgliedern der Gesellschaft lediglich die Rolle als Untertanen: Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 25.

<sup>43</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 24.

<sup>44</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 27.

<sup>45</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 27.

<sup>46</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 27.

<sup>47</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 28. Frankenbergs Prämissen der rechtlichen Normalität als Fundament liberaler Gesellschaften steht demnach spiegelbildlich zur durch Carl Schmitt geprägten These, Normativität bedürfe der Normalität, die im Kontext staatsrechtlicher Debatten zum Ausnahmezustand nach wie vor prominent ist. Siehe hierzu: Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 25ff.

der »subjektive Faktor von politischer Herrschaft« werde so zwar nicht ganz ausgeschaltet, aber unter Kontrolle gebracht.<sup>48</sup> Erst durch die Etablierung der rechtlichen Normalität könne politische Willkür, anders als bei Hobbes, als Ausnahme vom Recht begriffen werden. Frankenbergs Ausnahmebegriff orientiert sich demnach nicht an bestehenden rechtlichen Ausnahmeregelungen. Vielmehr wird die Ausnahme zur Chiffre für die Willkür exekutiver Handlungen und damit einer spezifisch erlebten, angstvollen<sup>49</sup> Rechtswirklichkeit. Unter den Begriff der Ausnahme fallen so all diejenigen Phänomene, die die individuellen Freiheitsrechte einschränken. Freiheit wird dabei negativ verstanden als Freiheit vom Staat: Recht und Staat nehmen ein konträres Verhältnis zueinander ein.

### *b. Der deutsche Rechtsstaat als Sonderweg*

Vor dem Hintergrund dieser zwei Leitkonzepte des modernen Rechtsstaats – Hobbes und Locke – lässt sich Frankenberg zufolge die Entstehung des deutschen Rechtsstaats als »Sonderweg«<sup>50</sup> verstehen. Er führt aus, wie der deutsche Staat entgegen dem Lockeschen Prinzip der Rule of Law lange statt eines Gehorsams gegenüber den Parlamentsgesetzen durch einen Gehorsam gegenüber dem Staat und der Exekutive geprägt war.<sup>51</sup> Anders als die englische blieb die deutsche Staatsrechtsleere lange antiparlamentarisch und antidemokratisch geprägt.<sup>52</sup> Auch nach Beginn des bürgerlichen Zeitalters in Deutschland und damit einer Liberalisierung im staatsrechtlichen Denken Ende des 18. Jahrhunderts blieb die Vormachtstellung des Monarchen erhalten. Sie verstärkte sich insbesondere nach der gescheiterten Revolution 1848 und lässt sich nach Frankenberg noch im Spätkonstitutionalismus nachvollziehen.<sup>53</sup> Erst recht lasse sich die Methode Hobbes und somit die Dominanz der Exekutive in der Weimarer Reichsverfassung finden. Die exekutiven Vollmachten des Art. 48 WRV gingen über die der Bismarckschen

48 Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 29.

49 Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 185ff.

50 Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 81.

51 Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 77.

52 Frankenberg führt dies primär auf das Fehlen eines »ökonomisch-strukturell entwickelten, politisch bewussten und organisierten Bürgertum[s]« zurück, Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 84.

53 Die entstehenden rechtspositivistischen Lehren, etwa von Gerber, gingen zunächst »auf Distanz zum liberalen Paradigma« und somit zum Primat der rechtlichen Normalität. Diese entpolitiserten nach Frankenberg den Ausnahmestand vielmehr, indem sie das »Recht der Ausnahmelage [...] als selbstverständliche Gegebenheit« hinnahmen Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 90f.

Rechtsverfassung hinaus und ließen die Weimarer Republik nach Frankenberg in ihren letzten Jahren zu einer »kommissarischen Diktatur« mutieren.<sup>54</sup> Am Ende der Krise der Weimarer Republik komme die »Pendelbewegung« des deutschen Sonderwegs zum Stillstand: Die »operierenden Komponenten der Methode Locke – Rechtssicherheit, Berechenbarkeit staatlichen Handelns, Gewaltenteilung und Rechtsschutz – werden nun als ›volksfremde‹, liberalistische Schwächesymptome und Verfallserscheinungen verhöhnt«.<sup>55</sup> Die Verfehlungen der deutschen Staatsrechtslehre während des NS führten jedoch nicht zu einer Stärkung des Rechtspositivismus, sondern zu seiner Schwächung im postnazistischen Deutschland, bei dem insbesondere Gustav Radbruch »gegen das positive Recht des demokratischen Rechtsstaats ein Ausnahmerecht in Stellung [bringt], das sich die philosophische Würde des Überpositiven leih[t]«.<sup>56</sup> Auch wenn sich mit der Verabschiedung des Grundgesetzes dann doch die Methode Locke durchsetzte, konnte sich das Prinzip der Ausnahme in die Verfassung einschleichen: Sichtbar in den Debatten um den Rechtsstaatsbegriff des Grundgesetzes wurde zunächst die Unsicherheit in »normativen« und »institutionellen«<sup>57</sup> Fragen des Rechtsstaats. Das Konzept der »wehrhaften Demokratie«<sup>58</sup> sowie die Einführung der Notstandsverfassung 1968 hätte zur »konstitutionelle[n] ›Einregistrierung‹ des Ausnahmestands«<sup>59</sup> geführt, die in der Transformation zum Sicherheitsstaat mündete. An diesem Punkt schließt sich so nach Frankenberg der Kreis: Unter dem Credo der Sicherheit kehre der Rechtsstaat »gewiss unter beachtlich veränderten Vorzeichen [...] zum Sicherheitspaternalismus seiner Frühgeschichte zurück, in der rechtsstaatliche Ordnung und Staatstechnik weder leicht noch sicher von einem ausnahmerechtlichen Exekutivregime zu unterscheiden waren«.<sup>60</sup>

All dies kann Agamben mit der Theorie des permanenten Ausnahmestands laut Frankenberg nicht greifen. Tatsächlich unterscheidet Agamben hinsichtlich regionaler Spezifika in der Entstehung der Rechtsstaaten nicht.<sup>61</sup> So zeigt Frankenburgs Ausführung zum historischen

<sup>54</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 92f.

<sup>55</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 97.

<sup>56</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 99.

<sup>57</sup> Frankenberg führt hier die Debatten um einen summativen oder integralen Rechtsstaatsbegriff an, bei dem sich ein Konzept des Rechtsstaats als *Summe* verfassungsrechtlicher Gewährleistungen oder als *eigenständiges* Verfassungsprinzip gegenüberstanden, Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 100ff.

<sup>58</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 104.

<sup>59</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 105f.

<sup>60</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 123.

<sup>61</sup> Agamben geht zwar auf die regionalen Ausnahmestandardsregelungen ein, sieht diese jedoch alle gleichermaßen als Bestätigung des einen *permanenten Ausnahmestands*, Agamben, Ausnahmestand (2004), S. 20ff.

Verhältnis von Recht und Staat, dass der Bindung an Recht und Gesetz in Deutschland der graduelle Prozess einer rechtsstaatlichen Transformation vorausging. Agamben kann genau diese Transformationen im Verhältnis von Exekutive und Legislative nicht greifen. Er überspringt gewissermaßen das Verhältnis zwischen Recht und Staat, indem er beim Begriff der Souveränität ansetzt, den er als Zwischenbegriff bestimmt. Treffend stellt Frankenberg somit fest, dass Agambens »philosophische« Begründung des Ausnahmezustands auf einem »außerordentlich weichen Fundament«<sup>62</sup> beruhe. Insbesondere den »säkularen Trend im 20. Jahrhundert, den Ausnahmefall zu verrechtlichen«,<sup>63</sup> könne er nicht erklären.

### *c. Normalisierter Ausnahmezustand*

Wie genau lassen sich die ausnahmerechtlichen Transformationen nach Frankenberg verstehen? Frankenberg erkennt zwei Krisen in der Geschichte des deutschen Rechtsstaats seit 1945, die zu einer Hegemonie der Methode Hobbes geführt hätten. So etablierte sich in Reaktion auf die Studierendenproteste der 68er Jahre sowie die militärischen Anschläge der RAF ein »Angstrecht«, das die »formale rationale Gesetzmäßigkeit«<sup>64</sup> des Lockeschen Rechtsstaats aus den Angeln hob. In dieser ersten Rechtsstaats-Krise der Bundesrepublik ließ sich eine »Durchbrechung der Gewaltenteilung«, eine Entkopplung der Staatstechnik vom Recht und schließlich die Entstehung von »Metagrundrechten« beobachten,<sup>65</sup> die nicht zuletzt zu einer Erosion des Grundrechtssystems<sup>66</sup> führten. In der zweiten Krise, dem Beginn eines »neuen« transnationalen Terrorismus in den 90er Jahren,<sup>67</sup> verfestigten sich dann ausnahmerechtliche Instrumente im Recht. Durch die »Einschleusung außerordentlicher Denkfiguren in die Rechtsdogmatik der Normallage«<sup>68</sup> habe sich der Ausnahmezustand »unter der Maske des

62 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 148.

63 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 149.

64 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 200. Diese These der »Entformalisierung des Rechts« lässt sich prominent auch in Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus (1986) finden.

65 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 208ff.

66 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 229. Frankenberg verweist in diesem Zusammenhang provokant auf den von Ernst Fraenkel für das NS-Regime geprägten Begriff des »Maßnahmenstaats«, wenn er verkündet: »Der ›Maßnahmenstaat‹ verdrängt den Gesetzesstaat«. Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 205.

67 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 234.

68 Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 236.

Normalrechts«<sup>69</sup> in das deutsche Recht eingeschlichen. Mit Hilfe des »aus der Taufe gehobenen« Metagrundrechts auf Sicherheit<sup>70</sup> entwickle sich so ein Bekämpfungsrecht, das sich fundamental von den Grundrechten auf Freiheit und Gleichheit unterscheide, weil es schrankenlos sei.<sup>71</sup> Das neue Bekämpfungsrecht als Ausfluss des Grundrechts auf Sicherheit kenne insofern keine Verhältnismäßigkeit, wie sie jedoch als fester Bestandteil zum »Lockschen Polizeirecht« gehöre.<sup>72</sup> Vielmehr werde es von »der Logik des Notwendigen«<sup>73</sup> bzw. dem Rettungsprinzip<sup>74</sup> bestimmt, und könne schließlich sogar mit dem Tabu der Folter brechen. Durch die Normalisierung des Ausnahmestands »regiert« der Rechtsstaat nach Frankenberg »hinter den hyperpräventiven Sicherheitsstaat zurück«.<sup>75</sup>

Im Sicherheitsstaat stößt zur Methode Hobbes und Locke eine dritte Methode: Die Methode Foucault. Denn unter dem Deckmantel des Lockeschen Rechts zieht die Hobbessche Methode so in den Rechtsstaat ein, dass sie im Foucaultschen Sinne kontrollierend und disziplinierend wirkt. Der Ausnahmestand steht bei Frankenberg für Willkürlichkeit und ist mit Agamben in einer »dunklen Sphäre zwischen Recht und Chaos« zu verorten.<sup>76</sup> Dies macht ihn unweigerlich zum »düsteren Kontrastbild« des, wie Frankenberg selbst zugibt, »idealisierten« Freiheitszustand des Lockeschen Vertragsrechts.<sup>77</sup>

<sup>69</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 236.

<sup>70</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 243f.

<sup>71</sup> »Allenfalls das Prinzip der Effektivität [vermag] eher schwach mäßigend wirken«: Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 245.

<sup>72</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 248.

<sup>73</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 256.

<sup>74</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 275ff.

<sup>75</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 237. Damit reiht sich Frankenberg in eine Reihe von Rechtstheorien ein, die in Anschluss an Franz Neumanns Verfallsthese des formalen Rechts (siehe hierzu Fisahn, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 189ff.) den Niedergang des modernen Rechtsstaats prognostizieren, etwa die Theorie des bürgerlichen Rechtsstaats von Maus, Rechtstheorie und politische Theorie im Industriekapitalismus (1986). Dass dieser Verfall empirisch nicht haltbar ist, stellt Fisahn treffend fest: »Wenn aber seit mehreren Jahrzehnten, beginnend mit den Analysen Abendroths, der fortwährende Verfall demokratisch-rechtsstaatlicher Prinzipien konstatiert wird, müsste doch als Ergebnis die Auflösung des Rechtsstaates, der Berechenbarkeit formal-rationalen Rechts inzwischen feststehen«. Fisahn, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 191f.

<sup>76</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 236.

<sup>77</sup> Frankenberg, Staatstechnik (2010), S. 235.

*d. Der Ausnahmezustand als Analysekategorie:  
Zwischen Autonomie des Rechts und Rechtswirklichkeit*

Frankenberg setzt der Meta-Erzählung Agambens so eine spezifisch deutsche Rechtsstaatsgeschichte entgegen, die in Bezug auf die historische Dominanz des Staats im deutschen Rechtsstaat geteilt wird.<sup>78</sup> Nicht die Abhängigkeit der Souveränität von der Ausnahme zum Recht, sondern der in der deutschen Entstehungsgeschichte angelegte starke Bezug auf die Exekutive führten demnach zur Entkopplung der Staatstechnik vom Recht und somit zum mangelnden Schutz bürgerlicher Freiheit. Hier werden historische Kontingenzen in lokalen Rechtsstaatskonzepten sichtbar, die Agambens Fundamentalkritik nicht berücksichtigen kann.

Dem »Mysterium«<sup>79</sup> des Begriffs des *permanenten Ausnahmezustands* stellt Frankenberg den Begriff der normalisierten Ausnahme entgegen. Deutlicher als Agamben knüpft Frankenberg den Begriff der Ausnahme an die Einschränkung von Freiheitsrechten, die nur unter den Prämissen eines rational-formalen Rechts effektiv vor der exekutiven Willkür geschützt werden könnten.<sup>80</sup> Damit setzt er eine Entgegensetzung von Staat und Recht, Exekutive und Legislative voraus, die vor dem Hintergrund des Schutzes individueller Freiheiten vor staatlichen Zugriffen sinnvoll erscheint. Der starke Fokus auf die Autonomie des Rechts in Zusammenhang mit dem Begriff der Ausnahme röhrt nicht zuletzt aus den geschichtlichen Lehren zur Ausnahmezustandsregelung in Art. 48 der Weimarer Reichsverfassung, die nicht nur Frankenberg zurecht als Schreckensbild einer unbeschränkten Exekutive gilt.<sup>81</sup> Die Debatte darüber, ob das nationalsozialistische Regime gänzlich ohne formal-rechtliche Rationalität agierte<sup>82</sup> und die

<sup>78</sup> Möllers meint hierzu etwa: »Der Staat war für den Mainstream der juristischen Staatstheorie des 19. Jahrhunderts nichts anderes als ein Synonym für die monarchische Exekutive, die sich im Medium des Rechtsstaates bestimmten Selbstbindungen unterwarf«. Möllers, *Der vermisste Leviathan* (2008), S. 16. Eine ähnliche Staatszentriertheit lässt sich zur selben Zeit auch in Nachbardisziplinen, wie etwa den Geschichtswissenschaften, entdecken, vgl. Pauly/Ries, in: *Staat und Historie* (2021), S. 11ff.

<sup>79</sup> Frankenberg, *Staatstechnik* (2010), S. 148.

<sup>80</sup> Zustimmend: Jakab, *Der Staat 2012*; Scheuerman, *Law & Social Inquiry* 2012, S. 744, 765. Dies kritisierend: Gröschner, *Archiv des öffentlichen Rechts* 2011.

<sup>81</sup> Wie das Parlament mithilfe der exekutiven Befugnisse des Art. 48 WRV entmächtigt wurde, lässt sich bei Kaiser nachlesen. Sie betont jedoch ebenfalls die »Ambivalenz« des Art. 48 WRV, der Reichspräsident Ebert ebenfalls zur Bekämpfung der Inflation gedient hatte, Kaiser, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 133.

<sup>82</sup> Hier stehen sich die Analysen von Franz Neumann und Ernst Fraenkel gegenüber. Neumann folgt in »Behemoth« den prognostizierten Gefahren des

darauffolgenden Verfallsthesen formaler Rationalität<sup>83</sup> zeigen so die Notwendigkeit der Autonomie des Rechts. Sichtbar wird hier, dass Recht sich zunächst im Rechtsstaat von Staatlichkeit abgrenzen und sich ihr gegenüberstellen muss, soll es diese zügeln.

Zugleich zeigt sich aber gerade im Begriff der *normalisierten Ausnahme*, dass die Analyse des Verhältnisses von Recht und Staat nicht bei der bloßen Gegenüberstellung von Exekutive und Legislative stehen bleiben kann. Denn »Recht kann nicht einfach nur als hemmende Bindung staatlichen Handelns verstanden werden. Recht ermöglicht und effektuiert staatliches Handeln«.<sup>84</sup> Frankenberg bleibt jedoch mit seiner Kritik des Sicherheitsstaats spiegelbildlich in den Rechtsstaatskonzeptionen, die er kritisiert, gefangen: Wie Agamben denkt auch er den Rechtsstaat in einer reinen Dichotomie zwischen der willkürlichen Herrschaft der Exekutive und der Gewährleistung von Freiheit durch *das Recht*.<sup>85</sup> Frankenbergs Idee der *normalisierenden Ausnahme* läuft so Gefahr, die Autonomie des Rechts zu naturalisieren, ohne die gesellschaftliche Verwurzelung des Rechts und seiner Ausnahme greifen zu können. Frankenbergs Ausnahmebegriff rückt entsprechend trotz seiner Abgrenzungsversuche in eine inhaltliche Nähe zu Agamben: Mit der Idee der *normalisierten Ausnahme* vollzieht Frankenberg eine normative Deutung des Rechts. Die Ausnahme wird zur Ausnahme von einer spezifischen freiheitsrechtlichen Normativität. Alle Gesetze, die diese unterminieren, sind folglich Teil der *normalisierten Ausnahme* vom Recht. Frankenberg kann hier exemplarisch für eine Reihe von Wissenschaftlern und Wissenschaftlerinnen gesehen werden, die den Begriff der Ausnahme verwenden, um einen Wandel des Rechts im Sinne einer »Entdemokratisierung« zu beschreiben.<sup>86</sup>

Abbaus formal-rationalen Rechts in der Weimarer Republik (vgl. Neumann, Studies in Philosophy and Social Science 1937) und analysiert das nationalsozialistische Regime als eines, das ohne formal-rechtliche Rationalität funktionierte, Neumann, Behemoth (1942), S. 382. Fraenkel hält mit dem Begriff des »Doppelstaats« an dem Bestehen formaler Rationalität im Normenstaat zur Aufrechterhaltung der ökonomischen Sphäre des NS-Regimes fest, Fraenkel, Der Doppelstaat (2012), S. 223ff. Agamben geht auf diese Debatte nicht ein. Vgl. hierzu Staff, Rechtsgeschichte 2004.

<sup>83</sup> Siehe hierzu Fisahn, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 189ff.

<sup>84</sup> Möllers, Staat als Argument (2011), S. XXX.

<sup>85</sup> Mit Möllers lässt sich dieser Sichtweise ein Legalismus unterstellen: Denn »dass der heroische Retter der Ordnung auch illegal handeln oder sich vom Gesetzgeber ex post legitimieren lassen kann« (Möllers, Staat als Argument (2011), S. XXXI.) ist sowohl bei Frankenberg als auch Agamben keine Option.

<sup>86</sup> Dem mystischen Souveränitätsbegriff wird in diesem Rahmen der Begriff der »Volkssouveränität« entgegengesetzt. So schreibt Maus: »Dieselbe Entformalisierung des Verfassungsrechts [...] setzt zugleich das Prinzip der

Problematisch ist dann aber nicht der Staat oder das Recht, sondern eine spezifische (sicherheits-)rechtliche Rationalität, die eine spezifische Rechtswirklichkeit produziert. Sichtbar wird hier gerade in Bezug auf das von Frankenberg erwähnte »Sicherheitsrecht«, dass weniger die Frage nach *dem Recht* und seiner Anwendung im Vordergrund stehen sollten, sondern vielmehr die Ausdifferenzierung verschiedener rechtlicher *Rationalitäten* im Rechtsstaat. Die Ausnahme vom Recht wird zudem spätestens dann bei Frankenberg zu einer kritikwürdigen rechtssoziologischen Analysekategorie,<sup>87</sup> wenn sie den Verfall moderner Rechtsstaaten und ihrer Institutionen explizieren soll.

Sowohl die Normativität als auch die Rechtswirklichkeit wird also aus der Perspektive der Ausnahme und damit in einer Negativität gefasst. Statt einer expliziten Analyse dessen, was Recht ist oder sein sollte, entfaltet sich auch bei Frankenberg die Analyse des Rechts und seiner Anwendung in einer Negativität. Bestimmt wird primär, was Recht bzw. der Rechtsstaat nicht ist bzw. nicht sein sollte. Der Form des rationalen Rechts sind jedoch gerade aufgrund der laut Frankenberg zu schützenden formal-rechtlichen Logik Probleme immanent. Frankenberg spricht diese immanenten Probleme zwar kurz an und verweist hierzu etwa auf die nötigen staatlichen Interventionen zur Herstellung eines »sozio-ökonomischen Gleichgewichts«,<sup>88</sup> ohne das bürgerliche Freiheit nicht möglich ist. Dennoch verbleiben die Problemursachen bei Frankenberg dem zu verteidigenden Lockschen Rechtsstaat im Großen und Ganzen äußerlich. Agambens grundlegende Kritik kann so zunächst nur unzureichend beantwortet werden. Auf die These, dass dem westlichen

Volkssouveränität außer Kraft. Dessen wesentliche Elemente, die Ausgrenzung rechtsfreier Räume für rechtliche Innovation durch die demokratische Basis sowie die totale Verrechtlichung der Staatsapparate und die strenge funktionale Gewaltenteilung, sind zerstört, wenn die Innovation des Rechts an genau die Staatsapparate übergegangen ist, die einst ans Recht gebunden werden sollten«. *Maus*, Über Volkssouveränität (2011), S. 372. In Bezug auf die Ausnahme zum Recht lässt sich diese Argumentation ähnlich auch bei *Kretschmann/Legnaro*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2017 sowie *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012) finden. Hier deutet sich eine Spannung zum Konzept der Militanten bzw. Wehrhaften Demokratie an, bei der die Demokratie gerade mittels einer entformalisierten, inhaltlichen Deutung der Verfassung geschützt werden soll: »das Normenbündel der Wehrhaften Demokratie stellt das eigentliche Ausnahmeverfassungsrecht der frühen Bundesrepublik dar«. *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020), S. 154. Siehe zur Entstehung des Konzepts Militanter Demokratie als Reaktion auf den Nationalsozialismus: *Miller*, in: The Oxford Handbook of Comparative Constitutional Law (2012), S. 1256ff.

<sup>87</sup> Zur Kritik hieran siehe *Engler*, Kriminologisches Journal 2019.

<sup>88</sup> *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 201.

(liberalen) Rechtsstaat die Ausnahme immanent sei, antwortet Frankenberg mit einem Verweis auf die liberalen rechtsstaatlichen Grundwerte, namentlich die Rationalisierung und Autonomie des Rechts in Form subjektiver Freiheitsrechte, die es zu verteidigen gelte, um die Ausnahme zu bannen.<sup>89</sup> Die Fallstricke der Rationalisierung des Rechts durch die Form der subjektiven Rechte können so jedoch nicht behandelt werden.<sup>90</sup> Die Transformation der Rechts ist zudem für die Analyse der durch Sicherheitstechniken geprägten Rechtswirklichkeit zwar zentral, gerät in der Analyse jedoch aufgrund des Primats der Autonomie der subjektiven Freiheitsrechte in den Hintergrund. Wie lässt sich jedoch das Verhältnis der Form der subjektiven Rechte zu außerrechtlichen Inhalten fassen, ohne die Autonomie subjektiver Rechte zu naturalisieren und die Transformationsmöglichkeit des Rechts zu erkennen? Und welche Schlüsse für das Verhältnis von rechtlicher Normativität und Faktizität lassen sich daraus ziehen?

## 2. Bürgerliche Souveränität als Reflexionsstopp?

Wie lassen sich also die Wandelbarkeit dessen, was unter einer Ausnahme des Rechts verstanden wird, bzw. die Verrechtlichung von »Ausnahmen« begreifen? Marxistische Theorien des Rechts wenden den Blick weg vom Schutz formell-rationaler Gesetze und deren Ausnahmen hin zur gesellschaftlichen Einbettung des Rechts selbst. Materialistische Theoretikerinnen und Theoretiker<sup>91</sup> problematisieren demnach nicht ein Zuwenig an formell-rationalem Recht und ein Zuviel an Ausnahme, sondern kritisieren die eigenen Prämissen des Rechts, speziell in seiner historischen Form des »bürgerlichen Rechts«. Diese Argumentationslinien

- 89 Diese Analyse wird von einigen aktuellen rechtssoziologischen Studien geteilt. Exemplarisch: *Kretschmann/Legnaro*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2017; *Singelinstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012).
- 90 Fisahn fasst diese Tendenz treffend für die im Anschluss an Neumanns Verfallsthese moderner Rechtsstaaten entstandenen Rechtstheorien zusammen: »Wenn also [...] in der Tradition des Neumannschen Verfalltheorems eine Degeneration des Rechtsstaates prognostiziert wurde, leisteten solche Interpretationen zwar einen Beitrag zur Verteidigung demokratischer und rechtsstaatlicher Freiheitsrechte, beschränkten sich dabei aber auf eine defensive Position. Die Kritik der implizierten Herrschaftsstrukturen blieb aus unterschiedlichen Gründen aus«. *Fisahn*, Eine kritische Theorie des Rechts (1995), S. 193. Dieser Grund dürfte bei Frankenberg wie auch Agamben im Fokus auf die Ausnahme liegen.
- 91 Ein Überblick über marxistische Rechtstheorien findet sich bei *Buckel*, in: Neue Theorien des Rechts (2008), S. 75ff.

betonen, ähnlich wie Agamben, die dem liberalen Recht immanenten Fallstricke aber verorten diese in seinem gesellschaftlichen Fundament. In diesem Rahmen hat beispielsweise der russische Rechtstheoretiker Eugen Paschukanis die neuzeitliche Idee subjektiver Rechte einer Formanalyse unterzogen, um zu verstehen, weshalb die gesellschaftliche Rationalisierung des Rechts sich in der kapitalistischen Gesellschaft überhaupt in der Form des subjektiven Rechts vollzieht.<sup>92</sup> Sofern die Rechtsform bzw. Staatsform dabei auf die Ableitung<sup>93</sup> aus kapitalistischen Produktionsverhältnissen reduziert wird, verliert das Recht jedoch die Eigenständigkeit, in deren Rahmen der Ausnahmezustand überhaupt relevant wird. Eine ›Ausnahme‹ vom Recht als freiheitseinschränkende Ermächtigung der Exekutive ist dann ähnlich wie im Hobbesschen Sicherheitsstaat nicht mehr denkbar. Der Ausnahmezustand im abgeleiteten Rechtsstaat weist zwingender Weise auf die gesellschaftlichen Strukturen<sup>94</sup> zurück,

- 92 Paschukanis wendet sich bei seiner Formanalyse dabei einerseits gegen die von Kelsen propagierte Theorie des »reinen Rechts«, der er den Charakter einer wissenschaftlichen Theorie abspricht: »Denn es stellt sich heraus, dass die ›reine‹ von allen Bedingungen des Seienden, des Faktischen, von allen psychologischen und soziologischen ›Schlacken‹ gesäuberte Gesetzmäßigkeit des Sollens überhaupt keine vernunftgemäße Bestimmungen hat oder haben kann. [...] Eine solche allgemeine Rechtstheorie, die nicht erläutert, die von vornherein den Tatsachen der Wirklichkeit, das heißt des gesellschaftlichen Lebens den Rücken kehrt und mit Normen hantiert, ohne sich für deren Ursprung (eine metajuristische Frage!) noch für deren Zusammenhang mit irgendwelchen materiellen Belangen zu interessieren, kann freilich nur höchstens in dem Sinne auf den Namen Theorie Anspruch erheben, in den man zum Beispiel von einer Theorie des Schachspiels zu sprechen pflegt«. *Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (2020), S. 49. Recht wird bei ihm stattdessen auf einen Reflex gesellschaftlicher Verhältnisse reduziert und spiegelt in der Form der Rechtssubjektivität die Notwendigkeit freier und gleicher Rechtssubjekte zur Ermöglichung des freien Warentauschs wider: »Damit haben wir bis zu einem gewissen Grade die Antwort auf die eingangs gestellte Frage vorweggenommen, wo denn jenes gesellschaftliche Verhältnis *sui generis* zu suchen sei, dessen unausbleiblicher Reflex die Rechtsform ist. Wir werden im weiteren ausführlich zu beweisen suchen, dass dieses Verhältnis das Verhältnis der Warenbesitzer zueinander ist«. *Paschukanis, Allgemeine Rechtslehre und Marxismus* (2020), S. 81.
- 93 Wie auch Paschukanis verstanden insbesondere in den 1970er Jahren eine Reihe marxistischer Rechtstheoretiker Recht und Staat als »Reflex« kapitalistischer Produktionsverhältnisse: *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 116ff.
- 94 Die Ableitung wiederum aller gesellschaftlichen Verhältnisse aus dem Fundament der kapitalistischen Produktionsverhältnisse bezeichnet *Buckel* in Anschluss an Adorno als anti-dialektischen »Fundierungswahn«, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 120.

die Recht und Staat hervorgebracht haben: Faktizität und Normativität sind in dieser Hinsicht dasselbe. Die potenzielle Ermächtigung der Exekutive im Sinne eines Ausnahmezustands macht jedoch wie bereits gesehen nur Sinn, sofern in irgendeiner Form Freiheitsrechte bestehen, die der Exekutive gegenüber autonom bestehen können. Wie erhalten Freiheitsrechte also ihre Autonomie von Staat und Gesellschaft? Die Rechtswissenschaftlerin Sonja Buckel hat das Recht in diesem Zusammenhang als verdinglichte soziale Form beschrieben. Als solche entwickelt es einerseits eine »relative Autonomie«,<sup>95</sup> verbleibt jedoch in einem dialektischen Verhältnis mit den ihm zugrunde liegenden sozialen Praxen:

Die Verselbständigung sozialer Verhältnisse ist zugleich die Bedingung ihrer ›relativen Autonomie‹. Die spezifische kapitalistische Vergesellschaftung kreiert soziale Formen, ›ökonomische‹ nicht weniger als rechtliche oder politische. Es ist die Autonomisierung und Fetischisierung jener Verhältnisse, die eine eigene Materialität dieser Formen ermöglicht.<sup>96</sup>

Verdinglichung meint dabei eine Verselbständigung sozialer Verhältnisse durch die Rechtsform; soziale Verhältnisse erscheinen demnach nicht nur wie uns gegenüberstehende Objekte (Dinge), sondern werden zu solchen: einer neuen »Realität mit eigener Dignität: eine kontrafaktische Faktizität (Brunkhorst)«.<sup>97</sup> Das Moment der Verdinglichung der Gesellschaft durch die formale Rationalität des Rechts kann demnach

95 Der Begriff der »relativen Autonomie« des Rechts wird so zur Abgrenzung von marxistischen Ableitungstheorien zentral. Buckel führt ihn zunächst auf Neumanns Rechtsttheorie der 1920er Jahre zurück, findet ihn jedoch auch beim neomarxistischen Staatstheoretiker Poulantzas, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 86, 153. Auch in der auf den Rechtsdiskurs fokussierten Analyse des französischen Soziologen Pierre Bourdieu lässt sich der Begriff der relativen Autonomie in ähnlicher Weise als Abgrenzung zu marxistischen Rechtsttheorien finden: »Die sogenannten strukturalistischen Marxisten gehen in die Falle einer Tradition, die meint, dass den ›Ideologien‹ bereits dadurch in ausreichendem Maße beizukommen sei, dass man ihre Funktionen benennt (›Opium für das Volk‹). Damit ignorieren sie paradoxerweise gerade die Struktur der Symbolsysteme und – in unserem Fall – die spezifische Form des Rechtsdiskurses. Der Grund dafür ist, dass sie, in ihrer Betonung der relativen Autonomie von ›Ideologien‹, die Frage nach den sozialen Grundlagen dieser Autonomie ausblenden. Genauer gesagt: Sie stellen nicht die Frage nach den historischen Bedingungen, unter denen durch Kämpfe im Feld der Macht eine autonome soziale Welt entstehen kann, die in der Lage ist, mittels einer eigenständigen Logik einen von äußerer Zwängen relativ unabhängigen Rechtskorpus zu (re-)produzieren«. *Bourdieu*, in: Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus (2019), S. 36.

96 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 242f.

97 *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 242.

erklären, weshalb das Recht als »zweite Natur«, als autonom erscheint, zugleich jedoch in einer dialektischen Relation zu seinem Außen, zur Gesellschaft bleibt.<sup>98</sup>

Die Ausnahme bzw. der Ausnahmezustand wäre dann einerseits als eine Einschränkung der relationalen Autonomie des Rechts zu verstehen,<sup>99</sup> gleichzeitig jedoch selbst Ergebnis gesellschaftlicher Verhältnisse. Die Normativität des Rechts reflektiert somit faktische soziale Verhältnisse und konstruiert diese wiederum. Zugleich hat Franz Neumann gerade auf die Doppelbedeutung des Rechts hingewiesen, das sowohl aus dem pflichtengeprägten Gesetz durch den souveränen Staat und den freiheitsrechtlichen Ansprüchen gegenüber diesem bestehe.<sup>100</sup> Wie das Recht gesellschaftliche Verhältnisse transformiert ist demnach unterschiedlich.

Christoph Menke hat eine Analyse moderner bürgerlicher Verfassungsstaaten vorgelegt, die diese Einsichten aufgreift und der die Reflexivität des modernen Rechts als verrechtlichtem Anspruch zugrunde liegt. In *Kritik der Rechte* vertritt er die These, dass der bürgerliche Rechtsstaat aus sich heraus krisenhaft ist, gerade weil er die Reflexion des Rechts als Vermittlung von Faktizität und Normativität blockiert. Den Grund hierfür findet er weder in einer permanenten Ausnahme vom Recht noch in einer Normalisierung der Ausnahme, sondern in der spezifischen Form des bürgerlichen Rechts als einer Ausformung des modernen Rechts.

98 Buckel bezieht sich hierbei auf Adornos Dialektik-Begriff und verweist ihn zitiert auf die »absolute Vermitteltheit eines jeglichen Seienden«, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 244. Adorno und Horkheimer haben hingegen den Begriff der Verdinglichung in der »Dialektik der Aufklärung« von der formalen Rationalität abgelöst und auf die Naturbeherrschung des Menschen, die zur *instrumentellen Vernunft* führt, ausgeweitet: »Das Ich, das sich in der Auseinandersetzung mit den Gewalten der äußeren Natur bildet, ist das Produkt erfolgreicher Selbstbehauptung, Resultat der Leistungen instrumenteller Vernunft in doppelter Hinsicht: es ist das unaufhaltsam im Aufklärungsprozess voranstürmende Subjekt, das sich die Natur unterwirft, die Produktivkräfte entwickelt, die Welt um sich herum entzaubert; aber es ist zugleich das Subjekt, das sich selbst zu beherrschen lernt, das die eigene Natur unterdrückt, die Selbstobjektivierung ins Innere vorantreibt und darüber sich selbst immer undurchsichtiger wird«. *Habermas*, Theorie des kommunikativen Handelns Band I (2019), S. 509.

99 *Buckel et al.*, Zeitschrift für Kultur- und Kollektivwissenschaft 2021, S. 74.

100 »In der juristischen Terminologie drückt sich dieser echte Widerspruch [von Souveränität und Freiheit] bereits in der Doppelbedeutung des Wortes ›Recht‹ aus. Denn Recht meint einmal das objektive Recht, d.h. das vom Souverän gesetzte oder jedenfalls der souveränen Gewalt zurechenbare Recht, zum anderen den Anspruch des Rechtssubjektes«. *Neumann*, Studies in Philosophy and Social Science 1937, S. 543.

### a. Subjektive Rechte: Eine neue Rechtsform

Ebenjene Unterscheidung zwischen dem Recht als Anspruch und dem Recht »als verpflichtendem Gesetz« bildet zunächst den Ausgangspunkt von Menkes Untersuchung. Hobbes hatte diese Unterscheidung etwa wie folgt dargestellt: »Denn *Recht* besteht in der Freiheit, etwas zu tun oder zu unterlassen, während ein *Gesetz* dazu bestimmt und verpflichtet, etwas zu tun oder zu unterlassen«.<sup>101</sup> Zur Idee eines Rechts, durch das der Staat mittels Gesetz verpflichtet, tritt, geprägt durch die vertragstheoretischen Rationalisierungen von Herrschaft, demnach das Konzept des Rechts als (vertragliche) Freiheit gegenüber anderen oder dem Staat. Während dabei das Verhältnis dieses »Dualismus – von Anspruch und Gesetz« zum Teil als »Begründungsverhältnis«<sup>102</sup> markiert wird (der rechtliche Anspruch wird dabei zum Grund des Gesetzes), widerspricht Menke dieser Vorstellung und bezieht sich dabei auf Kelsen »Einsicht, dass es Rechte nur in *Rechtsverhältnissen* gibt«<sup>103</sup>:

Der Ausgangspunkt sind nicht Rechte, sondern Rechtsverhältnisse. Das besagt erstens, daß Rechte im *Verhältnis* zu Pflichten stehen; Rechte bezeichnen Positionen innerhalb eines Verhältnisses, in dem ihnen andere normative Positionen – vereinfacht: Positionen der Verpflichtung – korrelativ zugeordnet sind. Und dies bedeutet zugleich und gegen ihr naturrechtliches Verständnis, daß Berechtigungen auch nur Gründe für Verpflichtungen *innerhalb* des jeweiligen Rechtsverhältnisses sein können: Wo es Rechtsverhältnisse gibt, ist es möglich zu sagen, daß deshalb jemand zu einem bestimmten Verhalten verpflichtet ist, *weil* ein anderer dazu berechtigt ist, dieses Verhalten zu erwarten und einzufordern; wo es Rechtsverhältnisse gibt, können Rechte Pflichten begründen.<sup>104</sup>

<sup>101</sup> Hobbes, Leviathan (1984), S. 99.

<sup>102</sup> Menke bezieht sich hierbei auf den Philosophen Leo Strauß: »Der rhetorische *Sinn* oder *Zweck* der Unterscheidung zwischen dem Recht und einem Recht – so deutet Leo Strauß den Liberalismus, dessen Geschichte er mit Hobbes beginnen lässt – besteht jedoch darin, den Anspruch als Grund des Gesetzes, die Rechte als Grund des Rechts zu etablieren«. Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 24. Diese Idee verwirft Menke mit Kelsen jedoch als »ideologisch« und »die Aporie des neuzeitlichen Rechts«. Denn, entweder könnten vorrechtliche Rechte keine durchsetzbaren Rechte sein, oder, sofern sie durch Gesetz durchgesetzt werden können, sind sie nicht im eigentlichen Sinne vorrechtlich, Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 25f.

<sup>103</sup> »Wird so der Begriff des subjektiven Rechts wie der des Rechtssubjekts jeder ideologischen Funktion entkleidet [...], dann treten immer nur rechtliche Beziehungen zwischen Menschen, genauer zwischen Tatbeständen menschlichen Verhaltens auf, die durch die Rechtsnorm, das heißt als Inhalt der Rechtsnorm miteinander verknüpft sind«, Kelsen, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 1931, S. 494.

<sup>104</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 27.

Wenn die Revolutionierung des Rechts in der Moderne aber nicht in einem Begründungsverhältnis zu finden ist, worin liegt dann die Neuerung? Der »revolutionäre Akt der modernen Politik«<sup>105</sup> ist nach Menke in der »Revolutionierung der rechtlichen Form« zu finden: »Sie definiert das Recht als *das Recht der Rechte*«.<sup>106</sup> Die neue Rechtsform des Rechts als Anspruch sei dazu da »Rechte zu sichern«;<sup>107</sup> anders formuliert geht es »im Recht um die normative Sicherung natürlicher, das heißt vorrechtlich bestehender, dem Recht vorhergehender und vorgegebener Strebungen und Handlungen«.<sup>108</sup> Das Natürliche sollte nach Menke also nicht als Grund der subjektiven Rechte, sondern als deren Inhalt, »deren Material«<sup>109</sup> verstanden werden. Diese Form der modernen Rechte sei entsprechend funktional und nicht normativ zu verstehen. Dass das Material der Rechte das Natürliche ist, ändert zudem die Normativität des modernen Rechts selbst. Dieser Gedanke lässt sich ganz ähnlich schon beim Rechtssoziologen Niklas Luhmann finden. Dieser bemerkte für die Entwicklung des neuzeitlichen »positiven« Rechts dessen nunmehr *funktionale* Komponente, die der Verarbeitung der steigenden gesellschaftlichen Komplexität und Ausdifferenzierung in der Moderne dient:

Als Folge dieser Entwicklung wird positives Recht so ausdifferenziert, dass es nicht mehr mit der Gesamtheit generalisierter normativer Erwartungen schlicht identisch ist. Das Recht ändert seinen Charakter. Unsere Definition des Rechtsbegriffs kann nicht mehr ontologisch, sondern nur noch funktional gemeint werden. So erklärt sich das weitverbreitete Unbehagen am positiven Recht, das Aufkommen der Frage nach der Rechtfertigung des Rechts. Gerade der *funktionale* Bezug auf kongruente Generalisierung erzwingt unter komplexen, rasch veränderlichen Strukturbedingungen diese Nichtidentität: Das Recht kann nicht mehr einfach das *sein*, was es *leisten* soll. Daran zerbricht das Naturrecht. Und »Gerechtigkeit« steht als ethisches Prinzip jetzt außerhalb des Rechts.<sup>110</sup>

Auch Menke markiert die Entstehung des modernen Rechts als einen fundamentalen Bruch in der *Form* des Rechts. Diese unterscheidet sich von antiken Rechtsverständnissen: Das *griechische* Rechtsverständnis könnte etwa dadurch charakterisiert werden, dass sich »das Recht als

<sup>105</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 29.

<sup>106</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 29. Historisch kontingen ist dann nicht nur der Inhalt des Rechts, sondern auch seine Form: »Der historische Unterschied [...] betrifft vielmehr die *Form der Rechte* oder die *Rechte als Form*«, Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 38.

<sup>107</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 31.

<sup>108</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 32.

<sup>109</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 32.

<sup>110</sup> Luhmann, Rechtssoziologie (1987), S. 226.

Anspruch des einzelnen [...] in dem Recht als gerechter Ordnung<sup>111</sup> gründe. Das *römische* Rechtsverständnis »abstrahiere«<sup>112</sup> dann zwar schon von der Sittlichkeit des Rechts in der Ausübung der Rechte, indem es den Bürgern überlässt, mit ihrem Eigentum zu machen, was sie wollen. Das, was ihnen zusteht, wird jedoch immer noch sittlich bestimmt. Von beiden Konzepten unterscheidet sich die moderne Form der Rechte: Inhalt des Rechts als Anspruch wird »die rechtliche Macht zur Ausübung von vorrechtlicher Macht«.<sup>113</sup> Das moderne Recht gründet sich demnach nicht aus einer gerechten, sittlichen Ordnung oder gewährleistet einen gerechten Anteil an Sachen. Seine Funktion besteht gerade darin, mit dem Inhalt des Rechts verfahren zu können, wie man möchte.<sup>114</sup> »Das Recht auf Außerrechtliches« wird so zum Scharnier zwischen Normativem und Faktischen: Indem das Recht einen Anspruch auf das Außerrechtliche gewährleistet, bildet es den »äußeren Rahmen für in sich selbst Unbegrenztes«.<sup>115</sup> Es integriert das Außerrechtliche.

### *b. Selbstreflexion statt Ausnahme*

Schon hier lässt sich ein wichtiger Unterschied zu Agambens Rechtsanalyse erkennen. Bei beiden fängt das Recht mit dem Beginn der Moderne an, sich auf Außerrechtliches zu beziehen. Bei Agamben ist dies das »nackte Leben«. Es folgt die biopolitische Immanenz westlicher Rechtsstaaten, die mittels eines *permanenter Ausnahmezustands* regieren (müssen). Auch wenn Agamben die Regierungstechnik des Ausnahmezustands sowie die Entstehung der Figur des *homo sacer* schon im Römischen Recht findet, bildet die Moderne doch einen fundamentalen Bruch, indem mit ihr das außerrechtliche nackte Leben zum Gegenstand der Souveränität und des Rechts wird. Agambens Impetus ist jedoch nicht nur ein biopolitischer. Vielmehr steht der Einbezug des nackten Lebens ins Recht für das allgemeinere Verschwimmen von Normativem und Faktischem im Ausnahmezustand:

Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine Kraft hat) und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von

<sup>111</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 46.

<sup>112</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 47.

<sup>113</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 53.

<sup>114</sup> Historisch wird dieser außerrechtliche Inhalt in der bürgerlichen Gesellschaft durch das Eigentum gefüllt, Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 55. Diese Freiheit beschreibt Menke auch als »Willkürfreiheit«, vgl. Menke, MenschenRechtsMagazin 2008, S. 200.

<sup>115</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 58.

Gesetzen haben, deren ›Kraft‹ gewinnen. [...] Der Ausnahmezustand ist der anomische Raum, in dem eine Gesetzeskraft ohne Gesetz (die man jedoch Gesetzeskraft schreiben müsste) zum Einsatz kommt.<sup>116</sup>

Anders analysiert Menke das moderne Recht. Dieses stellt für ihn gerade eine *Form* dar, in der »Recht und Außerrechtliches voneinander getrennt und miteinander verbunden«<sup>117</sup> werden. Mehr noch bedingen sich in der Form des modernen Rechts Normativität und Faktizität, da Rechte *nur* Natürliches berechtigen und nur Natürliches *berechtigt* werden könne.<sup>118</sup> Nicht das Auseinanderfallen von Norm und Faktizität in der Ausnahme, sondern gerade die Abhängigkeit des Rechts vom Nichtrecht sei es, die das moderne Recht zu einem »Recht in der Krise«<sup>119</sup> mache. Das traditionelle Recht begrenzte noch das Nichtrecht: Das paidäische Recht, indem es das Nichtrecht als Stufe auf dem Weg der Versittlichung, als »Nochnichtrecht«, und das Vernuftrecht in Rom, indem es das Nichtrecht als »Ausdruck der Spaltung der menschlichen Natur«<sup>120</sup> und damit als »Nichtmehrrecht« begriff. Das moderne Recht kann hingegen gar keine Begrenzung des Nicht-Rechts wollen. Vielmehr bildet das Nicht-Recht ein notwendiges Fundament des Rechts. Dies ist der Grund, weshalb das moderne Recht nach Menke ein *im positiven Sinne krisenhaftes* Recht ist. Es kann das Nichtrecht nicht begrenzen, sondern muss sich selbst durch die Unterscheidung zu diesem hervorbringen um dieses zu seinem Gegenstand zu machen; einen Schritt, den Menke als Selbststreflexion bezeichnet.<sup>121</sup> Die Ausnahme diene dabei gerade als Mittel der Selbststreflexion:

Das Recht muss nichtrechtlich werden. Es muss seine rechtliche Form durchstreichen und nicht rechtlich wirken, um Recht sein zu können. Diese Situation ist die Ausnahme. [...] Die Ausnahme ist der Moment, in dem sich die Lücke des Rechts offenbart.<sup>122</sup>

Mit dieser Lücke kann das Recht unterschiedlich umgehen. Es kann sie verleugnen oder diese »Paradoxie selbststreflexiv vollziehen«.<sup>123</sup> Genau das erkenne Agamben nicht. Die mangelnde Selbststreflexion des modernen Rechts in Agambens Rechtstheorie führe zu einer »reaktionären« Begriffsverwendung von Norm und Faktum.<sup>124</sup> Denn während die Selbststreflexion des Rechts sowohl den Begriff der Norm als auch des Faktums verändert, indem sie sie miteinander verschränkt, lasse Agamben beides

<sup>116</sup> Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 49.

<sup>117</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 63.

<sup>118</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 63.

<sup>119</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 125.

<sup>120</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 125.

<sup>121</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 126.

<sup>122</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 120.

<sup>123</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 122.

<sup>124</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 163.

in der *permanenten Ausnahme* getrennt. Die Ausnahme »definiert das Recht weiterhin so wie immer, als normative Ordnung gegenüber dem Leben«.<sup>125</sup> Mit der Selbstreflexion des Rechts ändert sich jedoch auch dessen Normativität: »Die Normativität des Rechts begreift sich in seiner Selbstreflexion als prozessual und material – als Wirksamkeit des Materiellen in der Formierung, des Faktischen in der Normierung«.<sup>126</sup>

### *c. Die Rechtsform als Herrschaftsform*

In diesem Sinne knüpft auch der Zweck des bürgerlichen Rechtsstaats an das »Recht auf Außerrechtliches« an. Die Herrschaft des Rechts kann der Staat nach Menke in der Moderne nicht mehr als Instanz der sittlichen Erziehung (Athen) oder mit Verweis auf diese Instanz (Rom) rechtfertigen. Da der neuzeitliche Souverän durch »vertragsförmige Einsetzung hervorgebracht worden ist«,<sup>127</sup> mangelt es ihm an einer äußerlen Setzungslegitimität. Alles, womit er seine Herrschaft durchsetzen kann, sind »Befehle, unter ihnen die Regeln des Rechts«.<sup>128</sup> Gerade weil der Souverän aber durch die Menschen selbst hervorgebracht und nicht durch eine gerechte Ordnung legitimiert wurde, ist seine Herrschaft äußerlich zugleich unbeschränkt: »Der Souverän darf alles tun«,<sup>129</sup> bis auf den Menschen ihr Selbsterhaltungsrecht zu verwehren. Schmitts Souveränitäts-Begriff, bei dem »derjenige, der über die Ausnahme entscheidet«, Souverän ist, ordnet Menke deshalb als einen modernen ein. Er verfüge über den Begriff der Lücke im Recht.<sup>130</sup> Anders als seine rechtspositivistischen Kontrahenten, deren Theorien Menke mit Habermas durch ihre »Abwesenheit der Reflexion«<sup>131</sup> charakterisiert, gehe Schmitt insofern von einem reflexiven Rechtsbegriff aus. Sowohl Schmitt als auch Kelsen verfallen jedoch nach Menke einem Empirismus, der darin besteht, dass beide davon ausgehen, »dass die Freiheit der individuellen Entscheidung, des Eigenwillens, eine quasinatürliche unabhängig von Recht und Politik vorfindliche Eigenschaft der Subjekte ist«.<sup>132</sup> So versuche auch Schmitt die Ambivalenz der Lücke des Rechts zu schließen, indem er die Unterscheidung zwischen Recht und Ausnahme unberührt lässt und die Ausnahme zum Herrscher über alles erhebt.

Die Selbstreflexion des Rechts bei Menke unterscheidet sich insofern jedoch von der Idee der Souveränität bei Schmitt und Agamben, als sich

<sup>125</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 163.

<sup>126</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 162.

<sup>127</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 74.

<sup>128</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 74.

<sup>129</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 75.

<sup>130</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 128.

<sup>131</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 167.

<sup>132</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 205.

mit ihr »die Form seiner Normativität«<sup>133</sup> verändert. Diese Veränderung der Normativität könne auch Agambens spielerischer Ausweg aus der Souveränität nicht leisten. Agambens Idee, dass die Menschheit »eines Tages mit dem Recht spielen wird wie Kinder mit ausgedienten Gegenständen« trage nur solange, wie es kein »Außen« des Rechts gebe: »Aber was passiert in dem Moment des Erwachens?«<sup>134</sup>

Die bürgerliche Revolution stellt nun einen »Neuvollzug und Nachvollzug« der Form des modernen Rechts dar:

Ein Nachvollzug, weil die Hervorbringung der Form der subjektiven Rechte bereits in dem Moment begonnen hat, als die politische Herrschaft nicht mehr als schon vorhandene und durch bestehende Sittlichkeit oder die natürliche Vernunft legitimierte verstanden wurde, sondern so, dass die sich herstellen und rechtfertigen muss [...]. Der neuzeitliche Name für diese neue ‹legale› Form der Herrschaft ist Souveränität oder Staat: Die bürgerliche Revolution vollzieht den neuzeitlichen Umbruch in Herrschaft und Recht – der schon stattgefunden hat – nach. Aber zugleich vollzieht die bürgerliche Revolution ihn *neu*, weil erst sie in der Form der subjektiven Rechte sein normatives Prinzip erkennt und es als solches, durchgehend geltendes deklariert.<sup>135</sup>

Mit der Hervorbringung des neuzeitlichen Souveräns entstehen nach Menke auch die »Aporien der bürgerlichen Verfassung«.<sup>136</sup> Der neuzeitliche Souverän, der von sittlichen Grenzen losgelöst ist, löse mit der Erklärung der Grundrechte das Soziale von der Politik. Denn, so Menke, die Grundrechte als *subjektive Rechte* nähmen den Eigenwillen des Subjekts zur Prämisse, ohne dessen Inhalt sittlich zu rechtfertigen, und werden damit in sich widersprüchlich:

Das bürgerliche Recht *vollzieht* und *verleugnet* die moderne Selbstreflexion des Rechts. Das bürgerliche Recht ist selbstreflexiv – denn es öffnet das Recht für das Nichtrechtliche. Das bürgerliche Recht ist positivistisch (und verleugnet die Selbstreflexion) – denn es lässt das Nichtrechtliche als Gegebenes gelten.<sup>137</sup>

Damit werden die subjektiven Rechte der bürgerlichen Gesellschaft zu einer »Form des Rechts, die den Akt seiner revolutionären Prozessualisierung *blockiert*«.<sup>138</sup> Dies führt einerseits zur Produktion einer »Sphäre des Sozialen von oder jenseits der Politik«.<sup>139</sup> Hierin liege die *negative Krisenhaftigkeit* des bürgerlichen Verfassungsstaats. Da sich die

<sup>133</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 129.

<sup>134</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 130.

<sup>135</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 313.

<sup>136</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 316ff.

<sup>137</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 388.

<sup>138</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 165.

<sup>139</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 318.

sozialen Zusammenhänge nicht »naturwüchsig harmonisieren«, sondern vielmehr *autonome* Zusammenhänge bildeten, die »in sich selbst die Tendenz zu einer autoritären Monopolisierung sozialer Macht«<sup>140</sup> beherbergten, werde die Autonomie des Einzelnen permanent bedroht. Der Staat reagiert, indem er in die »freien gesellschaftlichen Abläufe« interveniert.<sup>141</sup> Grundrechte als Gewährleistungsrechte und Schutzrechte seien dabei kein »Bruch mit dem Grundprinzip der bürgerlichen Verfassung«, sondern als Interventionen in die autonomen sozialen Zusammenhänge »seine konsequente Verwirklichung«.<sup>142</sup> Auf die autoritären Entwicklungen der sozialen Zusammenhänge kann der bürgerliche Verfassungsstaat andererseits nur reagieren, indem er erneut »die gleiche rechtliche Ermächtigung der Subjekte geltend [mache], die deshalb auch wiederum gegenüber der Politik selbstständige soziale Zusammenhänge hervorbringt, durch die der Kreislauf erneut beginnt«.<sup>143</sup> Hierin sieht Menke die Aporie der bürgerlichen Verfassung: Sie muss sich zwangsläufig in »(rechtliche) Normativität« und »(soziale) Effektivität«<sup>144</sup> spalten. In diesem Moment der Krise verselbstständigen sich die Macht der Gouvernmentalität und werde zur »bloßen Gouvernmentalität«, während die rechtliche Normativität zur »reinen Normativität« werde. Damit stoppt der bürgerliche Verfassungsstaat die Selbstreflexion des modernen Rechts. In ihm stehen sich nun doch wieder Faktizität und Normativität unvermittelt gegenüber.

#### *d. Rechtsform und Transformation*

Menke setzt seine Problemanalyse damit an anderer Stelle als Agamben und Frankenberg an. Nicht die Ausnahme vom Recht bzw. der Rechtsanwendung führe zu dessen *negativer Krisenhaftigkeit*, sondern die moderne Rechtsform in der bürgerlichen Gestalt der *subjektiven Rechte* selbst. Das bedeutet auch, dass Menke gerade nicht eine Stärkung der Freiheitsrechte als Problemlösung sieht, sondern nur eine Veränderung der Rechtsform selbst. Das Ideal findet er in den »Gegenrechten«, die

<sup>140</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 322.

<sup>141</sup> Menke schließt sich hier Böckenfördes Analyse zum modernen Sozialstaat an, der durch Maßnahmen etwa der Daseinsvorsorge immer wieder in die gesellschaftliche Sphäre eingreifen und die Freiheit der Bürgerinnen und Bürger einschränken muss, Böckenförde, Recht, Staat, Freiheit (2019), S. 219ff. Diese Analyse der Bedrohung des formal-rationalen Rechts durch soziale Rechte lässt sich auch schon etwa bei Neumann, Studies in Philosophy and Social Science 1937 oder Weber, Wirtschaft und Gesellschaft (1964), S. 583ff. finden.

<sup>142</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 323.

<sup>143</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 332.

<sup>144</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 333.

allein die Selbstreflexion des Rechts ermöglichen könnten. Menke weicht in Bezug auf das moderne Recht mit dem Begriff der Selbstreflexion zwar von Agambens Rechtsanalyse ab. So wie Agamben für die modernen Verfassungen ein permanentes Auseinanderfallen in reine Normativität, das heißt Recht, das nicht gilt, und reine Faktizität, das heißt Gesetzeskraft diagnostiziert, teilt Menke diese Diagnose jedoch für den bürgerlichen Verfassungsstaat: In ihm entstehen die »reinen« Kategorien des Sozialen und der Normativität.

Menke setzt in der Auseinandersetzung mit der Rechtsform dennoch stärker als Agamben einen Fokus auf das Verhältnis von Recht und Außerrechtlichem, der zunächst eine Transformation des Rechts erkennen lässt. Dabei skandalisiert er anders als Agamben nicht die Ununterscheidbarkeit von Recht und Faktum, sondern sieht im modernen Recht gerade die *progressive* Möglichkeit der Selbstreflexion. Das Recht in der Form des modernen Rechts kann über die Integration des Außerrechtlichen anders als das sittlich eingehetige Recht Selbstreflexion erlauben und damit Transformation ermöglichen. Die für die Reflexion des Rechts notwendige Spannung zwischen Normativität und Faktizität entsteht insofern erst mit der modernen Positivierung des Rechts.

Weil aber die subjektiven Rechte im bürgerlichen Verfassungsstaat in ihrer Selbstreflexion gestoppt sind, erteilt Menke, wie auch Agamben, Grund- und Menschenrechten eine Absage: In der Form der bürgerlichen *subjektiven Rechte* erzeugen sie eine *negative Krisenhaftigkeit*. Er teilt damit zwar die bereits zutage getretene Verfallsthese des Rechtsstaats (s.o.). Eine Form des Rechts, die diese negative Krisenhaftigkeit aufzulösen vermag, sieht Menke jedoch in den Gegenrechten: Unter »Gegenrechten« versteht er jene Rechte, die »den Gegensatz von Recht und Nicht-recht anders vollziehen«<sup>145</sup> und in denen die verrechtlichte Berechtigung eine andere Struktur erfährt:

Anders als das bürgerliche Recht etabliert das »neue Recht« somit nicht ein positivierbares Außerhalb von rechtlichen und politischen Zusammenhängen. Das naturalisierte bürgerliche Subjekt steht jenseits des politischen Zugriffs; im Gegensatz zum kommunistischen Recht sollen die »Gegenrechte« vor einer allumfassenden Zwangspartizipation am Sozialen und damit vor einer totalitären Verschließung der Politik schützen, indem sie im Recht auf die Nichtteilnahme an politischen Prozessen pochen und mit dieser Skandierung allererst Politik ermöglichen.<sup>146</sup>

Mit dem Konzept der Gegenrechte wird jedoch die kritisierte Rationalität der subjektiven Rechte in einer Art und Weise über sich hinausgetrieben, die keine Abweichung mehr vom Recht erlaubt. Hier wird der

<sup>145</sup> Fischer-Lescano et al., in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 3.

<sup>146</sup> Flatscher/Seitz, in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 176.

mangelnde rechtssoziologische Zugriff Menkes auf das Recht sichtbar. Die Idee, ein neues Recht solle Nichtteilnahme berechtigen, blendet aus, dass nicht-identisches deviantes Verhalten zur rechtlichen Normativität nicht nur notwendig ist, um ein dialektisches Verhältnis von Recht und Außerrechtlichem aufrecht zu erhalten;<sup>147</sup> vielmehr produziert auch im bürgerlichen Verfassungsstaat das Recht Devianz, und das nicht nur in Form der autonomen sozialen Zusammenhänge. Menke verkennt so die Rechtswirklichkeit des Rechts als *sozialer Norm*, die sowohl angewendet als auch nicht angewendet wird – und das auch durch die Rechtssubjekte selbst. Das Verhältnis von Normativität und Faktizität ist also jenseits der rein theoretischen Ebene auch im bürgerlichen Rechtsstaat weder ein rein getrenntes noch ein rein kausales (hierzu mehr unter B II 1).<sup>148</sup>

Menke kann aber Transformationen, Ambivalenzen und Potenziale des modernen Rechts, wenn überhaupt, nur aus dem Blickwinkel seiner Theorie der bürgerlichen Verfassung nachvollziehen und dies nur im Schema der intervenierenden Reaktion auf die »autoritäre Monopolisierung sozialer Macht«; sie werden zu bloßen *Reflexen* der verdinglichten subjektiven Rechte.<sup>149</sup> Folgerichtig muss er Transformationen des Inhalts der Rechte verleugnen: Inhalt der subjektiven Rechte kann nur das verdinglichte willkürliche Wollen des autonomen bürgerlichen Subjekts sein. Das Rechtsverhältnis von anspruchsgrundenden Rechten und pflichtennormierenden Gesetzen wird so in der Form der subjektiven Rechte aufgelöst und verschwindet. Kontingenzen, Verschiebungen, Errungenschaften sowie zahlreiche andere gesellschaftliche Prozesse, die

<sup>147</sup> »Lässt sich in Menkes Konzeption des ›neuen Rechts‹ samt der Affirmation der inneren Widersprüchlichkeit noch so etwas wie ein Rechtsanspruch oder eine Rechtssicherheit denken? Anders gesagt: Verschwimmt hier nicht in einer problematischen Art und Weise die Grenze zwischen Rechtskonformität und Devianz? Wenn die Ordnung des Rechts selbst dergestalt zur Politik – im Sinne der Infragestellung sämtlicher Regelungen – entsetzt wird, scheint damit nicht letztlich nichts – oder nachgerade alles – mit dem Recht und der Ordnung vereinbar?« *Flatscher/Seitz*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 178.

<sup>148</sup> In diese Richtung weist auch Buckels Kritik, die Menke vorhält, eine Rechtstheorie zu entwerfen, die nicht mehr gesellschaftlich eingebettet ist: »Denn während die Bewegung der kritischen Theorie von Horkheimer bis zum frühen Habermas durch die Überführung von Erkenntnis- in Gesellschaftstheorie bestimmt ist, beschreitet Menke den Rückweg und assimiliert gesellschaftstheoretische Fragestellungen wieder an erkenntnistheoretische«. *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 139.

<sup>149</sup> In diesem Sinne kann die Kritik am »Fundierungswahn«, *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 120, auch gegenüber Menke in Anschlag gebracht werden.

auf das Recht einwirken, sind, wenn überhaupt, insofern »zweitrangig«, als sie nicht die Form des Rechts selbst angreifen.

Inwiefern sich diese Statik des Inhalts des Rechts mit der tatsächlichen rechtswissenschaftlichen Dogmatik und Praxis verbinden lässt, wird kritisch diskutiert.<sup>150</sup> Indem die Ausnahme und das Außerrechtliche, wie bei Agambens Biopolitik und Frankenbergs exekutiver Willkür auf der Ebene des Staats bleiben, zeigt sich zudem auch hier ein staatszentriertes Rechtsverständnis, bei dem die Rechtssubjekte geformt werden und soziale Praxen nur über die verdinglichte Berechtigung der *subjektiven Rechte* oder als passive Objekte der Intervention durch den Staat in Menkes Theorie integriert werden. Damit affirmsiert Menke einerseits die ontologischen Prämissen der absoluten Autonomie oder Passivität der Menschen im bürgerlichen Rechtsstaat<sup>151</sup> und verkennt zugleich bestehende soziale Abhängigkeiten, die das Recht auch im bürgerlichen Rechtsstaat zu einer prekären sozialen Norm machen (dazu mehr unter B III 2 a).<sup>152</sup>

<sup>150</sup> Denninger kritisiert in diesem Zusammenhang Menkes mangelnde Kenntnis der Grundrechtsdogmatik: »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.« Denninger, Kritische Justiz 2018, S. 318. Siehe hierzu auch die Kritik an der Kritik: Menke, Kritische Justiz 2018. Siehe zudem zur Anwendbarkeit der »Gegenrechte« auch Fischer-Lescano et al. (Hg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018). Eine ausführliche, rechtsdogmatische Aufarbeitung findet sich bei Kutting, Die Normativitätsstruktur subjektiver Rechte (2023).

<sup>151</sup> »Damit scheinen Passivität und Sinnlichkeit aber immer noch von der Aktivität her gedacht zu werden, als ein selbst wiederum ›aktivisches‹ Aussetzen der Aktivität, und nicht als ein Phänomen eigenen Rechts, im Sinne einer Passivität, die jeder Aktivität radikal vorausginge und nicht auf sie zurückführbar wäre«. Flatscher/Seitz, in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 180.

<sup>152</sup> Buckel bemerkt in ihrer Kritik an Menkes subjektiven Rechten treffend: »Es geht demnach nicht lediglich um die Ermöglichung des Warentauschs durch das Recht, sondern um eine Vergesellschaftung, in welcher der soziale Zusammenhang per se prekär ist und sich erst über naturwüchsige entstehende Kohäsionstechniken herstellen kann, deren Funktionieren selbst unsicher bleibt«. Buckel, in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 133. Und weiter: »Die materialistische Konzeption will daher Prozeduren entwickeln, mit denen die Subjekte nicht nur Autor\*innen ihrer Gesetze, sondern

Der absolute Stopp der Selbstreflexion des Rechts im Verfassungsstaat scheint also nur schlüssig, wenn man die paradoxen Funktionen<sup>153</sup> des Rechts und dessen relationales Verhältnis zur Gesellschaft bzw. zum Außerrechtlichen<sup>154</sup> sowie bereits bestehende Prozeduralisierungen des Rechts ausblendet. Eine Transformation des Rechts kann aber wiederum nur mit dem Bezug auf die soziale Wirklichkeit gedacht werden, in der gesellschaftliche Akteure das Recht sowohl reproduzieren als auch transformieren können. Damit stellt sich die Frage: »Wo sind die realen sozialen Kräfte und Bewegungen, die sich eine solche Forderung auf die Fahnen schreiben oder schreiben könnten?«<sup>155</sup>

### 3. Souveräne Exklusion als Feld sozialer Kämpfe

Dementsprechend lässt sich Agambens Souveränitätskonzept auch kritisieren, weil es das Verhältnis von Recht bzw. rechtlichen Rationalitäten und staatlicher Souveränität nicht differenziert genug darstellt. Wenn die Ausnahme vom Recht einerseits die relationale Autonomie des Rechts angreift, zugleich jedoch wie das Recht selbst aus der sozialen Wirklichkeit entsteht, muss der Einfluss der sozialen Wirklichkeit auf die Ausnahme und das Recht mit in den Blick genommen werden. Inwiefern in diesem Zusammenhang die Anrufung des liberalen Rechtsstaats individuelle Emanzipation nicht nur verhindern, sondern auch ermöglichen kann, wird dabei nicht nur in Bezug auf den Einfluss kapitalistischer Produktionsverhältnisse auf das Recht diskutiert. Verdinglichte Geschlechterverhältnisse<sup>156</sup> wirken etwa als vergeschlechtlichte Rollenzuschreibungen auf das Recht. Die feministische Rechtswissenschaft hat so auf die androzentrischen Subjektkonstruktionen der liberalen Vertragsrechtskonzeptionen hingewiesen,<sup>157</sup> in

auch Autor\*innen des Netzes der sie umgebenden politischen Verhältnisse werden. Dies beinhaltet die Infragestellung der Art zu produzieren nicht weniger als etwa die Zweigeschlechtlichkeit«. *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 138.

<sup>153</sup> *Brown*, *Constellations* 2000.

<sup>154</sup> »Sie müssen die ganze Bürde gesellschaftlicher Subjektivierung tragen, wohingegen die relationale Autonomie, die überhaupt erst eine gesellschaftliche Wirksamkeit des Rechts begründen kann, dethematisiert bleibt«. *Buckel*, in: *Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts* (2018), S. 135.

<sup>155</sup> *Buckel*, *Kritische Justiz* 2017, S. 473.

<sup>156</sup> Wie die Geschlechterverhältnisse dabei etwa mit Produktionsverhältnissen verknüpft sind, sich dabei jedoch nicht auf eine Funktion für diese reduzieren lassen, lässt sich etwa bei *Harding*, *The Feminist Standpoint Theory Reader* (2004) nachlesen.

<sup>157</sup> *Pateman*, *The Sexual Contract* (1988); *Baer/Sackofsky*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 11.

denen das männliche Subjekt als universelles Rechtssubjekt gesetzt wird, und gleichzeitig unter dem Stichwort »Dilemmata des Rechts«<sup>158</sup> oder »Paradoxien des Rechts«<sup>159</sup> die ambivalenten Effekte rechtlicher Kämpfe benannt (vgl. hierzu C IV 2). Das Dilemma besteht dann darin, dass die Anrufung des Rechts(-Staats) zugleich vergeschlechtlichte Herrschaft einschränkt und reproduziert. Indem das Recht Differenzen generalisiert, etwa »Frauen«-Rechte kodifiziert, konstruiert es neue vermeintlich differenzfreie Kategorien, wie etwa »die Frauen«.<sup>160</sup> Die ambivalenten Effekte des Rechts und des Rechtsstaats zwischen universeller Normativität und faktischer Differenz lassen sich auch auf einer anderen größeren Ebene, der Ebene der Menschenrechte, in Bezug auf die Form des Rechtsstaats als Nationalstaat feststellen. In Bezug auf die historisch entstandene Rationalität territorialer Souveränität (hierzu mehr unter C II 1 a) drängt sich zunächst die Spannung zwischen rechtlicher Normativität und Faktizität in der Durchsetzung der Menschenrechte als subjektiven Rechten im Territorialstaat auf. Menke hatte diese Spannung als eine Spannung zwischen subjektiven Rechten und dem Gesetz beschrieben, bei dem die Idee vorstaatlicher Rechte ohne ein staatliches Gesetz, dass diese umsetze, ins Leere laufen müsse (s.o.). Hannah Arendt hat dieses Dilemma, das daraus entsteht, dass universelle Normen (Menschenrechte) durch faktische Institutionen (Nationalstaaten) umgesetzt werden müssen, wie folgt charakterisiert:

Daß es so etwas gibt wie ein Recht, Rechte zu haben [...] wissen wir erst, seitdem Millionen von Menschen aufgetaucht sind, die dieses Recht verloren haben und zufolge der neuen Organisation der Welt nicht imstande sind, es wiederzugewinnen. [...] Bevor sich dies ereignete, wurde das, was wir heute als ein ›Recht‹ zu betrachten gelernt haben, eher als ein allgemeines Kennzeichen des Menschseins angesehen und die Rechte, die hier verlorengehen, als menschliche Fähigkeiten.<sup>161</sup>

<sup>158</sup> Baer, Kriminologisches Journal 1996.

<sup>159</sup> Brown, Constellations 2000; Holzleithner, Kritische Justiz 2008, S. 252.

<sup>160</sup> Siehe hierzu Baer, Kriminologisches Journal 1996; Minow, Making All the Difference (1990), S. 19ff. Darüber hinaus kann die Verrechtlichung politischer Kämpfe die Kritik, etwa an staatlicher Herrschaft, delegitimieren. Holzleithner stellt etwa in Bezug auf die Umsetzung des Rechts durch den Staat zur Bekämpfung häuslicher Gewalt fest: »Die Umsetzung von Recht im Bereich von Gewalt und Diskriminierung ist notorisch ungenügend und führt häufig zu weiteren Verletzungen. Durch den Einsatz von Recht wird die Macht des Staats befördert und die Anwendung von Gewalt legitimiert. Ist dieser Preis zu hoch?« Holzleithner, Kritische Justiz 2008, S. 256. Ein Überblick über feministische Staatskritik findet sich bei Ludwig et al. (Hg.), Staat und Geschlecht (2009). Zu den Prozessen der Verrechtlichung und Ausschließung als Transformationsbedingung des Rechts, siehe B III 2.

<sup>161</sup> Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 614f. Die von Arendt benannte Aporie der Menschenrechte bildet auch heute noch

Was Arendt als Aporie der Menschenrechte problematisiert ist demnach ein Rechtsbegriff subjektiver Rechte, der suggeriert, an natürliche, vorstaatliche Eigenschaften anzuknüpfen, und verkennt, dass es eine rechtliche »Sphäre, die über den Nationen stünde« vorläufig nicht gibt.<sup>162</sup> Es handelt sich dabei aber nicht um ein praktisches Problem, das sich nach Arendt auflösen ließe, wenn man die Gemeinschaft, die die Rechte gewährleistet, auf eine Weltgemeinschaft erweiterte. Vielmehr zeigt sich laut Arendt hierin ein grundlegenderes Problem, das in ebenjener Aporie der modernen Rechtsauffassung liege, die nicht mehr auf religiöse, transzendentale Maßstäbe zurückgreifen kann:

Wir begegnen hier auf höchst reale Weise einer der ältesten Aporien der politischen Philosophie, die uns nur so lange verborgen bleiben konnte, als eine unerschütterte christliche Theologie den Rahmen für alle politischen und philosophischen Probleme abgab, die aber bereits Plato dazu veranlasste, zu sagen: ‚Nicht der Mensch, sondern ein Gott muss das Maß aller Dinge sein.‘ Unsere neuesten Erfahrungen und die sich aus ihnen ergebenden Reflexionen muten wie eine verspätete ironische Bestätigung der berühmten Argumente an, die Edmund Burke einst der Erklärung der Menschenrechte durch die Französische Revolution entgegengehalten hat. Sie scheinen gleichsam experimentell zu beweisen, dass Menschenrechte nichts sind als eine sinnlose ‚Abstraktion‘, dass sich Rechte wie eine ‚überkommene Erbschaft‘ tradieren, die man Kindern und Kindeskindern weitergibt wie das Leben selbst, und dass es politisch sinnlos ist, seine eigenen Rechte als unveräußerliche Menschenrechte zu reklamieren, da sie konkret niemals etwas anderes sein können als ‚die Rechte eines Engländer‘ oder eines Deutschen oder welche anderer Nation immer. Die einzige Rechtsquelle, die bleibt, wenn die Gesetze der Natur wie die Gebote Gottes nicht mehr gelten sollen, scheint in der Tat die Nation zu sein.<sup>163</sup>

Agamben wendet diese von Arendt beschriebene Aporie der Menschenrechte in eine spezifische Richtung und gibt auf die Frage nach den Potenzialen der Menschenrechte eine eindeutige Antwort: Es gibt keine. Menschenrechte sind dazu verdammt, biopolitische Herrschaft und das nackte Leben durch den Souverän zu reproduzieren. Diese fatale Analyse der Menschenrechte wirkt vor dem Hintergrund der Tatsache verständlich, dass das Zeitalter der Entstehung von Menschenrechten zeitgleich das Zeitalter des radikalen Bösen<sup>164</sup> ist, die Entstehung des modernen

den Ausgang philosophischer Auseinandersetzungen zum Subjekt der Menschenrechte, vgl. etwa *Balibar*, *South Atlantic Quarterly* 2004, S. 314; *Barbour*, in: *Hannah Arendt and the Law* (2012). Zur Möglichkeit einer Politik der Menschenrechte, siehe *Rancière*, *South Atlantic Quarterly* 2004.

<sup>162</sup> Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 618.

<sup>163</sup> Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 618f.

<sup>164</sup> Zum Begriff des radikalen Bösen bei Arendt siehe *Thürmer-Rohr*, in: Arendt-Handbuch (2011); *Bernstein*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie

Rechts als Menschenrecht mit dem Zeitalter des Kolonialismus und der Shoah mit der Abwertung zahlreicher Menschen als Nicht-Menschenrechtssubjekte einherging und auch heute noch eine Kluft zwischen dem Versprechen universeller Menschenrechte und der faktischen Lebenssituation eines großen Teils der globalen Bevölkerung besteht.<sup>165</sup> (Menschen) Recht ist kein automatischer Garant für gesellschaftliche Emanzipation. Dies ergibt sich sowohl aus seinem gesellschaftlichen Ursprung, dessen Rationalitäten mitunter kritisiert werden müssen, als auch daraus, dass Recht nicht mit seiner Anwendung gleichzusetzen ist (dies gilt nicht nur für die Frage von Menschenrechten in einer globalen Welt der Nationalstaaten, sondern auch auf mikrosoziologischer Ebene für das Recht als soziale Norm; siehe hierzu S. 89ff.). Konzepte des Rechts, die dieses als Heilsbringer etablieren,<sup>166</sup> müssen insofern dann kritisch betrachtet werden, wenn sie die zuvor genannten Ambivalenzen verleugnen. Sollten Menschenrechte deshalb jedoch als gescheitertes Projekt verworfen werden? Die Politikwissenschaftlerin Ayten Gündoğdu widerspricht dieser Ansicht. In ihrem Buch *Rightlessness in an Age of Rights* entwickelt sie eine Analyse der Menschenrechte und ihrer Krise, die die Tatsache, dass Menschenrechten Ausschlüsse immanent sind, weder verleugnet noch zum Anlass nimmt, die Idee universeller Menschenrechte als gescheitert ad acta zu legen. Agambens Analyse der (Menschen-)Rechte setzt sie eine Konzeption der Menschenrechte entgegen, die im Anschluss an Arendt ihren Blick weg vom territorialen Souverän und hin zur transformativen Potenzialität der Menschenrechte wendet. Während Frankenberg und Menke dabei in einer autonomen Rechtsform verbleiben, die sich vom Außen des Rechts abgrenzen muss (Menke tut dies zumindest in Bezug auf die bürgerliche Gesellschaft), beobachtet Gündoğdu wie die Normativität des Rechts (auch in bürgerlichen Verfassungsstaaten) durch politische Praxen transformiert werden kann und dabei unberechenbare Effekte auf die Rationalität territorialer Souveränität erzeugt. Gündoğdu erschüttert damit ebenjene Annahme Burkes, dass die einzige Rechtsquelle der subjektiven Rechte die Nation sein könne, und weist auf ein

<sup>2007</sup>. Als »banal« analysierte sie das Böse prominent in *Arendt*, Eichmann in Jerusalem (2017).

<sup>165</sup> Zur Kritik der Menschenrechte vor dem Hintergrund eines (post-)kolonialen Universalismus siehe Upendra Baxi, The Future of Human Rights (2008), S. 33ff., 115ff. m.w.N. Baxi nennt das Zeitalter der Menschenrechte dennoch »An Age of Radical Evil as well as an Age of Human Rights«, Baxi, The Future of Human Rights (2008), S. 27ff.

<sup>166</sup> »Die Frage nach den Versprechungen des Rechts ist vielschichtig. Offensichtlich gibt es hier mächtige Zuschreibungen, besonders deutlich an das Verfassungsrecht und an Menschenrechte. Sie sollen sogar sehr große Versprechungen einlösen, Menschheitsträume sollen in Erfüllung gehen, Epochen wird statuiert«. Baer, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2016, S. 216.

komplexes Verhältnis zwischen rechtlicher Normativität und Faktizität im Nationalstaat hin. Beispiele hierfür findet sie dabei im Bereich der illegalisierten Migration.

### *a. Das Dilemma der Menschenrechte im Nationalstaat*

Dabei bildet die Feststellung, dass im »Zeitalter der Rechte«<sup>167</sup> Millionen von Migrierenden die Erfahrung machen müssen, an den Grenzen der Nationalstaaten in einem »bürokratischen Niemandsland«<sup>168</sup> gefangen zu sein, den Ausgangspunkt von Gündoğdu theoretischer Arbeit. Grund dieses Phänomens sei das von Hannah Arendt bereits formulierte Paradox, dass Nationalstaaten immer noch zugleich Garanten und Verletzende der Menschenrechte sind. Seit dem zweiten Weltkrieg haben sich Menschenrechte so einerseits weltweit institutionalisiert: Als »lingua franca des globalen moralischen Denkens«<sup>169</sup> hätten sie auch die Herrschaft staatlicher Souveränität transformiert. Staaten könnten sich nach Gündoğdu in Bezug auf die Einhaltung der Menschenrechte nun nicht mehr auf ihre territoriale Souveränität zurückziehen, sondern müssten sich vor einer internationalen Gemeinschaft rechtfertigen, sofern sie Menschenrechte missachten.<sup>170</sup> Dem stehe jedoch nach wie vor die mangelnde Anwendung der Menschenrechte entgegen, die Gündoğdu mit Seyla Benhabib insbesondere in Bezug auf Asylantragsstellende, Geflüchtete und illegalisierte Migrierende ausmacht. Diese lebten, wie Benhabib zurecht sage, »am Rande aller Rechtsregime und offenbaren den blinden Fleck des Menschenrechtssystems, an dem Rechtsstaatlichkeit sich in ihr Gegenteil verkehrt: Den Ausnahmezustand und die alltägliche Gefahr der Gewalt«.<sup>171</sup> Hannah Arendts Kritik der Menschenrech-

<sup>167</sup> Gündoğdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 8.

<sup>168</sup> [»bureaucratic netherworld«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 2.

<sup>169</sup> Ignatieff et al., Human Rights as Politics and Idolatry (2003), S. 53.

<sup>170</sup> Gündoğdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 8. Baxi spricht in diesem Zusammenhang auch von Menschenrechten als einer »Grammatik des Regierens«: »The normative human rights languages and logics offer conceptions of ‚good‘ governance that seek to assure overall human rights integrity of state apparatuses and conduct; at a meta-level, these languages, and logics address the problem of legitimacy of the power to rule«. Baxi, The Future of Human Rights (2008), S. 16.

<sup>171</sup> [»exist at the limit of all rights regimes and reveal the blind spot in the system of rights, where the rule of law flows into the opposite: the state of exception and the ever-present danger of violence«, Übersetzung A.E.], Benhabib, The Rights of Others (2004), S. 163. Ähnlich auch Baxi, The Future of Human Rights (2008), S. 8.

te bleibe hier insofern aktuell, als sie zu der Frage drängt, inwiefern das aktuelle internationale Menschenrechtssystem trotz seiner Entwicklungen weiterhin Ausschlüsse bestimmter Menschen reproduziert. Denn um Menschenrechte im Sinne eines politischen Konzepts umzusetzen, bedürfe es immer noch politischer Gemeinschaften oder Institutionen. Dies führe zu dem bekannten von Arendt formulierten Dilemma, das daraus bestünde, dass Menschenrechte ein universales Rechtssubjekt be- säßen, aber für ihre Umsetzung partikulare Menschenrechtsinstitutio- nen bräuchten:

Rechte bedürfen künstlicher Erfindungen wie Gesetzen und anderen in- stitutionellen Strukturen um Gleichheit und Freiheit effektiv garantieren zu können. Jedoch können die Institutionen, die wir aufbauen, um eine relativ andauernde Garantie zu haben, dazu führen eben jene Rechte zu zerstören.<sup>172</sup>

Das von Arendt aufgeworfene Paradox sieht Gündoğdu jedoch nicht als Grund, die Menschenrechte zu verwerfen. Vielmehr verweist Gündoğdu auf Arendts Verortung in der Tradition des sokratischen Denkens. Dieses sei aporetisch: Es hätte keine finalen Antworten zur Folge, die die Perplexitäten eines philosophischen Problems ein für alle Mal auflösen. Vielmehr bildet das sokratische Denken eine »anziehende Alternative zu vorherrschenden philosophischen Traditionen, die annehmen, Denken müsste zwangsläufig in einer Sicherheit enden«.<sup>173</sup> Arendt gehe es also nicht darum, die Ambivalenz der Menschenrechte aufzulösen, indem sie diese etwa wie Bentham zu einer rechtlichen »Natur« erkläre oder wie Burke auf Rechte aufgrund der Abstammung reduziere (s.o.). Es geht Arendt nach Gündoğdu auch nicht darum, Menschenrechte zu einem »dead end« zu erklären, wie Jacques Rancière es in seiner Interpretation von Arendts Menschenrechtskritik tue.<sup>174</sup> Vielmehr stehen in Arendts Denken die grundlegenden Spannungen und Ambivalenzen in der Idee der Menschenrechte im Vordergrund. Aus diesem Grund widerspricht Gündoğdu Agambens Arendt-Rezeption. Dieser teile mit Arendt die

<sup>172</sup> [»Rights are in need of artificial inventions such as laws and other institutional structures to offer effective guarantees of equality and freedom. However, the institutions that we establish in order to have relatively permanent guarantees can end up destroying these rights.«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 43. Gündoğdu nennt in diesem Zusammenhang den »antonomischen Charakter« der Menschenrechte, den Balibar ihnen in Anlehnung an Arendt zugeschrieben hat. *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 43.

<sup>173</sup> [»an appealing alternative to the predominant philosophical tradition that assumed thinking must necessarily result in certainty«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 33.

<sup>174</sup> *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 56.

Offenlegung immanenter Ambivalenzen der Menschenrechte, sehe sie jedoch einzig und allein als Funktion des biopolitischen Souveräns. Aus diesem Grund muss er »alle Konzepte, die mit Souveränität verknüpft sind [ablehnen], inklusive Staatsbürgerschaft und Menschenrechte, da er eine Kritik entwickelt, die letztendlich die komplexe, ambivalente Geschichte der Konzepte auslöscht«.<sup>175</sup> Stattdessen gilt es, die »multiplen, mehrdeutigen und kontingenten Effekte«<sup>176</sup> der Menschenrechte sichtbar zu machen.

### *b. Menschenrechte, Souveränität und Politik*

Welche Rolle spricht Gündogdu den Menschenrechten in Bezug auf Souveränität zu? Wichtig ist hierbei zunächst, dass Gündogdu Menschenrechte, anders als Menke, durchaus als Form von Politiken und Anti-Politiken begreift. Indem sie »Arendt gegen Arendt« liest,<sup>177</sup> weicht sie deren scharfes Politikverständnis auf, das diese in *The Human Condition*<sup>178</sup> entwickelte und bei dem sie das Politische vom Sozialen getrennt sehen wollte. Gündogdu propagiert hingegen einen Arendtschen Politik-Begriff, bei dem

›Politik‹ [...] keinen separaten Bereich mit seinen unterschiedlichen Themen und Akteuren [bezeichnet]; stattdessen umfasst der Begriff Praktiken der Verwirklichung von Freiheit, verstanden als die Fähigkeit, etwas Neues zu beginnen und Prozesse zu unterbrechen, die als selbstverständlich angesehen wurden.<sup>179</sup>

<sup>175</sup> »renounces all concepts tied to sovereignty, including human rights and citizenship, since he offers a critique that ends up erasing the complex, ambivalent, and contingent histories of these concepts«. Übersetzung A.E. *Gündogdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 51.

<sup>176</sup> »multiple, equivocal, and contingent effects«, Übersetzung A.E.] *Gündogdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 53. Siehe hierzu auch Liska, in: Hannah Arendt and the Law (2012), S. 97. Relevant ist in diesem Zusammenhang auch Arendts Bezugnahme auf das Römische Recht und dessen Unterscheidung von *nomos* und *lex*: »As Arendt understands them, *nomos* and *lex* have contrary referents and connotations. Pre-political and a product of fabrication, *nomos* involves setting boundaries, inscribing limits and closing down spaces; directly political and the result of praxis proper, *lex* implies opening up, reaching out and instituting new relationships«. Breen, in: Hannah Arendt and the Law (2012), S. 31.

<sup>177</sup> *Gündogdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 56.

<sup>178</sup> Arendt, *The Human Condition* (1998).

<sup>179</sup> »politics does not denote a separate realm with its distinct set of issues and actors; instead, it encompasses practices of enacting freedom understood as the capacity to begin something new and interrupt processes that were taken

Zu diesen gehöre die Unterscheidung von Politischem und Sozialem ebenso wie die Unterscheidung von Öffentlichem und Privatem. In diesem Sinne sind Menschenrechte dann politisch, wenn sie diese Unterscheidungen hinterfragen. Wie kann es aber zu einer Politisierung des Sozialen kommen? Gündoğdu weist hier auf die von Arendt erwähnten Nebeneffekte der politischen Emanzipation der modernen Arbeiter hin. Anders als Marx, der diese Emanzipation aufgrund der sozioökonomischen Ungleichheiten als illusorisch entlarven wollte, stellt Arendt die »wichtigen Nebeneffekte«<sup>180</sup> dieser politischen Emanzipation in den Vordergrund, die dazu geführt hätten, dass ein neuer Teil der Bevölkerung »in der Öffentlichkeit erschien«. Anders als die Sklaven, die keinerlei Rechte besaßen, gelang es der Arbeiterbewegung so, ihre Anliegen zu politisieren und eine »störende, radikal transformierende Kraft« zu entwickeln.<sup>181</sup>

In einer ähnlichen Weise konnten laut Gündoğdu staatenlose Migrantinnen und Migranten ihre Interessen politisieren. Diese sieht Gündoğdu jedoch zunächst mit der Herrschaft nationaler Souveränitätspolitiken konfrontiert. Anhand des Urteils des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte N. v. UK<sup>182</sup> veranschaulicht sie, wie Nationalstaaten ihre territoriale Souveränität gegen die Menschenrechte der Migrierenden uneingeschränkt durchsetzen können. Im Fall N. v. UK klagte eine HIV-positive Uganderin gegen die bevorstehende Abschiebung mit dem Verweis auf ihre körperliche Unversehrtheit. N. war auf die Behandlung mit antiretroviren Medikamenten angewiesen, ohne die ihre Lebenserwartung auf unter ein Jahr geschätzt wurde. Obwohl die medikamentöse Behandlung in Uganda nicht verfügbar war, entschied der EGMR, dass die Abschiebung nicht zu einer unmenschlichen Behandlung nach Art. 3 EMRK führe. Laut Gündoğdu zeigt das Urteil die »tief verankerten Spannungen zwischen den Prinzipien der Gleichberechtigung und der territorialen Souveränität im Menschenrechtssystem«.<sup>183</sup> Die Menschenrechtsanwendung der Nationalstaaten fände nicht nur »im Bereich von

to be automatic«. Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 56.

<sup>180</sup> [»important side effects«, Übersetzung A.E.] Arendt, The Human Condition (1998), S. 217.

<sup>181</sup> [»appeared in public«; »disruptive, radically transformative power«, Übersetzung A.E] *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 85. Gündoğdu vergleicht diese Analyse mit Rancière's Konzept der Polizei und dessen Betonung der Wirksamkeit politischer Rechte, *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 86.

<sup>182</sup> EGMR, Urt. v. 27.05.2008 – 26565/05 (N./Vereinigtes Königreich).

<sup>183</sup> [»deeply embedded tensions between the principles of equal personhood and territorial sovereignty in human rights law«. Übersetzung A.E], *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 109.

Schmerz und Tod«<sup>184</sup> statt, sondern erschiene darüber hinaus angesichts der Frage, wann eine Menschenrechtsverletzung als schwerwiegend genug betrachtet wird, um die territoriale Souveränität einzuschränken, höchst willkürlich.<sup>185</sup> Zudem verblieb die menschenrechtliche Argumentation – sogar die der abweichenden Meinung im Urteil des EGMR – im Bild der »humanitären Ausnahme«<sup>186</sup> von der territorialen Souveränität. Diese humanitäre Argumentation reproduziere einen Diskurs emotionalen Mitleids, der N. als leidendes Opfer zeichnete und es erschwerete, N. als Rechtspersönlichkeit zu hören.<sup>187</sup> Andere Ambivalenzen ließen sich im Fall Saadi v. UK beobachten.<sup>188</sup> Der Fall gelangte 2008 vor den EGMR, als der irakische Arzt Shayan Baram Saadi nach seiner Asylantragsstellung am Heathrow Airport aufgrund seiner illegalen Einreise für 12 Tage inhaftiert wurde. Der EGMR bestärkte das souveräne Recht der Nationalstaaten auf Migrationssteuerung und sah in der Inhaftierung keine Menschenrechtsverletzung nach Art. 5 EMRK. Als problematisch betrachtet Gündoğdu die Begründung des Urteils: Dieses verwies auf das »Interesse der betroffenen Person« auf eine möglichst schnelle Entscheidung über den Asylantrag und setzte somit ein Prinzip der administrativen Notwendigkeit, bei der die Betroffenen nicht als Rechtssubjekte sondern Rechtsobjekte betrachtet würden.<sup>189</sup> Gleichzeitig weise auch hier die menschenrechtliche Argumentation der abweichenden Meinung grundsätzliche Limitierungen auf: »Diese kritisierten das Urteil hauptsächlich dafür, dass es die Grenzen zwischen Asylantragsstellenden und anderen Migrierten verwischte«.<sup>190</sup> Die Rechtspersönlichkeit von Migrantinnen und Migranten wurde so zu einer »geschichteten Kategorie«: Während die Inhaftierung Asylantragsstellender moralisch stark skandalisiert wurde, blieb der Großteil der Migrierenden der territorialen Souveränität schutzlos ausgeliefert.<sup>191</sup>

<sup>184</sup> Cover, *The Yale Law Journal* 1986, S. 1601.

<sup>185</sup> Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 113.

<sup>186</sup> [»humanitarian exception«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 114.

<sup>187</sup> Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 116.

<sup>188</sup> EGMR, Urt. v. 29.01.2008 – 13229/03 (Saadi/Vereinigtes Königreich).

<sup>189</sup> Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 122.

<sup>190</sup> [»They attacked the decision mainly for blurring the distinctions between asylum seekers and other migrants«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 123.

<sup>191</sup> [»stratified category«, Übersetzung A.E.] Gündoğdu, *Rightlessness in an Age of Rights* (2015), S. 124.

### c. Potenzialität der Menschenrechte

Diese souveräne Exklusion bedeutet nach Gündoğdu jedoch nicht, dass die von ihr Betroffenen sich ergeben unterordnen. Vielmehr spricht sie sich gegen die »verhängnisvolle Notwendigkeit«<sup>192</sup> von Agambens Menschenrechtstheorie aus, nur eine Politik jenseits der Menschenrechte anstreben zu können. So übersehe er die Potenzialität<sup>193</sup> der Menschenrechte und des Rechts allgemein, die sich nicht in ihren historischen und konkreten Verwirklichungen erschöpfe. Diese Potenzialität erkennt Gündoğdu insbesondere in der französischen *sans-papier* Bewegung. Die *sans-papier* Bewegung entstand in den 1990er Jahren, als illegalisierte Migrantinnen und Migranten begannen, unterschiedliche Kirchen in Paris zu besetzen, um Zugang zu Rechten wie dem Recht auf Aufenthalt zu fordern. Erstaunlich war hierbei, dass es sich bei den rechtlichen Forderungen nicht um solche handelte, die bereits in bestehenden Menschenrechtsverträgen angelegt waren, sondern dass sie über diese hinaus gingen. Da sie keinen legalen Aufenthaltsstatus besaßen, brachten sie sich mit jeder politischen Aktion in der Öffentlichkeit in die Gefahr einer Abschiebung. Dennoch veröffentlichten sie ein Manifest, in dem sie ihre Rechte »deklarierten«. Gündoğdu weist hier auf Arendts Konzept der »new beginnings« hin. Rechte und Souveränität, so Gündoğdu im Anschluss an Arendt, bräuchten nicht die Legitimation durch eine absolute göttliche oder weltliche Quelle, sondern die konstante Bestätigung durch »politische Praxen, die das in der Gründung manifestierte Prinzip erneut aufgreifen und ergänzen«.<sup>194</sup> Indem die *sans-papier* ihre Rechte deklarierten, widersprachen sie ihrem Ausschluss und der Idee von Menschenrechten als Bürgerrechten und erweiterten die normative Annahmen über die Rechtssubjekte der Menschenrechte. Die politischen Aktionen der *sans-papier* wurden zunächst durch die Polizei strikt unterbunden. Dennoch lösten sie eine globale Bewegungswelle aus und führten zu neuen Konzepten, die die

<sup>192</sup> [»fated necessity«, Übersetzung A.E.] *Gündoğdu*, Contemporary Political Theory 2012, S. 14.

<sup>193</sup> Gündoğdu verweist hier auf Aristoteles Begriff der Potenzialität. Der Begriff der Potenzialität (Latenz) bei Aristoteles, den Agamben selbst rezipiert, lässt sich ihrer Meinung nach nicht mit der Idee einer verhängnisvollen Notwendigkeit der Menschenrechte, biopolitische Souveränität zu reproduzieren, vereinbaren. Siehe hierzu auch Brunhöber: »Agamben betont im Gegensatz zur herkömmlichen Aristoteles-Interpretation, dass die Potenz theoretisch nicht nur das Vermögen, das im Akt verwirklicht wird, sondern auch das Vermögen, nicht zum Akt überzugehen, umfassen muss«, *Brunhöber*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2008, S. 118.

<sup>194</sup> [»political practices that reenact and augment the principle manifested in the founding«, Übersetzung A.E.], *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 182.

Dichotomie von Bürgerschaft und Nicht-Bürgerschaft aufhoben: »*sans-papiers*' actions can be best described as political practices of founding, as they bring forth new subjects, propose new rights, and push already existing rights beyond their instituted formulations«.<sup>195</sup> Hierin zeige sich die Potenzialität der Menschenrechte: Sie lösen »mehrdeutige und unvorhersehbare Effekte«<sup>196</sup> aus, mit denen Menschenrechte »jenseits des Rahmens der territorialen Souveränität«<sup>197</sup> gedacht werden können. Das Menschenrechtsverständnis in dem Verständnis der *sans-papier* orientiert sich demnach nicht an konkreten Menschenrechtsverträgen. Vielmehr wird hier ein Bezug auf Menschenrechte als transnationaler, geteilter Bezugsrahmen, als politische Praxis universeller Gleichheit sichtbar. Dieser Rahmen ist nicht deckungsgleich mit völkerrechtlich etablierten Menschenrechten, bezieht sich jedoch auf deren Existenz als weiterzuentwickelndes Fundament.<sup>198</sup>

*d. Autonomie der Migration  
als Transformationsmoment territorialer Souveränität*

So ermöglicht Gündoğdu einen Blick auf das Recht und den Rechtsstaat, bei dem die souveräne Exklusion durch den nationalen Rechtsstaat keinesfalls statisch bleibt. Recht entwickelt im Rechtsstaat eine Autonomie, lässt sich jedoch nicht auf diese reduzieren. Seine Normativität wird durch die Vielzahl an Praxen, die sich auf das Recht beziehen, verändert.<sup>199</sup> Während Menke die Frage nach der Transformation

<sup>195</sup> Gündoğdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 191.

<sup>196</sup> Gündoğdu, Contemporary Political Theory 2012, S. 18; Gündoğdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 53.

<sup>197</sup> Gündoğdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 211.

<sup>198</sup> Baxi unterscheidet etwa unterschiedliche Aspekte der Menschenrechte, darunter »Human Rights as Ethical Imperatives«, »Human Rights as Grammar of Governance«, »Human Rights as Languages of Global Governance«, »Human Rights as Insurrectionary Praxis«, »Human Rights as Juridical Production« sowie »Human Rights as Culture«, Baxi, The Future of Human Rights (2008), S. 12ff. In diesem Sinne bezieht sich die Bewegung der *sans-papiers* auf Menschenrechte als widerständige Praxis und »pluralisiert« das Verständnis von Menschenrechten »far beyond doctrinal disputes concerning ›relativism‹ and ›universality‹«, Baxi, The Future of Human Rights (2008), S. 20. Siehe hierzu auch Besson, in: Hannah Arendt and the Law (2012).

<sup>199</sup> »In any event, the formations of the addressees, contents, and scope of human rights and obligations remain contested terrains, on which the power of politics for human rights warily, and wearily, unfolds. Politics for human rights is extraordinarily diverse [...] precisely when the communities of the

und den Akteurinnen der Transformation unbeantwortet lässt, eröffnet Gündogdu hier eine Menschenrechtsanalyse im Nationalstaat, bei der Menschenrechte Subjekte und soziale Wirklichkeiten formen und zugleich von ihnen geformt werden.

In Bezug auf die souveräne Exklusion vom Recht kann mit Gündogdu gezeigt werden, dass auch diese Gegenstand sozialer Kämpfe ist. Anders als Agamben stehen die vom Recht ausgeschlossenen Einzelnen nicht rein passiv einer allmächtigen autonomen Souveränität gegenüber. Ihnen steht die Möglichkeit der Politisierung offen, sie können im Sinne der »new beginnings« neue Impulse für die Normativität des Rechts setzen. Auch außerhalb staatsbügerlicher Rechte stehende Migrationsbewegungen können dabei auf das Verhältnis zwischen der Prämisse territorialer Souveränität und (Menschen-)Rechten einwirken und dabei ihnen gegenüber eine eigene Autonomie entwickeln. Migration ist damit nicht die letzte Bastion<sup>200</sup> einer natürlich gegebenen nationalstaatlichen Souveränität, sondern eines Wissens-Macht-Komplexes<sup>201</sup> der »Souveränität«. In der kritischen Migrationsforschung wurden in diesem Zusammenhang Debatten geführt, die die vielschichtigen Handlungsmöglichkeiten von Migrierenden sichtbar und die gängige Dichotomie über sie als »Schurken« oder »Opfer«<sup>202</sup> dekonstruieren: Unter dem bereits in der Einleitung erwähnten Begriff der *Autonomie der Migration*<sup>203</sup> wurde

disempowered seek to assume equal partnership with state actors in the production of human rights norms and standards and their futures». *Baxi, The Future of Human Rights* (2008), S. 120f.

<sup>200</sup> Dauvergne, *Making People Illegal* (2008), S. 2f.

<sup>201</sup> Hierzu mehr unter B IV 3 a.

<sup>202</sup> Bojadžijev, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011, S. 140.

<sup>203</sup> Zur Begriffsherkunft siehe Binder, Ege und Färber, die sie »beiläufig, im Diskussionszusammenhang des Postoperaismus« verorten, *Binder et al., Zeitschrift für Kulturwissenschaften* 2011, S. 136. Vgl. hierzu auch die in der Einleitung der Arbeit erwähnte Theorie zur Multitude bei Hardt/Negri, *Empire* (2002). Sonja Buckel hat die Autonomie der Migration wie folgt beschrieben: »Der technokratische Glaube der Planungseuphorie fordertischer Staaten, ihre Regulierungsversuche könnten das Verhalten der ›Steuerungsobjekte‹ unmittelbar beeinflussen, sodass man Migration ›wie einen Wasserhahn durch angemessene Politik auf- und zudrehen‹ könnte, stellte sich als Illusion heraus (Castles 2005: 13). Denn Migration ist ein sozialer Prozess mit einer eigenen Dynamik, der nicht individuell, sondern in Migrationsnetzwerken erfolgt, in denen Familie und Gemeinschaft eine große Rolle spielen. [...] Restriktive Migrationsgesetze und gefährliche Reisewege erscheinen angesichts der Lebenssituation im globalen Süden oft als ›einfach eine weitere Barriere, die es zu überwinden gilt, um zu überleben‹ (ebd.: 15)«. *Buckel, Welcome to Europe* (2013), S. 53f. In der deutschen kritischen Migrationsforschung hat sich die Auffassung einer eigenständigen Dynamik von Migrationsbewegungen entsprechend etabliert: Bojadžijev/

ein Migrationsverständnis entwickelt, bei dem »die Perspektive der Migration« eingenommen und ein transnationales Migrationsverständnis etabliert werden sollte, das sich vom staatszentrierten Blick der Handlungsmacht durch Rechte abwendet. Migration im Sinne der *Autonomie der Migration* ist »kein Projekt Einzelner, sondern ein Prozess, der auf translokalen Netzwerken und einer globalen Bewegung aufruht«.<sup>204</sup> Diese Perspektive macht die Vielschichtigkeit des Verhältnisses von Nationalstaaten und Migrierenden sichtbar. Statt eine Visktimisierung der Migrierenden zu wiederholen, und Migrationsbewegungen dann als »erfolgreich« zu proklamieren, wenn ihnen eine Anerkennung staatsbürglicher Rechte folgt, kann mit dem Fokus auf die *Autonomie der Migration* deutlich gemacht werden, »dass Handlungsspielräume auch unter Bedingungen der Entrechtung existieren, wenngleich diese immer erkämpft werden müssen«.<sup>205</sup> Dem Konzept der Autonomie der Migration liegt demnach ein Politik- und Staatsverständnis zugrunde, das sich von Agambens Zentrierung auf die Souveränität abwendet und stattdessen die Frage in den Vordergrund stellt »wie sich Politik durch Kämpfe formiert, wie sich gesellschaftliche Aushandlungen, gerade auch im Sinne einer imperceptible politics in Gesellschaft und Staat einschreiben«.<sup>206</sup> Den Ausgangspunkt bildet hier ein Migrationsverständnis, bei dem nicht der oder die Einzelne passiviert der souveränen Herrschaft entgegentritt, sondern Teil eines sozialen Migrationsnetzwerks ist. Dieses begibt sich durchaus in Kämpfe um subjektive Rechte, ist jedoch nicht vom modernen Traum eines für sich selbst verantwortlichen Rechtssubjekts abhängig. Andersherum werden Migrantinnen und Migranten nicht automatisch zu handlungsunfähigen Opfern, weil ihnen subjektive Rechte entzogen werden. Gefragt wird dann nicht mehr danach, ob der ohnmächtige *homo sacer* herrschaftlicher Souveränität gegenübersteht, sondern wie die rechtsstaatlichen Rationalitäten die Handlungsmacht der Migrierenden formen und von diesen geformt werden. Die Migrationsforschenden und politischen Aktivisten Bojadžijev, Karakayali und Tsianos beschreiben diese Perspektive etwa wie folgt:

*Karakayali*, in: Turbulente Ränder. (2015); *Bojadžijev*, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011; *Karakayali/Tsianos*, in: Turbulente Ränder. (2015), S. 10ff.; *Hess/Kasperek* (Hg.), Grenzregime. [I] (2012); *Hess et al.* (Hg.), Der lange Sommer der Migration (2016); *Karakayali*, Gespenster der Migration (2008), S. 23ff.; *Kasperek/Tsianos*, movements 2015.

<sup>204</sup> *Bojadžijev*, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011, S. 140f.

<sup>205</sup> *Bojadžijev*, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011, S. 141. Ähnlich *Hess et al.*, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 275.

<sup>206</sup> *Hess et al.*, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 271.

Worauf es ankommt, ist zu verstehen, unter welchen Bedingungen die Migration sich organisiert, d.h. die Modalitäten in den Blick zu nehmen, denen die Migrantinnen angesichts der Kontrollanstrengungen der europäischen Staaten sich gegenübersehen. Oder anders gesagt, wenn das fordistische Migrations-Regime der Gastarbeiter-Anwerbung auf einem spezifischen, korporatistischen und nationalen Kompromiss beruhte, dann gilt es, die Konturen desjenigen Kompromisses zu zeichnen, der die Migration illegalisiert.<sup>207</sup>

Dieser Kompromiss (bzw. diese Rationalität) hätte dann »die Funktion, die in ihnen [den Migrationsbewegungen] entwickelten Dynamiken zu unterbrechen und zu sabotieren«. Er ist jedoch keineswegs starr, sondern wird von Migrationsbewegungen selbst permanent verändert: »Praktisch haben sie in ihren Kämpfen um Mobilität und Bürgerrechte den Kompromiss historisch unaufhörlich verschoben«.<sup>208</sup>

Daraus folgt auch eine stetige Verschiebung der prekären Prozesse der Subjektivierung durch das Recht (siehe hierzu B III c). Dass das Verhältnis von Faktizität und Normativität des Rechts ein umkämpftes, durchaus prekäres Unterfangen ist, liegt aber darüber hinaus an dem komplexen Verhältnis von normativem Recht und seiner faktischen Anwendung – das sich nicht nur in Zusammenhang mit der Durchsetzung von Menschenrechten im Nationalstaat zeigt. In diesem Sinne lässt Recht sich nicht nur auf der Makro-Ebene verdinglichter (Herrschafts-)Formen betrachten, sondern auch auf der Ebene der sozialen Normen, nämlich als einer Norm von vielen zur Handlungsorientierung. Auch auf dieser Ebene kommt Recht nicht notwendigerweise stets zur Anwendung. Die Frage danach, ob rechtliche Normen gelten, lässt sich nicht einzig und allein mit dem Verweis auf deren faktische Anwendung klären. Auch hier treten Normativität und Faktizität in ein komplexes dialektisches Verhältnis.

## II. Der moderne Albtraum von rechtloser Willkür

Für die Rolle der vom Recht exkludierenden Souveränität im *permanenten Ausnahmezustand* und die Frage nach dem Verhältnis von Faktizität und Normativität beruft sich Agamben auf den Streit zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. Das Verhältnis von Normativität und Faktizität lässt sich jedoch nicht nur auf der Ebene der Souveränität – und damit von (staatlicher) Herrschaft – problematisieren. Mit dem Auftauchen der Gesetzeskraft im *permanenten Ausnahmezustand* und einem Recht, das gilt, aber nicht wirkt, eröffnet sich eine weitere Frage: Die Frage

<sup>207</sup> Bojadžijev et al., Kurswechsel 2003, S. 49.

<sup>208</sup> Bojadžijev et al., Kurswechsel 2003, S. 49f.

nach dem Verhältnis von Rechtsgeltung und Rechtswirkung bzw. der Rechtswirklichkeit. Agamben selbst zeichnet in diesem Zusammenhang einen Begriff des Rechts, der von der Faktizität insofern verunreinigt wird, als diese in der Form der Gesetzeskraft im Ausnahmezustand in reine Gewalt umschlägt. Dem unwirksamen Recht folgt im *permanenten Ausnahmezustand* ein Raum des Anomischen und der Willkür ohne jegliche normative Ordnung. Dieses Bedrohungs-Szenario lässt sich hinterfragen.

Fast zeitgleich zu seiner Debatte mit Carl Schmitt führte Hans Kelsen eine zweite Debatte, die für das Verhältnis von Normativem und Faktischen ebenfalls von zentraler Bedeutung ist – und bei Agamben keine Erwähnung findet. Sie entstand in Bezug auf den von Eugen Ehrlich in seinem Buch »Grundlegung der Soziologie des Rechts«<sup>209</sup> vertretenen Begriff des »lebenden Rechts«. Gegen die Idee eines am *Sein* orientierten Rechtsbegriffs verteidigte Kelsen vehement einen rein normativen Rechtsbegriff. Was unter geltendem Recht zu verstehen sei, müsse auf die Frage nach dem *Sollen*, nicht dem *Sein* gestützt werden:

Allein was kann diese Rechtssoziologie, die nichts als das Seiende betrachtet und erklärt, die, wie Ehrlich doch zugibt ›die Tatsachen bloß zu verzeichnen, nicht zu bewerten hat‹ (314), darüber ausmachen, ob das was tatsächlich geschieth, auch geschehen *soll*, von wegen der Moral oder des Rechtes geschehen soll, oder m.a.W. was *Rechterns* ist?<sup>210</sup>

Worüber Kelsen und Ehrlich debattierten<sup>211</sup> ist nichts weniger als »die Problematik eines nachmetaphysischen Rechtsdenkens und des neuen, eigenständigen Dilemmas, das es der Rechtswelt seitdem präsentiert«.<sup>212</sup> Der Streit darum, ob der Rechtsbegriff danach bestimmt wird, was Recht sein *soll* oder was es *ist*, führt über die Frage nach der Rechtsform als verdinglichter Herrschaftsform und dem Ausnahmezustand hinaus hin zur Ebene der Rechtsnormen als zugleich normativen Ideen und stets aufrechtzuerhaltenden faktischen Praxen. Agambens Postulat eines normativen Rechts, das gilt, aber nicht zur Anwendung kommt, und einer Kraft, die keinen Bezug zum Recht (und damit zur Normativität überhaupt) hat, muss sich im Anschluss an den Streit zwischen Kelsen und Ehrlich fragen lassen, inwiefern ein solches Auseinanderfallen von Normativität und Faktizität im Recht überhaupt denkbar ist. Oder andersherum gefragt, ist

<sup>209</sup> Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1989). Siehe hierzu auch Barta et al. (Hg.), Zu Eugen Ehrlichs 150. Geburtstag und 90. Todestag (2013).

<sup>210</sup> Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2001), S. 52.

<sup>211</sup> Dass die beiden tatsächlich eher aneinander vorbei debattiert haben, stellt u.a. Lüdersen fest. Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2001), S. XII.

<sup>212</sup> Kelsen/Ehrlich, Rechtssoziologie und Rechtswissenschaft (2001), S. XI.

es nicht gerade ein bestimmendes Charakteristikum des Rechts, dass es weder auf seine Normativität noch auf seine kausale, faktische Wirkung reduziert werden kann? Und welchen Einfluss hat ein solcher rechtsssoziologischer Rechtsbegriff auf die Idee einer rein faktischen Gewalt – dem modernen Albtraum der rechtlosen Willkür – als Gegenstück zur Idee eines rein normativen, nicht zur Anwendung kommenden Rechts, wie sie von Agamben entworfen wird?

### I. (Rechts-)Normen: Eine rechtsssoziologische Betrachtung

Eugen Ehrlich hatte mit dem Begriff des lebenden Rechts einen Grundstein für eine Perspektive auf das Recht gelegt, die dieses nicht nur als Herrschaftsinstrument, sondern als einen Bestandteil eines komplexen Geflechts normativer Ordnungen bzw. eines Rechtspluralismus versteht. Recht als soziale Norm,<sup>213</sup> so analysierte Ehrlich Anfang des 20. Jahrhunderts, lässt sich nicht allein über staatlichen Zwang abbilden<sup>214</sup> – die Rechtswirklichkeit gibt ein weitaus komplexeres Bild ab, in dem rechtliche Normen auf verschiedene Weisen der Steuerung sozialen Verhaltens dienen.<sup>215</sup> In der Rechtsssoziologie hat sich der Begriff der sozialen Normen entsprechend etabliert, um Recht in seinen Anwendungspraxen

<sup>213</sup> Im deutschen Kontext wurde der Begriff der sozialen Norm maßgeblich durch den Sozialwissenschaftler Heinrich Popitz geprägt, *Popitz, Soziale Normen* (2006). Soziale Normen normieren laut Popitz das Verhalten der Gesellschaftsmitglieder und schaffen damit Verhaltensorientierung. *Sozial* sind diese Normen dabei gerade deshalb, weil sie in der wechselseitigen Normierung der Gesellschaftsmitglieder Bedeutung gewinnen, *Popitz, Soziale Normen* (2006), S. 85f.

<sup>214</sup> »Daraus folgt gewiß nicht, daß die große Mehrzahl der Menschen sich nur aus innerm Antrieb den Normen fügt; aber folgt doch daraus, daß die Furcht vor Strafe und Zwangsvollstreckung nicht das einzige ist, was sie dazu bestimmt, ganz abgesehen davon, daß es ja gesellschaftliche Normen genug gibt, bei denen dem Übertreter weder Strafe noch Zwangsvollstreckung droht und die trotzdem nicht ohne Wirkung bleiben. Der Zwang ist nicht die Eigentümlichkeit der Rechtsnorm«, *Ehrlich, Grundlegung der Soziologie des Rechts* (1989), S. 64f.

<sup>215</sup> Niklas Luhmann beschreibt das Recht beispielsweise in seiner *Funktion* als »Struktur eines sozialen Systems, die auf kongruenter Generalisierung normativer Verhaltenserwartungen beruht«, *Luhmann, Rechtsssoziologie* (1987), S. 105 – und sieht wohlgernekt Ehrlichs »unklaren« Rechtsbegriff und »theoretisch unzulängliche« Forschung kritisch, *Luhmann, Rechtsssoziologie* (1987), S. 22. Aus dieser Perspektive ist Recht eine »notwendige Funktion in jeder sinnhaft konstituierten Gesellschaft« und muss »daher immer vorhanden« sein, *Luhmann, Rechtsssoziologie* (1987), S. 105.

jenseits staatlicher Herrschaft zu beschreiben. Allgemein wird der Begriff der »sozialen Norm« dabei vielfach für Normen verwendet, deren Einhaltung durch die Erwartungen des sozialen Umfelds durchgesetzt werden:

Social norms are, like legal ones, public and shared, but, unlike legal rules, which are supported by formal sanctions, social norms may not be enforced at all. [...] Social norms should also be distinguished from moral rules: As I shall argue in the following, expectations are crucial in sustaining the former but not necessarily the latter. In particular, conformity to a social norm is conditional on expectations about other people's behavior and/or beliefs.<sup>216</sup>

Recht als soziale Norm zu verstehen, kann demnach sichtbar machen, dass die Geltung des Rechts sowohl auf seiner kausalen Wirkung auf soziales Verhalten als auch seiner normativen Anerkennung durch die Rechtsanwendenden beruht – dies jedoch in einem sehr komplexen Verhältnis.<sup>217</sup> Rechtsgeltung wird nicht nur von staatlicher Herrschaft erzwungen; die Geltung des Rechts gründet auch in den mannigfachen Praxen und Reproduktionen des Rechts durch die Individuen und schränkt aus der Perspektive der sozialen Normen Handeln nicht nur repressiv ein, sondern ermöglicht es gerade.<sup>218</sup> Recht als soziale Norm zu analysieren, bedeutet demnach, Recht zusätzlich zu einer Herrschaftsform als

<sup>216</sup> *Bicchieri*, The Grammar of Society (2005), S. 8. Vgl. auch *Licht*, Review of Law & Economics 2008, S. 717.

<sup>217</sup> Die Rechtssoziologie stellt so Definitionen des Rechts als Norm, die durch Zwang durchgesetzt wird (sogenannte Zwangstheorien), mit Bezug auf Ehrlich Anerkennungstheorien gegenüber, die Recht aufgrund seiner gesellschaftlichen Anerkennung definieren: »In diesem Sinn ist nach Ehrlich für die Rechtsnorm die ›opinio necessitas‹ Erkennungsmerkmal, also der Glaube der Rechtsgenossen an die Notwendigkeit ihrer Geltung«. *Raiser*, Das lebende Recht (1999), S. 191. Vgl. auch *Röhl*, Rechtssoziologie (1987), S. 209ff. Diesem Fokus auf die Rechtsanwendenden entsprechend hat die Rechtssoziologie Kriterien für die Bedingungen der Rechtsanwendung bzw. Rechtsmobilisierung durch die Einzelnen entwickelt, wie etwa das Wissen darum, einen rechtlichen Anspruch zu haben (sog. Anspruchswissen), *Baer*, Rechtssoziologie (2021), S. 230ff. Hierzu mehr unter C IV 2, 3.

<sup>218</sup> Luhmann bemerkt hierzu: »Von der Funktion kongruenter Generalisierung her gesehen gibt es in jeder Gesellschaft Recht; aber der Grad einer strukturellen Ausdifferenzierung des Rechts wandelt sich im Laufe der gesellschaftlichen Entwicklung, und zwar in dem Maße, als die Komplexität der Gesellschaft zunimmt und der Bedarf für kongruent generalisierte normative Verhaltenserwartungen infolgedessen sich schärfert profiliert. Das Recht kann allein unter dem Gesichtspunkt von Befehl und Verbot, Repression natürlicher Neigungen oder äußerem Zwang nicht angemessen begriffen werden [...]. Das Recht dient in erster Linie der Ermöglichung komplizierteren, voraussetzungsvoller Handelns, und es leistet dies durch kongruente

prekäre soziale Praxis zu begreifen, die immer wieder durch die Gesellschaftsmitglieder (re-)produziert werden muss:

Wenn es eine menschliche Praxis ist, die das Recht erzeugt, lassen sich auch hier die ›Verfahren, Funktionen und Konsequenzen‹ dieses Tuns als Fragen des Rechts begreifen, müsste in gewisser Weise auch die Reproduktion des Rechts als ›Schauplatz von Kämpfen um Macht, Geld, Anerkennung und Prestige‹ lesbar zu machen sein, so wie es für Kulturwissenschaften allgemein gilt.<sup>219</sup>

In diesem Zusammenhang macht die Rechtssoziologie auch sichtbar, dass Zwang in der Wirklichkeit sozialer Normen nicht nur durch staatliches Handeln erlebt werden kann: »Staatliches Recht, so Ehrlich, spielt insbesondere zur Ausübung von Zwang nur eine untergeordnete Rolle, denn Zwang werde stärker durch Sitte und Moral, durch Vorstellungen von Ehre oder Takt, also durch ›außerrechtliche Normen‹ ausgeübt«.<sup>220</sup> Eine rechtssoziologische Analyse, die diese Erkenntnisse entsprechend aufgreift, lässt sich in dem Buch *Die Möglichkeit der Normen* von Christoph Möllers finden. In ihm entwickelt Möllers einen Normbegriff, der normative und faktische Elemente verbindet und Recht weder auf Sollensvorgaben noch Ist-Zustände reduziert. Auf der normativen Seite ist das Recht als soziale Norm laut Möllers von der *Möglichkeit* der Realisierung von Normen geprägt, faktisch wird es mit einem *Realisierungsmarker* versehen. Interessant ist dabei, dass Möllers eine Gleichsetzung von Rechtsgeltung mit der Normeinhaltung gerade aufgrund des normativen Gehalts des Rechts verwirft. Mehr noch: Er verweist darauf, dass die Möglichkeit zum *Normbruch* genauso Bestandteil des Rechts als sozialer Norm sei wie deren *Einhaltung* und eine gelingende Normativität sich durch die Möglichkeit zur Devianz auszeichnet.

#### *a. Normen zwischen Moral und Kausalität*

Möllers beginnt seine Begriffsentwicklung des Rechts als sozialer Norm mit der Zurückweisung von Normbegriffen, die die Norm »ins Reich der Gründe«<sup>221</sup> verbannen und damit das Recht lediglich vor dem Hintergrund seiner (mangelnden) Legitimität beleuchten. Diese seien zwar »für das Normativitätsverständnis der Gegenwart zentral«.<sup>222</sup> Die Debatte über

Generalisierung kontingenter Prämissen solchen Handelns«. Luhmann, Rechtssoziologie (1987), S. 103.

<sup>219</sup> Engelmann, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt (2020), S. 178. Siehe zum Recht als »Praxis« in der empirischen Forschung der Arbeit auch C IV 3.

<sup>220</sup> Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 105.

<sup>221</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 42.

<sup>222</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 26.

die Art der Gründe für Normen sei jedoch einerseits zu selbstbezüglich, um den Begriff des Normativen hinreichend zu schärfen.<sup>223</sup> Gleichzeitig reduziere die geläufige Identifikation von Gründen mit Rationalität Normen auf »abstrakte Gegenstände, denen keine raumzeitliche Individuation zu eigen ist«.<sup>224</sup> Für soziale Normen wie das Recht greife eine Reduzierung des Normbegriffs auf Rationalität deshalb zu kurz. Insbesondere anhand der Idee des Idealverfahrens für das Zustandekommen von Normen erläutert Möllers, dass eine rein rationale Idee für das Zustandekommen des Rechts nicht ausreicht. Denn die Entstehung des Rechts kann »ohne Bezug auf die raumzeitliche Seite von Verfahren, auf die Möglichkeit der Gewaltanwendung und auf Verschriftlichung [nicht] ergiebig beschrieben werden«.<sup>225</sup> Das Realverfahren dabei von einem unerreichbaren, philosophischen und abstrakten Idealverfahren zu trennen, hält Möllers für fragwürdig. Denn Realverfahren, wie etwa das Mehrheitsprinzip, als »defizitäre« Versionen der Idealverfahren zu bewerten, verkenne, dass die Kriterien rationaler Idealverfahren, »wie der Kategorische Imperativ und seine diskurstheoretischen Abkömmlinge überhaupt soziale Relevanz« erst durch die Realverfahren erhielten.<sup>226</sup> Auch über die Entstehung von Normen hinaus können moralische Normen laut Möllers »kein allgemeines Modell« für Normen bilden.<sup>227</sup> So seien Rechtsnormen als soziale Normen auf eine soziale Praxis angewiesen und müssten in diesem Zusammenhang »zwischen Menschen entäußer[t]« bzw. »artikuliert«<sup>228</sup> werden. Sie auf »ein Handeln *aus* praktischer Vernunft« zu reduzieren, entziehe sie jedoch »der Sphäre empirischer Beobachtbarkeit«.<sup>229</sup> Vor diesem Hintergrund kritisiert Möllers beispielsweise die Diskurstheorie von Habermas als »empirisch unzuverlässig, weil sie bestimmten beobachtbaren Praktiken Implikationen unterstellt, die nicht zwingend aus ihnen folgen«.<sup>230</sup> So würden in der Idee der Diskurstheorie Normen, die auf guten Gründen beruhten, im Verfahren der Deliberation mit Hilfe der kommunikativen Vernunft vermittelt. Ob oder inwiefern sich die Position, d.h. die Gründe der Verfahrensteilnehmenden, während des Verfahrens ändern, ließe sich empirisch jedoch nicht feststellen. Damit »vergeistige« Habermas Normativität einerseits und löse sie von »tatsächlich stattfindenden Selbstbestimmungselementen« ab, behandelt jedoch zugleich »relativ anspruchslose Vorgänge

<sup>223</sup> Zur Debatte darüber, inwiefern Handlungsgründe stets subjektbezogen sind oder sich als objektive Fakten in der Welt vorfinden lassen, siehe Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 26ff.

<sup>224</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 42.

<sup>225</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 45.

<sup>226</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 48.

<sup>227</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 63.

<sup>228</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 127.

<sup>229</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 67.

<sup>230</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 75.

als hinreichend für eine Rechtfertigung politischer Institutionen«.<sup>231</sup> Recht kann demnach nicht auf seine normative Rationalität reduziert werden; eine Rechtswirklichkeit, die, wie etwa bei Menke, aus der Normativität des Rechts abgeleitet wird, verkennt den raumzeitlichen Bezug des Rechts. Diese Fehlannahme zeige sich etwa dann, wenn bei Habermas Faktizität keinen Zugriff auf Normen habe, »sondern diese nur durch kontrollierte Vermittlung prägen« solle.<sup>232</sup> Auf der anderen Seite kritisiert Möllers Luhmanns Normbegriff, der von der Erwartung ihrer Einhaltung geprägt ist, als einen Normbegriff, der die Normativität »unter der Hand faktualisiert«.<sup>233</sup> Luhmanns Normbegriff verbleibe zu stark in den »deskriptiven« Kategorien der Erwartung der Einhaltung der Normen sowie der gesellschaftlichen Stabilisierung. Dass Normen jedoch symbolisch gesetzt werden können, ohne dass ihre Einhaltung erwartet wird, oder sie zum Teil gerade einen dynamisierenden Effekt haben sollen, der – wie etwa im Fall der Grundrechte – sogar auf eine De-Stabilisierung zielt, könne mit Luhmanns Normbegriff nicht verstanden werden.<sup>234</sup> Es braucht also, laut Möllers, ein anderes Verständnis von Recht als sozialer Norm, eines, das »die Spannung zwischen [moralischer] Unabhängigkeit und [empirischer] Wirksamkeit bewahren«<sup>235</sup> könne.

### *b. Die Möglichkeit zum Normbruch*

Möllers betont entsprechend, dass Denkfiguren, die Normen als normativ autonom *oder* faktisch wirksam beschreiben wollen, *soziale* Normen nicht hinreichend analysieren können. Denn soziale Normen, so Möllers, seien gerade weder auf Normativität noch Faktizität zu reduzieren:

<sup>231</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 76.

<sup>232</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 85.

<sup>233</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 130.

<sup>234</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 128ff. Diese Analyse Luhmanns kann mit Verweis auf seine »Rechtssoziologie« durchaus relativiert werden. So beschreibt Luhmann die Nicht-Einhaltung von Normen einerseits auch als Quelle der Innovation: »Solche Überlegungen über strukturelle und prozeßmäßige Bedingtheit der Abweichungen in sozialen Systemen werden ergänzt durch die These, daß abweichendes Verhalten in manchen Hinsichten auch positive Funktionen erfülle [...] zum Beispiel [...] als Quelle von Innovationen oder gar als ›variety pool‹«. Luhmann, Rechtssoziologie (1987), S. 123. Andererseits betont er, dass die Rechtsgeltung von Normen nicht mit ihrer faktischen Verwirklichung gleichgesetzt werden dürfe: »Um mit Max Weber zu formulieren: Die Tatsache der Orientiertheit des Handelns an einer Ordnung, nicht aber deren Befolgung, entscheidet über deren Geltung«, Luhmann, Rechtssoziologie (1987), S. 124.

<sup>235</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 110.

»Normen [können] als Teil der Welt ihre Selbstständigkeit gegenüber dieser behaupten«.<sup>236</sup> Aus diesem Grund entwickelt Möllers einen Normenbegriff, der die normative Selbstständigkeit mit der empirischen Wirksamkeit verbindet. Dabei geht er davon aus, dass Normen einerseits aus dem normativen Moment des Möglichen bestehen und zugleich eines empirischen Realisierungsmarkers bedürfen. Soziale Normen affirmieren laut Möllers ein »afaktisches«<sup>237</sup> Moment. Das, was affiniert wird, beschreibt Möllers als Möglichkeit der Verwirklichung, wobei er betont, dass es sich hierbei um einen erkenntnistheoretischen Möglichkeitsbegriff handelt. Denn der Begriff des Möglichen kann nicht auf ein faktisches »Können« reduziert werden, wie Möllers am Beispiel des Drogenkonsums postuliert: »Der Standard, Drogen zu verbieten ist faktisch nicht durchsetzbar. Er wird beibehalten, weil die Gemeinschaft keine sein will, in der Drogen erlaubt sind. [...] Entscheidend ist aber, dass die Norm eine Möglichkeitsunterstellung transportiert«.<sup>238</sup> Möglichkeit wird bei Möllers also als Möglichkeitsunterstellung, das heißt als Wissen über die Möglichkeit der Verwirklichung, verstanden, und ist in diesem Sinn als epistemisch zu sehen. Dieser »Möglichkeitsbegriff definiert Möglichkeit [zudem] als Möglichkeitsunterstellung, die umstritten sein kann«.<sup>239</sup> Eine Möglichkeit der Verwirklichung zu unterstellen, bedeutet auch, ihre Nichtverwirklichung mit zu denken. Dies ist relevant, denn Normen beinhalten dann schon auf der normativen Ebene die Möglichkeit zum Normbruch.<sup>240</sup> Noch deutlicher wird die Notwendigkeit der Möglichkeit eines Normbruchs auf der empirischen Seite der Normen, der *Affirmation* der Möglichkeit. Die Möglichkeit als normativer Bestandteil von Normen ist kein »hinreichendes« Merkmal, es bedarf »einer weiteren Qualifikation«.<sup>241</sup> Diese sieht Möllers in der Markierung des Normativen in Form einer Affirmation des Möglichen: »Die Markierung muss die Verwirklichung der Möglichkeit positiv besetzen, denn was eine reine Möglichkeit von einer Norm unterscheidet, ist die Bewertung ihrer Verwirklichung«.<sup>242</sup> Diese Affirmation darf laut Möllers jedoch nicht mit einer faktischen Einhaltung der Norm verwechselt

<sup>236</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 127.

<sup>237</sup> Möllers versteht Normativität dabei explizit nicht als *kontrafaktisch*, sondern als *afaktisch*, »um so die Differenz, nicht aber eine Konkurrenz zu Fakten zum Ausdruck zu bringen«. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 131.

<sup>238</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 145.

<sup>239</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 150.

<sup>240</sup> Darauf weist Möllers schon an früherer Stelle seiner Abhandlung hin: »Ohne die Möglichkeit zum Normbruch gibt es keine Normativität«. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 110.

<sup>241</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 155.

<sup>242</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 156.

werden. Denn die Norm und ihre Etablierung müssten voneinander unterscheiden werden. In diesem Sinne hängt der Begriff der Norm auch nicht von der Sanktionierung ihrer Nicht-Einhaltung ab.<sup>243</sup> Oftmals wird in diesem Zusammenhang exemplarisch auf Straßenverkehrsregeln hingewiesen. Die Tatsache, dass Menschen, die bei Rot über die Straße gehen, sanktioniert werden können, führt nicht dazu, dass immer alle Menschen nur bei Grün über die Straße laufen.<sup>244</sup> Oftmals, so Möllers, sei also der Zusammenhang zwischen Sanktionierungen des Normbruchs und der Wirksamkeit der Normen »so uneinheitlich, dass sich keine allgemeinen Schlüsse ziehen lassen«.<sup>245</sup> Und mehr noch: »Sanktionen machen Normen weder wirksam, noch wird in ihnen die Norm wirklich«.<sup>246</sup> Fest steht für Möllers aber auch, »dass die Norm nicht ihre eigene Anwendung erzwingen kann und dass es sich bei ihr [der Anwendung] um einen selbstständigen Akt handelt«.<sup>247</sup> Dass die Anwendung der Norm sich von der Norm unterscheide, dürfe aber nicht mit einer Gleichsetzung von Anwendung mit reiner Faktizität verwechselt werden. So seien die vermeintlich »faktischen« Sachverhalte der Anwendung allein schon durch die Linse einer normativ geprägten Sprache vermittelt: »Damit gibt es keine *Fakten als solche*, für die die Anwendung passt, sondern nur Fakten, die durch die Norm für die Norm relevant werden«.<sup>248</sup> Genauso wenig könne von einer »reinen Norm« gesprochen werden, ohne den Begriff der Norm aus jeglichem raum-zeitlichen Kontext, d.h. deren Anwendung, zu isolieren. Das bedeutet für Möllers nicht, dass es letztendlich keinen Unterschied zwischen der faktischen Anwendung und der Norm gebe; insbesondere könne man auf die Unterscheidung zwischen Faktizität und Norm »solange nicht verzichten, wie

<sup>243</sup> Diese Analyse wird von der soziologischen Forschung zu sozialen Normen geteilt: »The common observation that norm transgression is often accompanied by punishment (or the expectation of punishment) does not entail that norms are only supported by sanctions, in the sense that if sanctions were not there, conformity would be entirely absent«, *Bicchieri, The Grammar of Society* (2005), S. 24. Popitz stellt hingegen noch provokanter fest, dass die Rechtsgeltung durch die lückenlose Sanktionierung aller Normbrüche gerade gefährdet würde: »Kein System sozialer Normen könnte einer perfekten Verhaltenstransparenz ausgesetzt werden, ohne sich zu Tode zu blamieren. Eine Gesellschaft, die jede Verhaltensabweichung aufdeckte, würde zugleich die Geltung ihrer Normen ruinieren«. *Popitz, Soziale Normen* (2006), S. 164.

<sup>244</sup> Siehe auch zur Befolgung von Normen und deren Wirksamkeit: *Baer, Rechtssoziologie* (2021), S. 261ff.

<sup>245</sup> *Möllers, Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 178.

<sup>246</sup> *Möllers, Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 178.

<sup>247</sup> *Möllers, Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 195.

<sup>248</sup> *Möllers, Die Möglichkeit der Normen* (2018), S. 195.

wir normative Praktiken als spezifische Praktiken beschreiben wollen, die sich von anderen unterscheiden«.<sup>249</sup> Vielmehr begreift Möllers soziale Normen als »hybride Begriffe«,<sup>250</sup> die das »verschlungene Verhältnis zwischen Fakten und Normen in normativen Praktiken ausdrücklich machen«.<sup>251</sup>

### c. Devianz und Transformation des Rechts

Die Möglichkeit zum Normbruch bedeutet also, dass die Möglichkeit der Nicht-Anwendung als Bestandteil sozialer Normen gesehen werden muss. Das hat Folgen für das Verhältnis von Norm und Ausnahme im Recht und die Angst vor einer rechtlosen Willkür: Wenn auch die Normalität durch die Nicht-Anwendung der Normen geprägt ist, kann die Nicht-Anwendung bestimmter Rechtsnormen nicht *das entscheidende Problem* normativer Ordnungen sein – anders als Agambens *permanenter Ausnahmestatus* es impliziert.<sup>252</sup> Sie führt darüber hinaus zu einer Infragestellung der Annahme, dass der Nicht-Anwendung von Normen ein anomischer Raum folgt. Dies lässt sich mit Möllers Verweis auf den Begriff der Willkür zeigen. Als Gegenbegriff zu Ordnung ist der Begriff der Willkür laut Möllers oftmals nicht plausibel. So solle Willkür zumeist das »Fehlen einer angemessenen Ordnung«<sup>253</sup> beschreiben, nicht jedoch das Fehlen einer Ordnung per se. Sogar im Bürgerkrieg stoßen unterschiedliche Ordnungen aufeinander: Es geht also »nicht [um] Fälle der Kriterienlosigkeit, sondern Fälle der Anwendung falscher Kriterien«.<sup>254</sup> Die Einsicht darin, dass die Nicht-Anwendung der Normen ein Teil der fundamentalen Charakteristika von sozialen Normen ist, führt Möllers so zu einer Kritik postmoderner Theorie und von Agambens *permanentem Ausnahmestatus*. Deren charakteristische Annahme, die Anwendung der Norm setze die Norm außer Kraft, führe zu einer falschen »Dissozierung der Norm und Normanwendung«.<sup>255</sup> Gleichzeitig seien »die systematische Überschätzung des Regelhaften und Strikten einer

<sup>249</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 197.

<sup>250</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 210ff.

<sup>251</sup> Und weiter: »Dazu ist es freilich notwendig, dass die Annahme einer Grenze zwischen Fakten und Normen bewahrt wird, auch wenn die Frage, wo diese im Einzelnen verläuft, nicht befriedigend geklärt werden kann«. Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 214.

<sup>252</sup> Siehe hierzu Kaiser, die die Idee der Suspension aller Normen im Ausnahmestatus ohnehin für empirisch und historisch falsch hält, Kaiser, in: Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht (2019).

<sup>253</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 385.

<sup>254</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 385.

<sup>255</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 386.

normativen Ordnung und des Ausnahmebegriffs zwei Seiten derselben begrifflichen Medaille«. Beiden liege eine »eigentümlich statische Vorstellung einer zentral angeordneten Normgeltung« zugrunde, die »die Fixierung auf den Begriff der Ausnahme gestattet«.<sup>256</sup> Nur ein Normbegriff, der nicht legalistisch sei, könne die Labilität und zeitgleiche Stabilität normativer Ordnungen sehen.<sup>257</sup> Gelingende Normativität ist vor diesem Hintergrund nicht dadurch gekennzeichnet, dass sie die Spannung zwischen normativer Autonomie und kausaler Wirksamkeit auflöst, sondern dass sie sie gerade aufrechterhalten kann:

Normen, die nur kodifizieren, was voraussichtlich ohnehin passieren wird, gewinnen keinen Abstand [...]. Umgekehrt werden Normen, die sich so weit von den Zuständen entfernen, dass von der Affirmation einer »Möglichkeit« kaum noch gesprochen werden kann, entweder bedeutungslos [...] oder sie zielen auf Wirkungen ab, die auf die Beschaffenheit der sozialen Praxis gar keine Rücksicht mehr nehmen und das soziale Gefüge zerschneiden.<sup>258</sup>

Der Möglichkeit zum Normbruch und damit zur Devianz<sup>259</sup> kommt demnach die entscheidende Funktion zu, die Transformation des Rechts

<sup>256</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 387.

<sup>257</sup> Dass normative Ordnungen gerade nicht statisch sind, hat nach Möllers auch Auswirkung auf das Souveränitätsverständnis. Dieses kann nicht nur als »Beitrag von oben« gedacht werden. Die Idee eines zentralen Normsetzers erweist sich laut Möllers als normative Konstruktion, die relativiert werden müsse, wenn man normative Ordnung realistisch beschreiben wolle: So wie diese zugleich stabil und instabil seien, seien sie zugleich zentral und dezentral, Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 391.

<sup>258</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 448. Insofern kann mit Möllers der Idee, dass »lebendes Recht, [...] geltendes Recht [ist], das wirksam ist« (Rehbinder, Rechtssoziologie (2007), S. 2.) entgegengehalten werden, dass andersherum gerade ein solches Recht tot ist, das auf seine kausale Wirkung reduziert ist und keine Transformationen mehr erlaubt.

<sup>259</sup> In diesen Kontext fällt etwa die juristische Binsenweisheit: »Nirgendwo wird so viel gelogen wie vor Gericht«. Die Normadressaten des Rechts als sozialer Norm verfügen demnach unabhängig von rechtlichen Institutionen auch diesen gegenüber über die Möglichkeit, zu entscheiden, ob sie Recht für sich anwenden und wie sie es anwenden. Dies liegt nicht etwa in einer hinter den Normen liegenden substanzialen Essenz der Rechtssubjekte begründet, sondern gerade in der fragmentierten Performanz aller Rechtssubjekte (siehe hierzu C IV 3). Diese wird auch durch die Vielzahl der Normkreise bedingt, in denen sich alle Menschen zwangsläufig bewegen: »es bleibt die Tatsache, dass Menschen, die sich dauerhaft vergesellschaften, eine Pluralität von sozialen Einheiten mit eigenen, voneinander abgegrenzten normativen Gefügen entwerfen und in dieser Pluralität von Zugehörigkeiten leben«. Popitz, Soziale Normen (2006), S. 110.

zu ermöglichen. Insofern bewegt sich Möllers in den soziologischen Debatten des labeling-approaches,<sup>260</sup> die betonen, dass Normabweichungen als solche etikettiert, das heißt gelabelt, und damit produziert werden müssen und nicht schon unabhängig von normativen Konstruktionen der Wirklichkeit bestünden. Möllers geht jedoch über die Dekonstruktion eines naturalistischen Begriffs der Devianz im Recht hinaus, wenn er in der Möglichkeit zum Normbruch gerade die Möglichkeit zur Reflexion sieht und damit die Interaktion der Normadressaten mit dem Recht in den Fokus rückt.<sup>261</sup> Durch die Abweichung von der Norm kann laut Möllers eine Vergewisserung über diese erreicht werden, die die Reflexion ermöglicht. Rote Ampeln können so als ein Ort verstanden werden, »in dem ein eigenverantwortlicher Umgang mit Normen auch mit Hilfe derjenigen eingeübt wird, die sie ignorieren«.<sup>262</sup> Darüber hinaus wird das Recht mit dem Begriff der sozialen Norm von der Fixierung auf Herrschaft bzw. dem Staat gelöst. Zugleich wird ihm selbst die Möglichkeit einer allumfassenden Normierung genommen: Recht ist eine von vielen sozialen Normen. Dass Situationen zu rechtlichen werden, das heißt rechtliche Normen eine Wirkung entfalten, ist demnach ein durchaus prekärer Prozess, der auch scheitern kann.<sup>263</sup>

<sup>260</sup> Der sogenannte *labeling approach* stammt aus der Kriminologie und beschreibt Devianz als gesellschaftlichen Zuschreibungsprozess, vgl. hierzu Becker, Außenseiter (1973). Die Konstruktion von Devianz im Sinne eines *labeling* zu verstehen, ist jedoch innerhalb der rechtssoziologischen Debatten durchaus umstritten, Dellwing, Recht und Devianz als Interaktion (2015), S. 37ff.

<sup>261</sup> Ähnlich beschreibt der Soziologe Michael Dellwing dies für Erwing Goffmanns soziologische Analyse von Devianz: »Diese Beschreibungen finden sich in allen Werken Goffmans, am deutlichsten wohl in *Relations in Public* und in *Stigma*. Goffman beschreibt in *Stigma* zunächst zugeschriebene soziale Identitäten (1967, S. 10), die auch von der Person selbst zugeschrieben sein können (S. 12, 16), dann die Strategien der Diskreditierten und Diskreditierbaren, mit dieser Stigmatisierung umzugehen – sie zu verstecken, zu überspielen, Strategien, die eine Ich-Identität jenseits der Diskreditierung ermöglichen. [...] Zuschreibungen sind so keine Einbahnstraßen, sondern rufen einen Umgang mit Zuschreibungen hervor, der eine Ich-Leistung darstellt, der seinerseits ohne eine Wir-Leistung, in der sie verankert bleiben, undenkbar wäre«. *Dellwing, Recht und Devianz als Interaktion*. (2015), S. 40f. Der Aussage »Law without obedience is a contradiction in terms«, *Sarat, Law & Society Review* 1993, S. 647 kann insofern, so die hier in Anschluss an Möllers vertretene These, die Aussage entgegengehalten werden »Law without disobedience is a contradiction in terms«.

<sup>262</sup> Möllers, Die Möglichkeit der Normen (2018), S. 478.

<sup>263</sup> Dellwing meint dazu treffend: »Recht durchzieht auch in unseren hochbürokratisierten Gegenwartsgesellschaften nicht alle sozialen Situationen. Situationen müssen zu Rechtssituationen gemacht werden; das ist eine Definition

Vor dem Hintergrund von Möllers Verweis auf die Rolle der Devianz in einer funktionierenden normativen Ordnung und der Alltäglichkeit der Nicht-Anwendung von Normen muss Agambens Skandalisierung der Nicht-Anwendung des Rechts im Ausnahmezustand als rechtssozio-logisch uninformativ erscheinen: Genauso wenig wie ein rein normatives Recht kann es eine Rechtsanwendung ohne normativen Bezug geben. Agamben kann in dieser Hinsicht, wie auch Kelsen, mit einem rechtssozio-logischen Normbegriff konfrontiert werden, der nicht ohne die soziale Interaktion und einen raum-zeitlichen Bezug gedacht werden kann.<sup>264</sup> Recht als soziale Norm ist genauso auf die normative Möglichkeit wie auf seine faktische (Nicht-)Anwendung angewiesen. Die Idee, die Spannung zwischen normativer Geltung und faktischer Anwendung im Ausnahmezustand aufzulösen, indem beides voneinander entkoppelt und somit ununterscheidbar wird, geht an der faktischen Komponente sozialer Normen vorbei. Diese verlangt zudem, dass die Frage, ob Rechtsnormen gelten, nicht mit der Frage, ob sie angewendet werden, gleichzusetzen ist. Wenn aber die Nicht-Anwendung sozialer Normen in Form einer Devianz Bestandteil einer gelingenden Normativität ist, kann auch die Idee, die Agamben von der »anomischen Gewalt« im Ausnahmezustand kreiert, in ein anderes Licht gerückt werden.

## 2. Reine Albtraumbilder: Die Analyse anomischer Gewalt

Insbesondere in der Analyse des Begriffs der Gewalt lässt sich nachvollziehen, wie der Begriff des Rechts bei Agamben normativiert und die Spannung zwischen normativer Geltung und faktischer Anwendung in einem von der Faktizität bereinigten Recht aufgelöst wird. Für Agamben zentral ist dabei der Begriff der »anomischen Gewalt«. *Anomische Gewalt* erscheint im *permanenten Ausnahmezustand* als rein willkürliche Faktizität, als *Gesetzeskraft*. Dem Begriff der Gewalt kommt insoffern die Funktion zu, den willkürlich erlebten äußerlichen Zwang der Anwendung des Rechts zu fassen. Zugleich wird ein normativ gedachtes

der Situation und damit eine aktive Handlung, die auch scheitern kann. [...] Die Welt ist offen und wild; eine Rechtssoziologie, die die hohe juristische Ordnungsformalität reproduziert, scheitert damit bei der Analyse dieser Welt«, Dellwing, Recht und Devianz als Interaktion (2015), S. 10.

<sup>264</sup> Möllers Normbegriff ist durchaus kritisiert worden, vgl. etwa Auer, Rechtsgeschichte – Legal History 2016. Auch Robert Alexy hinterfragt Möllers Normbegriff, in dem »der Begriff des Sollens keine systematisch zentrale Rolle mehr spielt«, sieht jedoch gerade »in der Beschreibung der Realbedingungen des Normativen« die Stärke von Möllers Ausführungen, Alexy, JuristenZeitung 2017, S. 789.

Recht als gewaltloses Recht zum Ideal einer emanzipatorischen Gesellschaft. Dieses Verhältnis von Recht und Gewalt lässt sich auch bei gegenwärtigen Vertretern der kritischen Theorie finden. Für Christoph Menke etwa ist Gewalt die faktische Durchsetzung des Rechts und damit die Abwesenheit alles Normativen.<sup>265</sup> Dabei muss zunächst in einer theoriegeschichtlichen Einordnung festgestellt werden, dass die Identifikation des Ausnahmezustands mit der Suspension aller Normen eine Erscheinung des 20. Jahrhunderts ist, die auf Schmitts Definition des Ausnahmezustands zurückgeführt werden kann und sich seitdem durch die Ausnahmezustandstheorien zieht.<sup>266</sup> Darüber hinaus wird die Faktizität des Rechts einzig im gewaltvollen Souverän verortet und zentralisiert. Dieser verkörpert in der Folge den Zwang des Rechts.

Vor diesem Hintergrund scheint es plausibel, dass der Rechtsphilosoph Daniel Loick in seiner Abhandlung *Kritik der Souveränität* den Versuch unternommen hat, das Recht von der Gewalt zu befreien. Loick evaluierter auf der Grundlage von Walter Benjamins Gewaltbegriff moderne Souveränitätskonzepte und deren immanentes Gewaltpotenzial. Der Idee eines Rechts, das die Gesellschaft vom gewaltvollen Naturzustand befreit, setzt Loick eine Analyse entgegen, die sichtbar macht, inwiefern sich die Gesellschaft »unbewusst genau die gleichen Interaktionsweisen wieder ein [handelt]«.<sup>267</sup> In diesem Zusammenhang wird Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* zur Theorie einer »rechtsvor-enthaltenden Gewalt«, die zeige, wie der Souverän im Prozess der Exklusion vom Recht Gewalt reproduziere. Für das Verhältnis von anomischer Gewalt und Recht in Agambens Ausnahmezustand ist Loicks Abhandlung interessant: Mit ihr kann einerseits gezeigt werden, dass seine Idee einer rechtsvorenthaltenen Gewalt sehr spezifische legalistische, normative Konzepte des Rechts reproduziert. Gleichzeitig kontrastiert Loick diese selbst mit der Souveränitätskritik Michel Foucaults, der »rechtsinterpretierenden« Gewalt bei Robert Cover und den Aporien des Rechts von Jacques Derrida. Diese, so die hier vertretene These, können im Gegensatz zur Idee einer »rechtsvorenthaltenen Gewalt« nach Agamben und einem Recht, das seiner Faktizität entledigt wird, der Wirklichkeit sozialer Normen gerechter werden. Die Auseinandersetzung mit dem an Walter Benjamin angelehnten Gewaltbegriff Loicks kann demnach exemplarisch problematische Prämissen über das Recht offenlegen, die auch über Loick hinaus in der Rezeption von Benjamins Gewaltbegriff

<sup>265</sup> Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 119. »Denn das Verhältnis von Recht und Nichtrecht ist kein normatives und daher auch kein kognitives. Es ist ein Gegensatz, der durch keine Einsicht überbrückt werden und durch keine Gründe vermittelt werden kann. Es ist ein Verhältnis bloßer Durchsetzung – bloßer Gewalt«. Menke, Recht und Gewalt (2012), S. 40.

<sup>266</sup> Kaiser, in: Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht (2019).

<sup>267</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 20.

sichtbar werden. Die Spannungen im Recht können, so wird sich zeigen, nicht aufgelöst werden – im Falle Loicks etwa in ein individualisiertes Rechtsverständnis, das Recht auf die Frage der Legitimation reduziert. Das Ideal eines Rechts, das den Individuen gegenüber niemals äußerlich durchgesetzt werden muss, sondern das diese stets aufgrund ihrer inneren Überzeugung freiwillig umsetzen, verkennt das Recht als soziale Form und Norm. Es birgt zudem die Gefahr, die Möglichkeit des Normbruchs abschaffen zu wollen und Recht zu einem totalitären Projekt zu machen.

#### *a. Anomische Gewalt – rechtsvorenthalrende Gewalt*

Agamben versteht seine Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* als Weiterentwicklung verschiedener Theorien, darunter der Gewaltanalyse, wie sie von Walter Benjamin in seinem Essay *Zur Kritik der Gewalt*<sup>268</sup> entfaltet wurde. Auch Loick greift Benjamins Gewaltkritik als zentralen Ausgangstext einer kritischen Theorie der Souveränität auf, um mit ihrer Hilfe die in den traditionellen Souveränitätskonzepten (etwa von Hobbes, Rousseau und Kant) immanente Gewalt zu überwinden. Benjamin unterscheidet in seinem berühmten Essay zwei Arten der Gewalt: Rechtssetzende und rechtserhaltende Gewalt. Dabei sei Benjamins rechtssetzende Gewalt laut Loick »im Wesentlichen eine Gründungs- oder Stiftungsgewalt«.<sup>269</sup> In diesem Sinne vollzieht sich jede Setzung des Rechts durch Gewalt.<sup>270</sup> Gewalt wird dabei zur faktischen Etablierung des Rechts. Daneben erscheint die rechtserhaltende Gewalt. Als solche erfüllt Gewalt die Funktion der faktischen Durchsetzung des Rechts, indem sie »den Zwangscharakter des Rechts materiell realisiert«.<sup>271</sup>

<sup>268</sup> Benjamin, Gesammelte Schriften II.1 (1991), S. 179ff..

<sup>269</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 148.

<sup>270</sup> Ähnlich beschreibt dies auch Menke in Kritik der Rechte: So müsse sich das Recht im Nichtrechtlichen gegen das Nichtrechtliche durchsetzen. Mit Hilfe der Ausnahme wird es »um normativ operieren zu können, nichtrechtlich«. Das Recht ist demnach nicht nur durch seine Mittel gewaltvoll, sondern vielmehr ist dem modernen Recht gerade dadurch, dass es sein »Anderes« immer wieder hervorbringen und sich in einem ewigen Kreislauf dagegen durchsetzen muss, die Gewalt immanent, Menke, Kritik der Rechte (2015), S. 120. Menke kritisiert zwar den Begriff Agambens souveräner Ausnahme als regressiv, weil dieser sich nicht selbst reflektiere und eine Transformation des Begriffs der Souveränität oder der Ausnahme nicht erlaube, statuiert Gewalt jedoch als reine Faktizität, die jeglicher normativen Transformation entzogen ist.

<sup>271</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 150.

Der Ausgangspunkt von Loicks Bezug auf Benjamins Gewaltanalyse ist dessen Hinterfragung des Dogmas »Gerechte Zwecke können durch berechtigte Mittel erreicht, berechtigte Mittel an gerechte Zwecke gewendet werden«.<sup>272</sup> Während Benjamin seine Ausführungen jedoch von den Gewaltbegriffen her denkt, denkt Loick Benjamins Analyse von einer Theorie moderner Souveränität her und zentralisiert rechtliche Gewalt damit im gewaltvollen Souverän. Aus Benjamins These, dass die Legitimität der Zwecke nicht zu einer Legitimität der Mittel führt, wird so eine Reduktion der Faktizität des Rechts auf Zwang und Gewalt: »Der Zwang ist das Mittel des Zwecks des Rechts, er ist die Exekution der Legislation«.<sup>273</sup> Oder anders gesagt: »Wenn nicht aus Zwang, warum sonst sollten sich die Menschen aber überhaupt an das Recht halten?«<sup>274</sup>

Zunächst einmal sind die Gründe für die Einhaltung des Rechts manigfach und nicht nur an Zwang gekoppelt, wie sich mit Blick auf das Recht als soziale Norm bereits gezeigt hat (in diesem Zusammenhang wurde auch bereits hinterfragt, inwiefern eine staatszentrierte Analyse von Zwang sinnvoll ist). Darüber hinaus lässt sich aber mit dem starken Fokus auf die Problematik des Zwangs in Loicks Gewaltkritik die Prämissen einer absoluten Freiwilligkeit hinterfragen. Das problematische des Rechts ist hier die Kopplung von Zwang an normative Gründe, das heißt die Instrumentalisierung der Mittel für den Zweck. In der Folge wird ein solches Recht für ethisch gut erachtet, das von den Menschen *gewollt* und nicht *erzwungen* ist.<sup>275</sup> Diese Idee birgt aber dann kritikwürdige Subjekt-Narrative, wenn dem aktuellen zwangsvollen liberalen Recht ein emanzipatorisches Recht der autonomen Individuen entgegenstellt wird, die sich stets in radikaler Freiwilligkeit für die Einhaltung spezifischer Normen entscheiden. Denn diese Subjekt-Konzeption, so wird sich im nächsten Kapitel zeigen, reproduziert mit dem Fokus auf die Autonomie ein androzentrisches Menschenbild und verkennt, dass Menschen in ihrer Abhängigkeit von Anderen niemals absolut autonom agieren.

Darüber hinaus offenbart sich gerade in den Gewaltanalysen nach Benjamin ein (durchaus gängiges) Verständnis des Rechts, bei dem die Geltung des Rechts der Gegenwart mit faktischem Zwang gleichgesetzt

<sup>272</sup> Benjamin, Gesammelte Schriften II.1 (1991), S. 180.

<sup>273</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 182.

<sup>274</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 313.

<sup>275</sup> »Nur ein solches Recht könne auf freiwillige Zustimmung, und damit auf Befolgung hoffen, das ›ethisch attraktiv‹ sei. Während das liberale Recht durch die Trennung von Recht und Moral dem Individuum eine private Moral zugestehe, dafür aber auf Zwang zur Durchsetzung der Rechtsordnung angewiesen sei, müsse ein post-juridisches Recht rationale oder affektive Gründe für das Befolgen bieten«. Franzki, in: Neue Theorien des Rechts (2020), S. 81.

wird. Es scheint folglich äußerst plausibel, dass man das Recht in dieser Form der Faktizität entkleiden und primär seine »normativen Potenziale« freisetzen möchte.<sup>276</sup> Dies geschieht etwa in der Praxis des »Studiums« des Rechts: »Im Studium ist die Gewaltdimension des Rechts suspendiert, wodurch es sich als Mittel von freiwilligen und nicht mehr nur erzwungenen Konfliktschlichtungen und Interessensausgleichen qualifiziert«.<sup>277</sup> Diese Reduktion rechtlicher Faktizität auf den Begriff der Gewalt findet Loick in Agambens *permanentem Ausnahmezustand*. Was bei Agamben als »reine« oder »anomische« Gewalt im Ausnahmezustand bezeichnet wird, erhält bei Loick die Funktion der rechtsvorenthaltenden Gewalt, mit deren Hilfe der Souverän die Menschen vom Recht exkludiert. Die Kritik an dieser agambenschen Gewaltanalyse als zu staatsbezogen oder blind für gesellschaftliche Kämpfe ums Recht verwirft Loick schnell mit dem Verweis, dass Agamben ja gerade »die Überwindung, nicht die Fortschreibung eines Politikzentrismus«<sup>278</sup> erreichen wolle. Diese Kritik sollte jedoch ernst genommen werden, möchte man eine Perspektive auf Souveränität, Recht und Ausnahme entwickeln, die die Dichotomien von Normativität und Faktizität in der eigenen Rechtskritik nicht spiegelbildlich reproduziert. Gewalt wird hier stellvertretend für eine ausufernde Exekutive einem autonomen und primär normativ gedachten Recht entgegengesetzt. Einerseits soll die Gewalt dem Recht immanent sein, zugleich kann sie aber relativ simpel in der Figur des Ausnahmezustands von der Gesellschaft und dem Recht abgetrennt werden und tritt diesen verselbständigt gegenüber. In diesem Szenario muss es das erklärte Ziel werden, das Recht vor der Gewalt und damit der Faktizität selbst zu schützen. Verkannt wird, dass Recht als soziale Norm auf verschiedenen Ebenen wirksam wird und auf faktische Institutionen angewiesen ist, die nicht nur als Produzenten staatlicher Herrschaft, sondern auch als Reproduzenten eines kollektiven »rechtlichen Bedeutungsgeflechtes« verstanden werden sollten.<sup>279</sup> Genauso wie die

<sup>276</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 310.

<sup>277</sup> Loick, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 210.

<sup>278</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 232.

<sup>279</sup> »Recht als kulturelle Angelegenheit zu betrachten heißt dann nicht, den Gegenstand Recht grundsätzlich anders zu begreifen oder die Ergebnisse der dogmatischen Wissenschaft mit großer Geste zu verwerfen. Es öffnet viel eher den Blick darauf, dass diese Ergebnisse selbst auf der Grundlage von institutionellen Arrangements produziert werden und dass diese institutionellen Arrangements für die Reproduktion eines rechtlichen Zustands unverzichtbar sind. Versteht man die Leistung der Institutionen im Anschluss an Wittgenstein und Douglas, dienen sie insbesondere der Selbstverständlichkeit eines geteilten Codes, eines Klassifikations- und Urteilsystems, in dem sich Recht und Kultur unentwirrbar ineinander verschränken. Mit Lawrence Rosen kann man die Verbindung von Recht und Kultur auch so

Autonomie des Rechts mit Buckel als relational zu sehen ist, das heißt, das Recht stets gesellschaftlich verankert bleibt, ist dies aber auch die Gewalt. Die Idee einer rechtsvorenthaltenden, anomischen Gewalt ist insofern unmaterialistisch, weil sie nicht auf sich selbst und die Faktizität oder Normativität reflektiert. Nur indem Gewalt nach wie vor außergesellschaftlich gedacht wird, kann sie aus dem Recht verbannt werden. Man könnte mit Möllers auch sagen, diese Definition von Gewalt ist legalistisch, weil sie Gewalt im Recht nicht als Produkt gesellschaftlicher Kämpfe und Recht nicht als eine von vielen sozialen Normen versteht, die es zu analysieren gilt.

Zugleich deutet sich hier eine strukturelle Problematik an: Die Spannung im Recht, die aus der Gleichzeitigkeit des Rechts als konkreter Praxis und abstrakter Normativität entsteht, muss auch als äußerlicher Zwang erfahren werden. Denn Recht als *soziale* Norm kann niemals mit den zahlreichen Interaktionen der Individuen, die es anwenden, identisch werden. Theorien, die ein emanzipatorisches Recht in einem normativen Wollen auflösen, überhöhen das utopische Individuum zwangsläufig (im Vordergrund steht dann, dass alle einzelnen Individuen überzeugt wurden) in demselben Maße, wie sie das Individuum der Gegenwart auf einen reinen Handlungsempfänger einer rechtlichen Totalität reduzieren. Recht als soziale Praxis wird jedoch immer *auch* als äußerlicher Zwang erlebt, soll es nicht zu einer ideologischen Überzeugungsfrage werden und die Möglichkeit der Transformation bestehen bleiben. Das heißt, gerade weil die Praxen der Anwendung des Rechts »Überschüsse«<sup>280</sup> produzieren, muss das Recht als soziale Norm den Individuen stets

formulieren, dass Recht eine doppelte kulturelle Bedingung hat: Es muss einen rechtlichen Code geben, der sowohl ›institutionell unterscheidbar‹ und gleichzeitig ›kulturell wiedererkennbar‹, das heißt anschlussfähig ist. Dieser Ansatz, der die Frage, ob es Recht gibt, in einer sozialen Praxis verortet, unterscheidet sich vielleicht nur in einer Nuance von dem, was Hart unter dem Namen ›internal point of view‹ vorgeschlagen hat«. Engelmann, Rechtsgelingung als institutionelles Projekt (2020), S. 176f.

<sup>280</sup> Paula-Irene Villa hat diesen Überschuss in Anschluss an Judith Butler für die Frage vom Verhältnis von Sozialisation und Widerstand wie folgt beschrieben: »Normen sind wesentlich ›ordentlicher‹ als die vielfältige Wirklichkeit, in der konkrete Menschen leben. Wer auch immer sich sozialisatorisch mit auf das Geschlecht bezogenen Normen, Geboten, Traditionen oder Unterstellungen auseinandersetzt, macht aus diesen etwas in gewissem Grade ›Eigenes‹. Dies markiert den systematischen Stellenwert des Performativitätskonzepts in den Butlerschen Überlegungen: [...] performativ Wiederholungen bzw. ›ritualisierte Produktionen‹ (ebd.), die als sprachliche oder nicht-sprachliche Praxis vollzogen werden, [sind] niemals originalgetreue Kopien. Sie sind niemals vollständig determinierbar (ebd.). Performativ Praxen sind immer ›überschüssig‹ (Forster 2002: 42), sie garantieren aufgrund ihres

auch als äußerlicher Zwang erscheinen. Die Spannung von abstrakter Norm und individuellen Praxen kann deshalb nicht in einer umfassenden individuellen Überzeugung aufgelöst werden. Der Rest des »Nicht-Identischen«<sup>281</sup> ist jedoch kein Manko des Rechts. Gerade die Tatsache, dass Recht das Konkrete niemals ganz integrieren kann, ermöglicht seine Transformation. Das Recht kann der individuellen Erfahrung demnach niemals gänzlich gerecht werden: dies liegt aber nicht nur in seinen über-individuellen Institutionen begründet, sondern auch in der Tatsache, dass sich Recht als soziale Form verselbständigt und als soziale Norm (auch) von Gesellschaftsmitgliedern durchgesetzt wird.

### *b. Gewalt und Entscheidung: Covers und Derridas Rechtskritik*

In diesem Sinne muss auch die Skandalisierung der Willkür konkreter Entscheidungen in der Rechtsanwendung, wie Loick sie bei Robert Cover und Jaques Derrida zu finden glaubt, korrigiert werden. Loick geht hierbei einerseits auf den Aufsatz *Violence and the Word* von Robert Cover und andererseits auf Derridas Essay *Gesetzeskraft* ein. Beiden gemein sei, dass sie die Gewalt der richterlichen Entscheidung herausarbeiten. Während Cover dabei die »Nicht-Opposition« von Gewalt und Recht »skandalisieren«<sup>282</sup> will, entfaltet Derrida die Aporien der richterlichen Entscheidung anhand der Frage der Gerechtigkeit in der richterlichen Entscheidung. Mit Cover spricht Loick der richterlichen Entscheidung dabei einen eigenen Gewaltgehalt zu, der darin bestünde, dass diese »als Willkür [...] sich der Rechtfertigungsansprüche ihrer Opfer asymmetrisch verweigert«.<sup>283</sup> Auch aus den von Derrida analysierten Aporien könnte geschlussfolgert werden, dass »jedes [...] richterliche Urteilen in

Wiederholungs-Charakters Differenz und Veränderbarkeit«, *Villa*, in: Sozialisation und Geschlecht (2006), S. 228. Siehe hierzu auch *Petran*, in: Gewalt und Handlungsmacht (2012).

<sup>281</sup> Recht, das das Nicht-Identische verdrängen will, so könnte man mit Theodor W. Adorno und Max Horkheimer sagen, wird insofern »identifizierend« gedacht: »Die Triebfeder dieser Umschlagsbewegung ist das identifizierende Denken. Es wird dem Leben und den Individuen – dem Formlosen – nicht gerecht, da es mit vorgefertigten Unterscheidungen durch die Welt zieht, bloß von der Innenseite der Unterscheidung her subsumiert und das Nicht-Identische verdrängt«. *Möller*, Soziale Systeme 2016, S. 269. Insofern widerspricht die hier vorgestellte Analyse gerade der Idee, dass Agambens Rechts-theorie das Nicht-Identische fassen könne, wie sie etwa von Brünhöber vertreten wird, *Brünhöber*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2008.

<sup>282</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 234.

<sup>283</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 237. Kritisiert wird hier demnach weniger staatliche Herrschaft als die Spannung, die sich aus eben jenem

gewissem Maße zu einem Akt der Willkür«<sup>284</sup> werde. Loicks Interpretation von Cover und Derrida ist von Benjamins Gewaltanalyse geprägt, ohne jedoch Derridas eigener Kritik am Benjaminschen Gewaltbegriff Raum zu geben. Covers und Derridas Ausführungen werden in diesem Zusammenhang zu Gunsten der Skandalisierung eines gewaltvollen, illegitimen Rechts genutzt.<sup>285</sup>

Doch worum geht es hier genau? Sowohl Cover als auch Derrida machen die Spannungen sichtbar, die darin bestehen, dass ein abstrakter Rechtsgedanke in der Entscheidung für einen konkreten Fall faktische Kraft entwickelt. Besonders deutlich wird dies in Derridas Erörterung der Idee der Gerechtigkeit. Diese verortet er stets als »Horizont«,<sup>286</sup> sie kann in der richterlichen Entscheidung nie gänzlich verwirklicht werden. So könne Gerechtigkeit einerseits nur dann zur Gerechtigkeit des Rechts werden, wenn sie »über Kraft verfügt und Gewalt in sich birgt«.<sup>287</sup> Dies tut sie in Form des rechtlichen Entscheidens. Das heißt, Recht wird hier nicht als rein normative Ordnung verstanden, »die das Recht auf ein selbstgenügsames System explizit formulierter Regeln reduziert«. »Gesetze [werden] im Sinn und Kontext von Handlungen verstanden [...]; (auch) darin besteht ihr ›performativer‹ Charakter«.<sup>288</sup> Zugleich beinhaltet jede richterliche Entscheidung die Aporie, dass sie das Unentscheidbare, »die Erfahrung dessen, was dem Berechenbaren, der Regel nicht zugeordnet werden kann, weil es ihnen fremd ist und ihnen gegenüber ungleichartig bleibt«<sup>289</sup> nicht vollständig auflösen kann. Es bleibt der Entscheidung immanent und wohnt ihr »wie ein Gespenst« inne.<sup>290</sup> Hier zeigt sich Derridas Kritik am Benjaminschen Gewaltverständnis: So könne weder zwischen rechtssetzender und rechtserhaltender Gewalt unterschieden noch könnten die »reinen« zweckfreien Mittel propagiert werden, wie Benjamin dies tue. Die Idee einer reinen Praxis, einer reinen Vermittlung ohne Gesetzeszwecke verwirft Derrida: Vermittlung müsse stets kontaminiert bleiben.<sup>291</sup>

Verhältnis zwischen der faktischen Entscheidung der Richterinnen und Richter und den abstrakten Normen ergibt.

<sup>284</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 241.

<sup>285</sup> Dass Cover dabei richterliches Entscheiden nicht nur als willkürliche, repressive Maßnahme, sondern als institutionelle Reproduktion des Rechts, als kulturelles Bedeutungsgeflecht, als »Welt, in der wir leben« begreift, lässt sich bei Engelmann nachlesen: Engelmann, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt (2020), S. 161ff.

<sup>286</sup> Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 53ff.

<sup>287</sup> Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 21.

<sup>288</sup> Menke, in: Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin (1994), S. 283.

<sup>289</sup> Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 49.

<sup>290</sup> Derrida, Gesetzeskraft (2017), S. 51.

<sup>291</sup> Derrida zieht in diesem Zusammenhang die Analogie zur Sprache: »die Kontamination aber sei ›Gewalt‹, wie auch ›die‹ Sprache selbst kein ›reines‹

Die Stärke der Ausführungen von Derrida und Cover liegt demnach nicht darin, eine Vorstellung des Rechts als gewaltfreie, legitime Idee zu entwerfen, sondern das Recht als Reich der guten (gerechten) Gründe zu entzaubern: Das Recht kann demnach schon deshalb niemals unschuldig bleiben, weil die Spannungen zwischen abstrakter Normativität und konkreter Faktizität nie ganz aufgelöst werden können. Vielmehr liegt in dieser Spannung gerade ihr Potenzial: »Derrida interpretiert die Faktizität eines im Recht vorgefundenen ›Undekonstruierbaren‹ zugleich als ›Öffnung‹ auf Gerechtigkeit hin«.<sup>292</sup> Derrida wendet sich damit sowohl gegen die Idee eines pragmatischen, von legitimen Zwecken befreiten Rechts, als auch gegen die Vorstellung einer Überwindung des Rechts etwa in Form von Schmitts Dezisionismus oder eines Idealismus, der »die unendliche Idee der Gerechtigkeit den endlichen Bedingungen rechtlicher Institutionalisierung und gesetzlicher Kodifizierung äußerlich entgegensezt[t]«.<sup>293</sup> Genau das versuchen sowohl Agamben

Medium, sondern gewaltsam sei. [...] ›Gerecht‹ im Sinne von gewaltlos können folglich Recht wie Sprache nicht sein, es sei denn, man könne außerhalb ihrer treten«. *Gehring*, in: *Einsätze des Denkens: Zur Philosophie Jacques Derrida* (1997), S. 238.

<sup>292</sup> *Gehring*, in: *Einsätze des Denkens: Zur Philosophie Jacques Derrida* (1997), S. 241. Aus einer funktionellen Perspektive auf das moderne positive Recht im Sinne Luhmanns führt darüber hinaus die Trennung von Gesetzgebungsverfahren und richterlichem Entscheiden gerade zur Ermöglichung gesellschaftlicher Komplexität: »Die Entlastungsfunktion von Strukturen erfordert zwar, dass die Struktur in den Situationen, die sie strukturiert, nicht zum Problem gemacht und selbst variiert wird; das schließt aber nicht aus, daß dies in anderen Situationen, zu anderen Zeitpunkten, in anderen Rollen oder Systemen geschieht, sofern nur für hinreichende Differenzierung und für ausreichende Kommunikation zwischen den einzelnen Entscheidungsbereichen gesorgt ist. [...] Der Richter hat, wenn rechtlich normierte Erwartungen verletzt werden, bei diesen Erwartungen zu bleiben und nicht etwa sie den Tatsachen anzupassen. Dem Gesetzgeber dagegen erscheinen Normen und Fakten in anderem Licht [...]. Er kann die reale Wirkung der Normen [...] kognitiv und ohne Entrüstung zur Kenntnis nehmen. Er kann sich für das heimliche Recht der Rebellen und Verbrecher, für die durch Vorschriften beeinträchtigten Interessen öffnen«, *Luhmann*, *Rechtssoziologie* (1987), S. 238f.

<sup>293</sup> *Menke*, in: *Gewalt und Gerechtigkeit: Derrida – Benjamin* (1994), S. 281f. Diese Einsicht lässt sich auch in der Empirie zur Entscheidungsfindung von Richterinnen und Richtern finden. Peter Stegmaier spricht in diesem Zusammenhang etwa von »Linien«, die das richterliche Entscheiden prägen, indem sie als »normative Typologien« für verschiedene Falltypen begrenzte Regelungskraft entfalten: »Linien [...] wirken wie ›Probiernormen‹, wie explorative Normierungsangebote. Sie können sich bewähren oder scheitern, erweitert oder ersetzt werden, durch neue Versuche oder altbewährte

als auch Loick jedoch zu tun, wenn sie ein Recht »mit dem gespielt wird wie mit ausgedientem Spielzeug«<sup>294</sup> oder ein »Recht der Rechtsinterpretanten«,<sup>295</sup> das »ethisch attraktiv« zur »anlockenden Einladung« wird,<sup>296</sup> propagieren.

*c. Vom Begriff der Gewalt zur Disziplinarmacht:  
Foucaults Kritik am Konzept der Souveränität*

Interessanterweise führt Loick, wie auch Agamben, mit dem Verweis auf Michel Foucault einen entscheidenden theoretischen Hinweis zur Kritik am »Juridischen Modell der Macht«<sup>297</sup> an: Michel Foucaults Ausführungen zur Entstehung der Disziplinarmacht. So lenkt Foucault mit seinem Begriff der Disziplinarmacht den Blick weg von einer zentralen souveränen Gewalt hin zu den disziplinierenden Mikroökonomien. Diese neue Form des Regierens könne mittels der Disziplinarmacht mit der Stellung eines Familienvaters verglichen werden, der jedoch anders als Benjamins gewalttätiger Vater nicht mittels Zorn und Schwert die Geschicke der Familie lenkt, sondern mittels Geduld.<sup>298</sup>

Foucault beschreibt das Konzept der Disziplinarmacht in »Überwachen und Strafen« als Überwindung des historisch zentralisierten Souveränitätskonzepts. Exemplarisch hierfür steht das Panopticum als neuzeitliche Überwachungsstrategie:

Das Panopticum bietet dafür die Lösung an, daß die Produktionssteigerung der Macht nur möglich ist, wenn die Macht ohne Unterbrechung bis in die elementarsten und feinsten Bestandteile der Gesellschaft eindringen kann und wenn sie auf die jähnen, gewalttätigen und lückenhaften Verfahren der Souveränität verzichtet. Der Körper des Königs mit seiner merkwürdigen materiellen und mythischen Gegenwart, mit seiner Kraft, die er selber entfaltet oder anderen überträgt, bildet den extremen

Normen, in der engeren Fallarbeit genauso wie durch spätere Revisionen durch höhere Gerichte, Debatten in der Jurisprudenz oder schlichte Gegenargumentationen von Anwälten oder Staatsanwälten. Linien bieten Halt, wo der Boden des Normativen (noch) nicht sicher trägt. Sie sind zugleich Ausdruck eines vom konkreten Einzelfall abgelösten Rechtsverständnisses, das mehr auf Überblick über generalisierbare Rechtsprobleme sensibilisiert ist denn auf Schlussfolgerungen im Detail«. Stegmaier, Wissen, was Recht ist (2009), S. 408. Siehe hierzu auch Geiger, Vorstudien zu einer Soziologie des Rechts (1987), S. 165.

<sup>294</sup> Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 77.

<sup>295</sup> Loick, Juridismus (2017), S. 313ff.

<sup>296</sup> Loick, Juridismus (2017), S. 324, 329.

<sup>297</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 232.

<sup>298</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 208.

Gegensatz zur neuen Physik der Macht, wie sie vom Panopticum definiert wird; ihr Bereich ist jene Niederung der ungeordneten Körper mit ihren Einzelheiten und vielfältigen Bewegungen, mit ihren heterogenen Kräften und räumlichen Beziehungen.<sup>299</sup>

Die Idee einer mythischen, allmächtigen souveränen Gewalt ersetzt Foucault durch den Begriff der Disziplinarmacht, die dezentral und ordnend auf die Körper der Bevölkerung einwirkt. An die Stelle der »Kraft« tritt eine analysierende strukturierende Strategie. Recht wird in diesem Zusammenhang antagonistisch zur Disziplinarmacht gedacht. Während das Recht abstrakte Gleichheit schaffe, »charakterisieren, klassifizieren, spezialisieren« die Disziplinen und ordnen die Individuen »entlang einer Skala [...] um eine Norm herum an«.<sup>300</sup>

Die Idee der Disziplinarmacht spielt insofern auch für Foucaults Analyse des modernen Regierens mittels gouvernementaler Vernunft, der Gouvernmentalität, eine Rolle. Diese fragt mit dem Aufkommen der politischen Ökonomie nicht mehr nach der Legitimität der Regierungspraxen, sondern nach deren Wirkung: »Die Legitimität wird also durch [den Erfolg] ersetzt«.<sup>301</sup> Für Loick führt das Konzept der Disziplinarmacht dazu, dass es mit Foucault nicht »mehr möglich [ist], eine abstrakte Geschichte des Staates zu schreiben, dessen substantielles Wesen durch die Zeit invariant bliebe, denn damit würde man eine Ontologie des Staates voraussetzen und sich selbst vom sakralen Glanz der Souveränität blenden lassen«.<sup>302</sup> Foucault verneine in diesem Sinne die Existenz einer souveränen Instanz zwar nicht, sie erhalte aber für ihn die Funktion einer ideologischen Legitimation zur Durchsetzung der Disziplinarmacht.<sup>303</sup> Für die Frage nach der exekutiven rechtvorenthaltenen, anomischen Gewalt bedeutet dies, »nicht die Ontologie des Souveräns, sondern die Präsenz der Regierungspraktiken in den Mittelpunkt zu stellen«.<sup>304</sup>

Loick legt damit eine äußerst relevante Kritik an der eigenen Gewaltkonzeption vor, die diese rechtssoziologischen Betrachtungen zugänglich macht. Er entzieht sich Foucaults Kritik am Konzept einer zentralen Souveränität jedoch zugleich mit dem Verweis darauf, dass die Frage, inwiefern die Idee einer zentralen Souveränität tatsächlich als dominantes

<sup>299</sup> Foucault, Überwachen und Strafen (2017), S. 267f.

<sup>300</sup> Foucault, Überwachen und Strafen (2017), S. 286.

<sup>301</sup> Foucault, Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernmentalität II (2019), S. 34.

<sup>302</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 201.

<sup>303</sup> »Nicht die Existenz von Souveränität wird angezweifelt, sondern die ausschließliche Vorstellung von Gesellschaft und Staat in Souveränitätsbegriffen«. Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 210.

<sup>304</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 211.

Herrschartsverhältnis zu sehen sei, eine empirische sei.<sup>305</sup> Statt die Ebene des Wirkens des Rechts in die faktische Empirie zu verbannen, gilt es jedoch im Hinblick auf den Begriff des Rechts als sozialer Norm die Wirkung des Rechts in den Rechtsbegriff selbst zu integrieren. Mit Foucault kann so der Idee einer von Recht und Gesellschaft abgespaltenen souveränen Gewalt die Perspektive der Disziplinarmacht entgegengehalten werden, die nicht nach dem *ob* des Wirkens der Gewalt im Recht fragt, sondern danach, *wie* sie es tut.

### 3. Sein und Sollen im Recht: Rechtssoziologische Perspektiven und Neujustierung des Problemgegenstands

Was sich in den Ausführungen auf der Ebene der staatlichen Herrschaft bereits angedeutet hat, lässt sich mit den Ausführungen von Möllers und Loick auf der Ebene des Rechts als sozialer Norm konkretisieren: Modernes Recht als soziale Norm kann nicht als statische autonome Normativität oder faktische kausale Wirksamkeit gedacht werden. Um die Transformationsmöglichkeiten des Rechts zu berücksichtigen, muss es sowohl im Sollen als auch im Sein lokalisiert werden. Ein Bestandteil sowohl der normativen als auch der faktischen Seite des Rechts als sozialer Norm ist zudem, dass die Abweichung bzw. Devianz vom Recht, wenn überhaupt, etwas über das Gelingen der Normativität aussagen, nicht jedoch das Scheitern des Rechts attestieren kann. Das hat zur Folge, dass die Feststellung einer Ausnahme vom Recht einen relativ geringen Aussagegehalt über die Wirksamkeit und die Effekte des Rechts selbst beinhaltet. Denn ob Recht wirksam wird, hängt einerseits von zahlreichen Faktoren ab, die das Recht nicht aus sich selbst heraus produziert. Recht ist ein Set von sozialen Normen unter vielen anderen normativen Ordnungen. Recht bewegt sich andererseits stets in der Spannung zwischen dem Sollens-Anspruch seiner Normativität und der Notwendigkeit einer faktischen Wirksamkeit. Diese können weder als identisch noch getrennt voneinander gedacht werden.<sup>306</sup> Die Spannung kann also weder

<sup>305</sup> Loick, Kritik der Souveränität (2012), S. 211, 212.

<sup>306</sup> Loicks Rechtsphilosophie steht insofern exemplarisch für eine Rechtsanalyse, die die Faktizität aus dem Recht verbannen möchte. So kritisiert Möllers etwa Axel Honneths Theorie des Rechts in »Das Recht auf Freiheit«: »Sein Verständnis sozialer Freiheit, in der sich die Subjekte wechselseitig anerkennen und die eigenen Handlungsvollzüge auch als Bedingung der Handlungsvollzüge anderer erkennen, ist rein normativ. Seine Kritik an der Zerstörung sozialer Beziehungen durch Recht und Moral setzt aber einfach die Realität sozialer Beziehungen mit dieser normativen Bestimmung gleich«. Möllers, Axel Honneth: »Das Recht auf Freiheit«, FAZ vom 23.08.2011. Zu Möllers

aufgelöst werden, indem die Faktizität als Gewalt aus dem Recht verbannt wird, noch indem die Idee eines sich nicht vollziehenden Rechts propagiert wird. Interessanter als die Frage, *ob* Recht wirksam ist, ist deshalb die Frage, *wie* es wirksam wird. *Wie* Recht wirksam wird, lässt sich dabei insbesondere mit Blick auf eine dritte Ebene des Rechts, nämlich die Ebene der Rechtssubjektivierung, erforschen. Insofern als das Recht sich maßgeblich in den Subjektivierungsprozessen materialisiert, werden auch hier die zuvor benannten Spannungsverhältnisse sichtbar. Wie also konstruiert das Recht Subjekte?

Eine Gewaltanalyse, die bei alldem willkürliches Staatshandeln als primäres Problem identifiziert, bleibt jedoch unzulänglich und reproduziert schlimmsten Falls Dichotomien, die Ungleichheit verschärfen und den eigentlichen Problemgegenstand eines Rechts, das Ungleichheit schafft, verfehlt. Dabei haben zahlreiche feministische, antirassistische und postkoloniale Gewaltanalysen einen Gewaltbegriff entwickelt, bei dem Gewalt nichts von den Individuen Abtrennbares und ihnen in Gestalt einer Souveränität gegenüberstehendes ist. Mit Analysen wie der strukturellen,<sup>307</sup> normativen<sup>308</sup> oder epistemischen Gewalt<sup>309</sup> wurden Konzepte entwickelt, die zunächst den Gewaltbegriff ausweiten und das Problem nicht nur in einem den Individuen äußerlichen Zwang lokalisieren, sondern Gewalt als Strukturen der Ungleichheit verstehen, die sich in Form eines unterschiedlich großen Maßes an körperlicher Verletzungsoffenheit materialisieren:

Die Frauenbewegung führte einen weiten Gewaltbegriff in die politische und wissenschaftliche Debatte ein, um auf verborgene Geschlechtergewalt aufmerksam zu machen. Der weite feministische Gewaltbegriff umfasst also nicht nur physische, sondern auch psychische Verletzung. [...] Die »Verletzungsoffenheit« von Frauen, ihre »permanente Verletzbarkeit« [...] und Verletzungsgefährdung beziehen sich auf den Körper, auf die Psyche und den Geist, das heißt auf alles, was die Identität einer Person ausmacht (Sauer 2002). Auch körperliche Normierungen und Normalisierungen, wie die Disziplinierung zur Zweigeschlechtlichkeit, können gewaltsame Eingriffe in die Identität und Integrität von Menschen sein.<sup>310</sup>

Kritik an Loick siehe Möllers, Was das Recht nicht alles soll bewirken können, FAZ vom 06.12.2017.

<sup>307</sup> Kailitz, in: Schlüsselwerke der Politikwissenschaft (2007).

<sup>308</sup> Butler, Frames of War (2009).

<sup>309</sup> Spivak, Can the Subaltern Speak? (2020).

<sup>310</sup> Sauer, GENDER - Zeitschrift für Geschlecht, Kultur und Gesellschaft 2011, S. 52. Zu einer Genealogie des feministischen Gewaltbegriffs siehe auch Petran/Thiel, in: Gewalt und Handlungsmacht (2012); O'Toole et al. (Hg.), Gender Violence (2020).

Diese Perspektivverschiebung muss Konsequenzen für die Konzeption von Rechtssubjektivität haben. Denn vor dem Hintergrund der vielschichtigen komplexen Wirkungen des Rechts macht eine Dichotomie vom autonomen Rechtssubjekt, das dem Staat souverän gegenüber steht, auf der einen und dem ohnmächtigen *homo sacer*, der dem Staat hilflos ausgeliefert ist, auf der anderen Seite kaum mehr Sinn. Vielmehr entfaltet sich so eine Perspektive auf Rechtssubjektivität, die die Vielzahl an Rechtssubjektivitäten (im Sollen und Sein des Rechts) als rechtliche Realität, die zwingende Abhängigkeit aller Menschen voneinander und rechtliche Prekarisierungsprozesse in den Vordergrund stellt.

### III. Entzauberung des Rechts: Vielschichtige Wirklichkeit

Dem Blick auf das Wirken des Rechts muss demnach ein Blick auf Rechtssubjektivität folgen, der nicht lediglich durch die Definition einer zentralen, autoritären Souveränität geprägt ist, und sich weder auf ein normatives, abstraktes Konzept noch auf reine, konkrete Faktizität reduzieren lässt. Inwiefern wird Agambens Bild des Muselmanns im KZ als paradigmatische Figur eines *homo sacer*s diesen Ansprüchen gerecht? Indem Agamben den *homo sacer* mit Verweis auf den Muselmann im Konzentrationslager als sprachloses Wesen konzipiert, partizipiert er zunächst an der Debatte darüber, wer sprechen kann – jedoch nicht mit im Sinne der Frage, wer gehört werden kann.<sup>311</sup> Es geht ihm tatsächlich um Individuen, die nicht sprechen können, um »Nicht-Menschen« und »die absolute Trennung von Lebewesen und sprechenden Wesen, von *zoé* und *bios*, von Nicht-Mensch und Mensch«.<sup>312</sup> Der Muselmann ist ein »letztes *arcانum* [...], ein von jeder Möglichkeit des Zeugnisses getrenntes Überleben, eine Art absoluter biopolitischer Substanz, die in ihrer Isolierung die Zuweisung jeglicher demographischer, ethnischer, nationaler oder politischer Identität zulässt«.<sup>313</sup> Auch auf der Ebene des Subjekts spiegelt sich so Agambens Rechtsphilosophie: So wie er das Recht von der Ausnahme her denkt, denkt er das Subjekt vom »Nicht-Menschen« her. Anders als andere Philosophinnen und Philosophen beschreibt er

<sup>311</sup> Diese Debatte wurde prominent etwa von Gayatri Chakravorty Spivak entfacht, die in ihrem Essay »Can the Subaltern Speak?« am Beispiel der Witwenverbrennung zeigt, wie die indischen Witwen weder von der britischen Kolonialmacht, die sich anschickte, sie »von den braunen Männern« zu befreien, noch von indischen Männern, die die Witwenverbrennung mit den Worten »die Frauen wollen sterben« stilisierten, gehört werden konnten. Spivak, Can the Subaltern Speak? (2020), S. 81ff.

<sup>312</sup> Agamben, Was von Auschwitz bleibt (2003), S. 136.

<sup>313</sup> Agamben, Was von Auschwitz bleibt (2003), S. 136.

dabei das Außen des durch Normen konstruierten Subjekts (das ›Andere‹ des Subjekts) jedoch nicht etwa als »innerpsychisches Szenario«<sup>314</sup> einer niemals kohärenten sondern immer schon fragmentierten Identität, sondern als tatsächliche, faktische Substanz. Daraus folgt auch, dass er die Hoffnung auf Widerstand gegen den souveränen Bann in der Offenbarung, Demaskierung und Offenlegung des nackten Lebens sucht.<sup>315</sup> Wie auf der Ebene der Rechtsanwendung stehen sich auch in Agambens Ontologie eine rechtliche Normativität und ihre Faktizität gegenüber: Auf der einen Seite das normative, sprachlich verfasste Subjekt als Bürger und auf der anderen Seite der sprachlose, faktisch-substanzelle Nicht-Mensch, der *homo sacer*. Sofern die »vereinheitlichte, vervollkommnete, sichere und kohärente Identität« des modernen souveränen und nationalstaatlichen Subjekts – des Bürgers – schon immer »eine Illusion«<sup>316</sup> war, gilt dies jedoch genauso für das vermeintliche Spiegelbild des nackten Lebens. Der Andere ist mit Stuart Hall als Idee zunächst »absolut notwendig« für die eigene Identitätsbildung<sup>317</sup> und wird gewissermaßen überhaupt erst mit der Entstehung eines modernen, universalistischen Wahrheitsregimes sichtbar:

<sup>314</sup> Lorey, Immer Ärger mit dem Subjekt (1996), S. 136.

<sup>315</sup> Diese Hoffnung lässt sich mit Theorien der Subjektkonstruktion, die das Außen des Subjekts nicht substanzell denken, kritisieren. Hannah Meißner bemerkt hierzu treffend: »Dies [die spezifische Subjektkonstruktion] schließt andere Formen des Seins aus – diese sind aber eben nicht ›an sich‹ vorhanden, sie stellen jedoch das konstitutive Außen der historisch realisierten Formen dar und verweisen damit zugleich auf die grundsätzliche Möglichkeit, dass durch eine kollektive Arbeit an den gesellschaftlichen Bedingungen der Intelligibilität neue Seinsweisen ›erfunden‹ werden. Emanzipation hieße in diesem Sinne nicht, dass ›eigentliche‹, menschliche Wesenszüge von den sie verhindernden oder sie einschränken Formen befreit werden, vielmehr geht es um kollektive Suchbewegungen, die ihren Ausdruck wiederum in bestimmten historischen Formen finden; ›emanzipatorisch‹ sind diese Suchbewegungen, sofern sie nach Formen streben, die weniger einengend und weniger ausschließend sind als die herrschenden«. Meißner, Jenseits des autonomen Subjekts (2014), S. 52. Interessanter Weise wird gerade im Zusammenhang mit Geflüchteten aus der Tatsache, dass diese zum Teil körperliche Praxen, wie etwa Selbstzündungen, anwenden, geschlossen, dass es sich um eine Gruppe von auf »nacktes Leben« reduzierten und rechlosen Menschen handele, Loick, Kritische Justiz 2021. Was hier zum Vorschein kommt ist jedoch weniger das exemplarische »nackte Leben« als das Narrativ eines rein rationalen, entkörperlichten Politikverständnisses, bei dem die (stets zwangsläufige) eigene Abhängigkeit und Körperlichkeit in das »Andere der Politik« verdrängt wird (siehe hierzu auch B II 3).

<sup>316</sup> Hall, in: Widerspenstige Kulturen (1999), S. 396ff.

<sup>317</sup> Hall, Das verhängnisvolle Dreieck (2018), S. 93.

Erst mit der Aufklärung – unter deren panoptischem, universalistischen Blick alle Abstufungen menschlicher Differenzen im Diskurs der Naturphilosophie als Teile eines einzigen Systems repräsentiert wurden – ging die diskursive Kennzeichnung von Differenz an einen neuen Ort über; sie war nun nicht mehr zwischen zwei sich gegenseitig ausschließenden Gattungen von Menschen lokalisiert, sondern saß zwischen unterschiedlichen Niveaus und Stufen von ›Zivilisation‹ und ›Barbarei‹ innerhalb eines einzigen Systems.<sup>318</sup>

Die Idee geschlossener Identitäten, sowohl die des Bürgers als auch des Anderen, wird jedoch insbesondere vor dem Hintergrund der Effekte der Globalisierung destabilisiert. Subjekte sind in der postmodernen, globalisierten Welt zunehmend von einer Hybridisierung geprägt, die ihrerseits immer wieder zu neuen politischen Identitäten führt.

›Schwarz‹ ist nicht nur ein Beispiel für den *politischen* Charakter neuer Identitäten, die in und für spezifische Zeitpunkte und Orte – positionell und konjektuell – gebildet werden, sondern auch dafür, dass Identität und Differenz unauflösbar miteinander artikuliert oder verknüpft sind, dass die eine die andere nie vollständig überlagert. Als vorläufige Schlussfolgerung halte ich fest, dass die Globalisierung den Effekt hat, die zentrierten und ›geschlossenen‹ Identitäten einer nationalen Kultur zu bekämpfen und zu zerstreuen. Sie hat eine pluralisierende Wirkung auf Identitäten, schafft eine Vielzahl von Möglichkeiten und neuen Positionen der Identifikation und gestaltet Identitäten positionaler, politischer, pluraler und vielfältiger sowie weniger fixiert, einheitlich und transhistorisch.<sup>319</sup>

Diese Entwicklungen werden selbstredend auch in aktuellen rechtlichen Debatten aufgegriffen, die auf Differenzen innerhalb rechtlicher Subjektivierungsprozesse und damit zunächst auf eine Diversität an Rechtssubjekten verweisen. Der Dezentrierung des Subjekts in der postmodernen globalisierten Welt folgt dabei keine Gleichheit aller in der Wahl, welche Identität sie gerade praktizieren möchten. Soziale Kategorisierungen von Menschen sind von Herrschaft, Privilegien und Diskriminierungen geprägt. Rechtliche Subjektivierungsprozesse sind in diesem Zusammenhang weder lediglich eine selbstbestimmte Praxis, noch lediglich durch Anrufung und Unterwerfung<sup>320</sup> durch das Recht geprägt. Der Blick auf

<sup>318</sup> Hall, Das verhängnisvolle Dreieck (2018), S. 76f.

<sup>319</sup> Hall, in: Widerspenstige Kulturen (1999), S. 434.

<sup>320</sup> Der Prozess der Subjektwerdung durch Anrufung und Unterwerfung unter Ideologien wurde prominent von dem Philosophen Louis Althusser vertreten, der ihn als automatisierte Akzeptanz und Unterwerfung unter die herrschenden Ideologien beschreibt. Subjektivierungsprozesse werden hier unmittelbar aus den Ideologien abgeleitet: »die riesige Mehrzahl der (guten) Subjekte funktioniert tatsächlich ›ganz von alleine‹, d.h. innerhalb der

das Recht als komplexe Herrschaftsform *und* soziale Norm spiegelt sich auch in der Subjektivierung durch das Recht wider: Sie ist zugleich (etwa durch rechtsstaatliche Institutionen) fremdbestimmt und wird durch die eigene Anwendung durch die Adressierten praktiziert. Recht ist in diesem Zusammenhang zugleich repressiv, ermöglicht und konstruierend.<sup>321</sup> Das Gegensatzpaar des ohnmächtigen *homo sacer* und des souveränen Bürgers kann dabei jedoch nicht nur die komplexen rechtlichen Subjektivierungsprozesse nicht ausreichend beschreiben, sondern reproduziert auch kritikwürdige Ideale eines autonomen Rechtssubjekts, das sich so in der Rechtswirklichkeit nicht vorfinden lässt.

Möchte man also die Transformationen des Rechtssubjekts in seiner raum-zeitlichen Verankerung verstehen, braucht es deshalb ein Verständnis des (Rechts-)Subjekts, das sich jenseits der Dichotomie von autonomem, rationalem Subjekt und ohnmächtigem, körperlichem Nicht-Mensch bewegt – und damit unterschiedliche Rationalitäten des Rechts widerspiegelt. Hierzu lohnt es, zunächst zu verstehen, wie vielschichtig (und keineswegs nur autonom) Rechtssubjekte durch das Recht konstruiert werden. Dabei zeigt sich das Recht als soziale Norm auch als Ausdruck menschlichen Prekär-Seins; Recht ist insofern auch ein Ergebnis der Vergesellschaftung dieses Prekär-Seins. Der Blick auf die Debatten und Erfolge feministischer Rechtswissenschaft in Bezug auf einen materiellen Gleichheitsbegriff kann dabei die etwa von Menke getätigte

Ideologie (deren konkrete Formen in den Staatsapparaten realisiert sind). Sie fügen sich ein in Praxen, die von den Ritualen der ISAs [ideologischen Staatsapparate] beherrscht werden. Sie ›erkennen‹ das Bestehende ›an‹, sie erkennen an, daß es ›in der Tat so ist und nicht anders‹, daß man Gott, seinem Gewissen, dem Pfarrer, de Gaulle, dem Unternehmer und dem Ingenieur gehorchen muß, daß man seinen Nächsten lieben muß wie sich selbst usw. Ihr konkretes materielles Verhalten ist nichts anderes, als die lebendige Verkörperung des bewundernswerten Wortes ihres Gebetes: ›Amen!« Althusser, Ideologie und ideologische Staatsapparate (1977), S. 148.

<sup>321</sup> Vgl. hierzu Baer, in: Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie (2010). Auch auf der Ebene der Subjektivierungsprozesse lässt sich mit Foucault der Blick weg von der Idee herrschender Souveränität hin zu gestaltender Disziplinierungen lenken (siehe hierzu B II 2 c). Vor diesem Hintergrund lässt sich das Andere der Rechtssubjektivität nicht als Essenz freilegen. Es ist genau die Konstruktionsleistung des Rechts, das Andere wie die Rechtssubjektivität selbst als natürlich erscheinen zu lassen. Insofern lässt sich etwa Roland Barthes Aussage über den Mythos auch auf das Recht als verdinglichte und zugleich konstruierende Herrschaftsform übertragen: »Der Mythos verbirgt nichts und stellt nichts zur Schau; er deformiert. Der Mythos lügt nicht und gesteht nichts; er verbiegt. [...] Hier sind wir beim eigentlichen Prinzip des Mythos: Er verwandelt Geschichte in Natur«, Barthes, Mythen des Alltags (2010), S. 277f.

Aufspaltung von Sozialstaat und subjektiven bürgerlichen Rechten mit Entwicklungen der aktuellen Rechtsdogmatik konfrontieren. Subjektivierungsprozesse im und durch das Recht sind dabei von komplexen Interdependenzen sozialer Kategorien geprägt und Prozesse rechtlicher Subjektivierung niemals ganz identisch mit diesen. Diese Komplexität zeigt sich zunächst auch in den vielfachen Fragmentierungen der Normierung des Bürgers im Verwaltungsrecht, die für die rechtliche Normierung der Lager und die sie Bewohnenden relevant sind (siehe hierzu etwa B III 1 b). Auf diese Weise kann eine Perspektive entwickelt werden, die den Rationalisierungen des Rechts und ihren Auswirkungen auf die Lebensrealitäten verschiedener Rechts-Subjektivitäten gerecht wird und zugleich Subjektivierung durch das Recht als (niemals abgeschlossenen) Prozess versteht.

### I. Subjektivierungsprozesse: Der Bürger als contingente Figur des Rechts

In dem Wissen um »die Spannung zwischen Normierung und Selbstbestimmung, zwischen normativer Subjektkonstruktion und nicht normiertem Subjekt«<sup>322</sup> geht Susanne Baer in ihrem Buch »*Der Bürger im Verwaltungsrecht*« den rechtlichen Konstruktionen »des Bürgers« nach. Während Agamben den *homo sacer* zu der paradigmatischen Figur der westlichen Welt seit der Antike erhebt, lässt sich mit Baer die historische *Kontingenz* seines Gegenspielers, des Bürgers, für das deutsche Recht zeigen. Agamben markiert den Bürger als »souveränes Subjekt«, das die Schnittstelle zwischen nationalstaatlichem Denken und souveräner Biopolitik darstellt.<sup>323</sup> Um den raum-zeitlichen Bezug der rechtlichen Figur des Bürgers zu begreifen, können die lokalen und historischen Dimensionen des rechtlich spezifischen Bezugs auf den Bürger jedoch nicht ignoriert werden: Nur wenn verstanden wird, was in der deutschen Rechtswissenschaft tatsächlich als »Norm- und Normalsubjekt« konstruiert wird, kann analysiert werden, »welche Subjekte warum nicht ›unter die Norm fallen‹, sondern ausgegrenzt werden«.<sup>324</sup> Baer sieht den Bürger dabei anders als etwa den Begriff des Rechtssubjekts explizit »im Kontext staatlicher Ordnung«.<sup>325</sup> Als solches unterliegt er einer »wechselvollen Geschichte«.<sup>326</sup> Wie unterschiedlich die rechtlichen Bürger-Konzeptionen dabei ausfallen, zeigt Baer unter anderem anhand

<sup>322</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

<sup>323</sup> Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 137.

<sup>324</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 1.

<sup>325</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 17.

<sup>326</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 17.

der Bürger-Konstruktion des Verfassungsrechts, den Anfängen der Verwaltungrechtswissenschaften und dem Bürger im »ermöglichen, aktivierenden und gewährleistenden Staat«.<sup>327</sup> Deutlich wird dabei, dass Momente der Ohnmacht nicht in die permanente Ausnahme vom Recht verbannt werden müssen, sondern vielmehr in den normativen Bürger-Konstruktionen des Rechts selbst liegen.

#### *a. »Der Bürger« im Verfassungs- und Verwaltungsrecht*

Ihre Methode verortet Baer im Dekonstruktivismus. Die Analyse des Begriffs des Bürgers im Recht folgt deshalb der Annahme, dass es sich bei Begriffen immer nur um »Annäherungen an Konstruktionen«<sup>328</sup> handelt. Baers Vorgehen ist in Bezug auf Agambens Figur des *homo sacer* in zweierlei Hinsicht interessant.

Einerseits liegt Baers Analyse ein Verständnis des Rechts als *konstruktiver* Normierung zugrunde. Das heißt, Recht wirkt nicht nur *repressiv* auf die Individuen ein,<sup>329</sup> wie es etwa die Idee des in Bann-gehaltenen *homo sacer*s impliziert. Vielmehr formt es Subjekte mittels rechtlicher Konstruktionen. In diesem Verständnis gibt es keine Subjekte außerhalb der Normen. Oder anders gesagt: »Vielmehr konstituieren die sozialen Verhältnisse erst diejenigen Entitäten, die dann als selbstständige Essentialitäten erscheinen«.<sup>330</sup> Nur ein Blick auf diese Konstruktionen könne dabei verstehen helfen, welche Subjekte vom Recht ein- und welche ausgeschlossen werden. Baer folgt hier der Prämisse, dass, auch wenn normative Begriffe bzw. normative Ordnungen nie alle Lebenssachverhalte total erfassen können, sie dennoch Lebenssachverhalte schaffen, indem sie diese normieren: Indem etwa das Verwaltungsrecht spezifische »Adressaten baut, formt es diese gleichzeitig, indem es bestimmte Aspekte subjektiver Lebenswirklichkeit als relevant aufnimmt, auch wenn es sie nie in Gänze, nie total wahrnehmen kann«.<sup>331</sup> Das bedeutet auch, dass eine fehlende Aufnahme ins Recht zu einer fehlenden Konstruktion als Rechtssubjekt führt. Oder anders gesagt: »Wer also im Verwaltungsrecht nicht vorkommt, ist kein Bürger«.<sup>332</sup> Nur das Wissen darum, wer aus den Subjektkonstruktionen ein- und wer ausgeschlossen wird, kann

<sup>327</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 197ff.

<sup>328</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 27.

<sup>329</sup> Das soll nicht bedeuten, dass diese sich dem Recht nicht für ihre Subjektwerdung unterordnen. Dies beschreibt etwa Meißner in Anlehnung an Butler, *Meißner, Jenseits des autonomen Subjekts* (2014), S. 51.

<sup>330</sup> Buckel, Subjektivierung und Kohäsion (2007), S. 217.

<sup>331</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 30f.

<sup>332</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

demnach Transformationen der Subjektkonstruktionen des Rechts ermöglichen.

Andererseits zeigt Baers Analyse die historischen Transformationen des Bürger-Begriffs auf. So folgt sie dem Begriff des Bürgers durch verschiedene Rechtsgebiete, wobei sie ihren Schwerpunkt auf das Öffentliche Recht legt. Hier werde das Rechtssubjekt im Verhältnis zum Staat konstruiert, weshalb insbesondere im Verwaltungsrecht die Spurensuche nach »dem Bürger« erfolgen könne.<sup>333</sup>

Schon das Verfassungsrecht füllt Baer zufolge den Begriff des Bürgers jedoch mit einer Vielzahl unterschiedlicher Funktionen. Während ein grundlegendes Menschenbild in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts nicht in einem »isolierten Individuum«, sondern in einer Person »im Sinne der Gemeinschaftsbezogenheit und Gemeinschaftsgebundenheit«<sup>334</sup> zu finden sei, fülle das Bundesverfassungsgericht im Verlauf seiner Geschichte den Begriff des Bürgers mit einer Vielzahl an Eigenschaften: »Er ist allerdings nicht etwa ›Black Box‹ und leerer Platzhalter, sondern ein Mann mit Eigenschaften. Meist befindet er sich in einer (besonders schlechten) Lage, oft hat er ein (individuelles) Interesse oder eine (bestimmte) Fähigkeit«.<sup>335</sup> Auch in der verfassungsrechtlichen Literatur gebe es zahlreiche Entwürfe für den Bürger, darunter der »aktiv, engagiert und sprechend« gedachte Bürger, der primär über die Abgrenzung gedachte Staats-Bürger<sup>336</sup> oder Bürgerkonstruktionen, die mit einer Hierarchisierung etwa über »essentialistische Bezugnahmen« oder einer Hierarchisierung in Bezug auf Ausländerinnen und Ausländer und Bürgerinnen und Bürger, die »mangels sozial-materieller Ressourcen nicht in der Lage sind, Bürgerrechte in Anspruch zu nehmen«,<sup>337</sup> arbeiten. Gerade aufgrund dieser Hierarchisierungen, die bestimmten Konzeptionen des Bürgers immanent sind, lohne es sich demnach, die dogmatische Figur des Bürgers in den Blick zu nehmen.

Für den deutschen Kontext<sup>338</sup> finden sich insbesondere im Verwaltungsrecht relevante Bürger-Konstruktionen, wobei die »Grundlinien der Subjektivität und des Verfahrens, die im *allgemeinen* Verwaltungsrecht zu finden sind«,<sup>339</sup> insofern besonders interessant seien, als sie das Fundament der Bürger-Konzeptionen im *besonderen* Verwaltungsrecht bilden. Sie seien durch Fragen der Zugehörigkeit, der zugeschriebenen

<sup>333</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 34.

<sup>334</sup> BVerfG, Urt. v. 20.07.1954 – I BvR 459/52 – Rn. 29 (juris).

<sup>335</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 35f.

<sup>336</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 40f.

<sup>337</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 41.

<sup>338</sup> Baer spricht europäische und internationale Konzeptionen des Bürgers kurz an, legt den Schwerpunkt jedoch auf das deutsche Recht, Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 43.

<sup>339</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 44.

Rechts- und Handlungsfähigkeit, Sprach- und Kommunikationsfähigkeit, Beteiligungsrechte, der Gewichtung der Interessen des Staats und des Bürgers, (Informations-) Rechte und Pflichten des Bürgers sowie der Organisation und Administration der Verwaltung geprägt. Grundsätzlich diagnostiziert Baer ähnlich wie Frankenberg einen Etatismus in der Bürger-Konstruktion des deutschen Verwaltungsrechts. Trotzdem: »Allgemeines Verwaltungsrecht konstruiert Bürgerinnen und Bürger auf sehr unterschiedliche Art und Weise«.<sup>340</sup>

*b. Spuren der Ohnmacht:  
Der Untertan im deutschen Verwaltungsrecht*

Momente der Ohnmacht und mangelnden Handlungsmacht in der Konstruktion des Bürgers lassen sich insbesondere in der Typologie des »Untertans« finden. Baer zeichnet in diesem Zusammenhang, wie auch Frankenberg in Bezug auf den Begriff der Souveränität in Deutschland, eine Geschichte des Verwaltungsrechts nach, die von den Prämissen eines Obrigkeitstaats geprägt ist. Spuren einer Konstruktion des Bürgers als Untertan lassen sich laut Baer deshalb auch noch im heutigen Verwaltungsrecht finden.

So sei das Verwaltungsrecht nach wie vor von einer »isolierenden Individualisierung«<sup>341</sup> geprägt, die durch die »Koppelung von Subjektqualitäten an die Zuweisung von Rechtspositionen« erfolgt. Klageberechtigt im deutschen Verwaltungsrecht ist primär das individuelle Subjekt – wenn ihm der Staat eine eigene Rechtsposition zuspricht. Dasselbe gilt für Kollektive, die nur dann »als Gegenüber der Verwaltung« als im Verwaltungsprozess beteiligungsfähig angesehen werden, wenn ihnen »ein Recht zustehen kann«.<sup>342</sup> Auch »die Konzentration auf den Verwaltungsakt« trage Spurenelemente eines Obrigkeitstaats in sich. Die Form des Verwaltungsakts sei nach wie vor durch Befehl geprägt, auch wenn »der umfassende gerichtliche Rechtsschutz den Untertan heute aus seiner Rolle heraus emanzipiert«.<sup>343</sup> Die Verwaltung fingiere den Bürger auch nach wie vor als Untertan, wenn sie die staatliche Informationsweitergabe dem Grundrechtsschutz entzieht und Informationen vorenthält, etwa in Bezug auf Verwaltungsvorschriften, die als »Innenrecht« regelmäßig nicht publiziert werden. Schließlich könne die »Renaissance der Pflichten«<sup>344</sup> im Verwaltungsrecht insofern Spurenelemente des Untertanen

<sup>340</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 80.

<sup>341</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 97.

<sup>342</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 96.

<sup>343</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 99.

<sup>344</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 106.

enthalten, als sie den Bürger auf seine Funktionen für den Staat reduziert.<sup>345</sup> Zusammenfassend lassen sich entsprechende Spurenelemente dann finden, wenn der Bürger aus einer staatlichen Perspektive heraus »zu bestimmten Zwecken in den Blick« genommen wird:

»Rechts- und Handlungsfähigkeit sind stark individualisiert gefasst, die primäre Handlungsform ist der Befehl. Auf die Beteiligung ›der Bürger‹ wird wenig Wert gelegt. Rechte wie der Antrag, die Anhörung, die Bekanntgabe, die Begründung oder die Rechtsbehelfsbelehrung sind funktional auf die Interessen der Verwaltung hin angelegt«.<sup>346</sup>

Die Konstruktion eines Bürgers, dessen Autonomie durch den Staat stark eingeschränkt wird, lässt sich demnach auch im heutigen Verwaltungsrecht finden. Dafür braucht es aber nicht mehr das explizit repressive Leitbild des Untertans. Autonomieverlust ist etwa ebenfalls Teil eines Sozialstaats, bei dem Selbstbestimmung und Autonomie der Rechtssubjekte in den Hintergrund eines staatlichen Paternalismus treten: Der Sozialstaat ist dann »freiheitsgefährdend, denn mit der Fürsorge gehen bevormundende Übergriffe einher«.<sup>347</sup> Andererseits konzipiert die Verwaltung im Schlanken Staat ein Gegenüber, in dem die Bürgerinnen und Bürger eher »als passive Konsumenten staatlicher Leistung, als ausgelieferte Kunden«<sup>348</sup> statt als autonom gesehen werden, und das damit dem Obrigkeitsstaat relativ nahe steht.

### *c. Selbstermächtigung und der Bürger im Gewährleistungsstaat*

Anders verhält es sich im liberalen Staat, der den Bürger als Bourgeois und damit primär privat und apolitisch denkt. Die Freiheit des Einzelnen und damit seine Autonomie, nicht seine Funktion für den Staat, steht hier zwar im Vordergrund, die Entgegenseitung von Öffentlichkeit und Privatheit, von politischem Staat und privatem Bürger führe Baer zufolge jedoch zu anderen Unfreiheiten, etwa dann, wenn der Bürger als Eigentümer und Patriarch konzipiert wird und damit etwa sozial Schwache oder Frauen exkludiert werden.<sup>349</sup> In der Tradition des liberalen Staats steht auch der sich neuerdings entwickelnde aktivierende Staat oder »Gewährleistungsstaat«. Er geht nach Baer insofern über den liberalen Staat hinaus, als er »einen Schwerpunkt nicht schlicht bei der Freiheit, sondern bei der Ermöglichung ihrer Inanspruchnahme«<sup>350</sup> setzt. Anders als der

<sup>345</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 104ff.

<sup>346</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 108.

<sup>347</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 130.

<sup>348</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 194.

<sup>349</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 116ff.

<sup>350</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 200.

liberale Staat, der auf eine »strikte Trennung zwischen Staat und Gesellschaft«<sup>351</sup> setzt, versucht die Verwaltung des Gewährleistungsstaats den Bürger und die Bürgerin durch Kooperation und Kommunikation in der Durchsetzung eigener Interessen zu aktivieren. Dies kann beispielsweise durch Beauftragte oder Beiräte erfolgen, denen aber keine Klage-rechte zugesprochen werden. Ziel ist nicht die staatliche Interessenvertretung *für* die Bürgerinnen und Bürger, sondern die Ermächtigung *zur* rechtlichen Selbsthilfe: »Entscheidendes Merkmal dieser Organisationsform ist die staatliche Verortung von Kommunikation und Kooperation zwischen Privaten und einer Verwaltungseinheit, die von vornherein auf Seiten der Privaten steht, um die Privaten letztlich zu befähigen, Interessen selbst durchzusetzen«.<sup>352</sup> Auch das Personal des aktivierenden Staats setzt entsprechend auf Kommunikation und Netzwerke: »Gesteuert wird weniger konditional und eher final und offen; weniger durch Weisung und eher durch das Gespräch; weniger durch Befehl und eher durch Kontrakt, namentlich durch Zielvereinbarungen«.<sup>353</sup>

#### *d. Der fragmentierte Bürger*

Baers Analyse zeigt, dass der Bürger im deutschen Rechtsstaat unterschiedliche Funktionen erfüllen kann bzw. soll und sich als kontingente Figur des Öffentlichen Rechts abzeichnet. Verschiedene relational autonome rechtliche Rationalitäten führen so zu unterschiedlichen Bürger-normierungen. Er trägt Spuren des ohnmächtigen, unterworfenen Untertans, der dem Recht als Befehlsempfänger unterliegt, in sich, wird im Rahmen des liberalen Staats aber auch als autonom gezeichnet und soll durch den Gewährleistungsstaat in seiner Inanspruchnahme des Rechts aktiviert werden. Diese Konstruktionen lösen einander dabei nicht ab, sondern bleiben gleichzeitig bestehen. Das heißt, dass der Bürger im deutschen Öffentlichen Recht stets eine fragmentierte Normierung ist. Die Idee einer kohärenten Konstruktion »des Bürgers« als autonomen ermächtigten Individuum ist demnach selbst eine spezifische rechtliche Normativierung, der spezifische gesellschaftliche Annahmen zugrunde liegen. Welche dies sind, lässt sich auch anhand der Wirkungen des Rechts zeigen, die über eine Subjektivierung von Ermächtigung und Unterwerfung hinaus ein vielschichtiges Bild rechtlicher Subjektivierungs-erfahrungen beinhalten.

<sup>351</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 227.

<sup>352</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 231.

<sup>353</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 251.

## 2. ›Der‹ *homo sacer* und ›das‹ Rechtssubjekt: Prekarisierung, Autonomie und Intersektionalität im Recht

Baers Analyse des Begriffs des Bürgers zeigt, wer im Recht normativ (nicht) gemeint ist. Darüber hinaus stellt sich die Frage, wie Recht für bzw. auf unterschiedliche Individuen wirkt. Inwiefern führt beispielsweise die Tatsache, dass Individuen auf *normativer* Ebene berechtigt werden, dazu, dass sie *faktisch* den Rechtsschutz erhalten, den sie benötigen? Wie können über die rechtliche Normierung hinaus die Wirkungen des Rechts auf Ebene der rechtlichen Subjektivierung verstanden werden? Ein Theorie-Strang, der sich ausführlich mit der Frage nach dem faktischen Wirken des Rechts beschäftigt hat, ist die feministische Rechtswissenschaft. Feministisch-rechtswissenschaftliche Debatten können durch die Betonung des Unterschieds von formeller und materieller Gleichheit bzw. mit ihren Analysen der Intersektionalität und Interdependenz Aufschluss darüber geben, dass die ambivalenten Wirkungen des Rechts jenseits der Achse einer exkludierenden Souveränität gedacht werden sollten – und geben insofern Einblick in eine rechtssociologische Perspektive auf das Recht. Vor ihrem Hintergrund kann die Dichotomie des rechtlosen *homo sacer*s als Opfer staatlicher Gewalt auf der einen und des autonomen Bürgers auf der anderen Seite<sup>354</sup> durch ein Verständnis von komplexen Rechtssubjektivitäten ersetzt werden, das die grundlegende Prekarität von Rechtssubjektivität sowie die rechtlichen Prekarisierungen marginalisierter Rechtssubjektivitäten in den Blick nimmt.

### a. Prekäre Rechtssubjektivierung

Ayten Gündoğdu erwähnt in ihrer Abhandlung zu Souveränität und Menschenrechten (s.o.) ein Konzept, das für das Verständnis von Rechtssubjektivität jenseits des stets ohnmächtigen Opfers oder des stets autonomen Bürgers aufschlussreich ist. Gündoğdu sieht Flüchtlingslager zwar vom souveränen Recht der Nationalstaaten auf Migrationssteuerung geprägt. Dies führt jedoch nicht zur absoluten Ohnmacht der Migrierenden. Wie lässt sich dies verstehen? Gündoğdu orientiert sich am Konzept der Rechtspersönlichkeit, das für sie keine trennscharfe Kategorie darstellt, sondern in Anlehnung an Hannah Arendts Ausführungen zur Rechtspersönlichkeit ein sozial hergestelltes Instrument ist. Die Konstruktion der Rechtspersönlichkeit muss demnach für alle Menschen immer wieder neu

<sup>354</sup> Insbesondere in Bezug auf Marginalisierte werden diese Dichotomien dabei verstärkt verwendet. So versucht etwa die bereits erwähnte Theorie der Autonomie der Migration Migrantinnen und Migranten jenseits von ›Opfern‹ und ›Schurken‹ zu verstehen, Bojadžiev, Zeitschrift für Kulturwissenschaft 2011.

erfolgen und ist keineswegs ein selbstverständlicher Prozess. Aus diesem Grund fasst Gündoğdu die rechtliche Stellung von Migrantinnen und Migranten nicht als absolut rechtlos, sondern bezeichnet sie vielmehr in ihrer Rechtspersönlichkeit als »prekär«. Was ist damit gemeint?

Der Begriff der Prekarität ist primär aus dem Kontext der prekären Lohnarbeit bekannt, bei dem der »Begriff der Prekarisierung die Zunahme von Arbeitsverhältnissen jenseits des sogenannten Normalarbeitsverhältnisses«<sup>355</sup> bezeichnet. Prekäre Arbeitsverhältnisse zeichnen sich dabei durch die zunehmende »Entsicherung« der Arbeitsplätze aus, etwa weil sie »kein existenzsicherndes Einkommen (mehr) garantieren«.<sup>356</sup> Während in der Arbeitssoziologie dabei die verstärkte Zunahme prekärer Arbeitsverhältnisse und die damit zunehmende gesellschaftliche Verunsicherung und Verletzbarkeit bis hin zu einem neuen »Regieren durch Unsicherheit«<sup>357</sup> als neoliberaler Paradigmenwechsel kritisiert wird,<sup>358</sup> haben feministische Theoretikerinnen und Theoretiker auf die zugrundeliegenden und zu problematisierenden Grundannahmen hinter der Sorge vor der Prekarisierung hingewiesen.

Isabell Lorey betont etwa in Anlehnung an Judith Butler, dass das Prekär-Sein das bezeichnet, »was Leben im Allgemeinen ausmacht«.<sup>359</sup> Das Prekär-Sein als Ontologie kann dabei nicht als vor-gesellschaftliche Essenz menschlicher Körper gedacht werden. Vielmehr handelt es sich um eine Ontologie,

»die nicht losgelöst von sozialen und politischen Bedingungen verstanden werden kann. Diese Bedingungen ermöglichen historisch-spezifische Seinsweisen, machen das Überleben von Körpern in bestimmter Weise möglich, die ohne Einbettung in soziale, politische, rechtliche und ökonomische Verhältnisse nicht überlebensfähig wären«.<sup>360</sup>

Der Begriff des Prekär-Seins ähnelt in dieser Hinsicht dem Begriff der Vulnerabilität und wird zum Teil synonym verwendet, wobei dem Begriff der Vulnerabilität die Konnotation des (körperlichen) Leidens immanenter erscheint:

Vulnerability speaks to our universal capacity for suffering, in two ways. First, I am vulnerable because I depend upon the co-operation of others (including, importantly, the State) [...] Second, I am vulnerable because

<sup>355</sup> Scheele, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen (2018), S. 363.

<sup>356</sup> Scheele, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen (2018), S. 363.

<sup>357</sup> Lorey, Die Regierung der Prekären (2012), S. 25.

<sup>358</sup> Lorey bezieht sich dabei stellvertretend auf Robert Castels Arbeiten zu Prekarität: Lorey, Die Regierung der Prekären (2012), S. 59ff.

<sup>359</sup> Lorey, Die Regierung der Prekären (2012), S. 32.

<sup>360</sup> Lorey, Die Regierung der Prekären (2012), S. 33.

I am penetrable; I am permanently open and exposed to hurts and harm of various kinds.<sup>361</sup>

Prekär-Sein (und Vulnerabilität) ist demnach ein fundamentaler Bestandteil gesellschaftlichen, sozialen Lebens.<sup>362</sup> Der Idee eines grundlegend unabhängigen Subjekts, das das »Eigene« beherrscht, liegt also keine neutrale, zeitlose Vorstellung des Individuums zugrunde. Die Idee eines autonomen Subjekts ist vielmehr »grundlegend für historisch spezifische, männlich konnotierte Ideen von Autonomie und Freiheit«<sup>363</sup> und dient dem modernen Menschenrechtsverständnis als »rationales und quasi-körperloses Subjekt«<sup>364</sup> als Fundament – eine Vorstellung, wie auch Agamben sie antizipiert. Agambens Skandalisierung des souveränen Staats, der die Autonomie einschränkt, statt sie zu ermöglichen, und die Figur des ohnmächtigen *homo sacer* als paradigmatische Figur, die im Mittelalter geboren wird und bis heute ihre Aktualität beibehält, muss demnach in der Idee ihrer Trans-Historizität zurückgewiesen werden. Vielmehr erscheint sie, ähnlich wie die Debatte um eine zunehmende Prekarisierung und Unsicherheit in der Gesellschaft, als »androzentrisch verfasst«.<sup>365</sup> Die Einsicht in menschliches Prekär-Sein kann zudem die Perspektive auf Zwang als problematisches Charakteristikum des Rechts verschieben, hin zu der Einsicht, dass die Forderung nach einer absoluten Abwesenheit von Zwang, etwa in utopischen Gesellschaftsentwürfen, verleugnet, dass alle Menschen in ihrer Abhängigkeit von anderen und der Abhängigkeit anderer von ihnen niemals radikal frei oder freiwillig handeln können, sondern gezwungenermaßen auf andere

<sup>361</sup> Neal, Liverpool Law Review 2012, S. 186f. Zum Begriff der Vulnerabilität siehe etwa Fineman, Yale Journal of Law & Feminism 2016; Fineman, Emory Law Journal 2010. Der Begriff der Vulnerabilität wurde dabei auch in die Menschenrechts-Auslegung des Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte eingeführt (dazu mehr unter C II 3 b), vgl. hierzu Peroni/Timmer, International Journal of Constitutional Law 2013. Im weiteren Verlauf der Arbeit wird der Begriff der Prekarisierung gewählt, da er den Subjektivierungsprozess begrifflich besser fasst.

<sup>362</sup> »We have different forms of embodiment and also are differently situated within webs of economic and institutional relationships. As a result, our vulnerabilities range in magnitude and potential at the individual level. Vulnerability, therefore, is both universal and particular; it is experienced uniquely by each of us«. Fineman, Emory Law Journal 2010, S. 269. »Vulnerability is therefore inherently a ›relational‹ concept, which supplements ›attention to the individual subject by placing him/her in social context.‹«, Peroni/Timmer, International Journal of Constitutional Law 2013, S. 1060.

<sup>363</sup> Lorey, Die Regierung der Prekären (2012), S. 46.

<sup>364</sup> Peroni/Timmer, International Journal of Constitutional Law 2013, S. 1061.

<sup>365</sup> Lorey, Die Regierung der Prekären (2012), S. 65.

angewiesen bleiben.<sup>366</sup> Recht ist in diesem Zusammenhang eines der von Lorey angesprochenen »sozialen Verhältnisse« (s.o.), die das Überleben vieler Menschen sichern kann, etwa indem es eine staatliche Versorgung mit Pflege, ärztlicher Versorgung oder den Zugang zu Kinderbetreuung über-individuell regelt. Dieser Hinweis soll nicht aktuelle »Krisen der sozialen Reproduktion«<sup>367</sup> verleugnen, sondern den Blick für die Konsequenzen schärfen, die sich aus der Idee des radikal autonomen Subjekts (s.o.) oder der Verlagerung von Care-Arbeiten in private Gemeinschaften (etwa im Sinne von Care-Communities) jenseits des Rechts bzw. sozialer Rechte folgen.<sup>368</sup>

Der Begriff des Prekär-Seins ist aber auch für das Verhältnis von Normativität und Faktizität im Recht hilfreich: Recht als soziale Norm kann nicht auf seinen normativen Gehalt reduziert werden und muss entsprechend wirksam werden; zugleich kann Rechtsgeltung, wie Möllers gezeigt

<sup>366</sup> Diese Debatte um die Notwendigkeit radikaler Freiwilligkeit in utopischen Gesellschaftsentwürfen und feministische Kritiken hieran lässt sich in etwa in Heide Lutoschs Aufsatz »Wenn das Baby schreit, dann möchte man doch hingehen« nachvollziehen, vgl. *Lutosch, Wenn das Baby schreit, dann möchte man doch hingehen, communaut vom 30.04.2022.*

<sup>367</sup> Vgl. hierzu etwa Federici, Aufstand aus der Küche (2015); Aulenbacher (Hg.), Für sich und andere sorgen (2014).

<sup>368</sup> Silke van Dyk und Tine Haubner zeigen in ihrem Buch »Community-Kapitalismus«, wie etwa die Verlagerung von staatlicher Sorge-Arbeit in ein freiwilliges Engagement der Zivilgesellschaft bestehende Ungleichheiten verschärft, indem bedürftige Individuen dem »sanften Terror« informeller Sorge-Beziehungen unterworfen werden: »Hinter der sich [...] ›rücksinnenden Sehnsucht‹ nach der Unterstützung und Wärme ›kleiner Netze‹ verbirge sich, so Prätorius, ein ›sanfter Terror der Geborgenheit‹, dem er den ›diskreten Charme‹ institutionalisierter sozialstaatlicher Leistungen gegenüberstellt. Tatsächlich ist es gerade das Verdienst historisch erkämpfter und institutionalisierter sozialer Rechte, diese vom Charakter und von der persönlichen Beziehung zu entkoppeln und die Fürsorge nicht denjenigen vorzubehalten, die über entsprechende (inner- und außerfamiliäre) soziale Kontakte verfügen, ›sozial-kompatibel‹ sind und sich durch Wohlverhalten und Liebenswürdigkeit qualifiziert haben. [...] Soziale Rechte schaffen Bedingungen, unter denen auch eine garstige Demenzkranke, die alle Freiwilligen verschreckt und keine Angehörigen hat, sozial betreut wird. Dass sorgende Gemeinschaften und Freiwillige dies nicht leisten können und/oder wollen, ist keine moralische Schwäche, an der zu arbeiten wäre, sondern das Grundprinzip der freiwilligen Gabe im Unterschied zum sozialen Recht«, Dyk/Haubner, Community-Kapitalismus (2021), S. 102f. Teil ihrer Kritik ist dabei auch die anti-moderne Romantisierung der Idee von authentischen, harmonischen, homogenen Gemeinschaften wie sie u.a. von Agamben propagiert wird (siehe Agamben, The Coming Community (2001)), und die der Privatisierung von Sorge-Arbeiten Vorschub leisten kann; Dyk/Haubner, Community-Kapitalismus (2021), S. 35.

hat, aber auch nicht mit der ausnahmslosen Anwendung gleichgesetzt werden. Die Anwendung des Rechts stellt sich also als prekär dar. Für Gündogdu

weist (rechtliche Prekarität) auf zeitgenössische Praktiken und Prozesse hin, die im Rahmen des Konzepts der universellen Persönlichkeit zu Spaltungen, Schichtungen und Grenzziehungen führen und die Rechte verschiedener Kategorien von Migranten von völlig unberechenbaren Meinungen und höchst willkürlichen Entscheidungen abhängig machen.<sup>369</sup>

Tatsächlich ist rechtliches Prekär-Sein aber kein Phänomen, dass sich auf Migrantinnen und Migranten reduzieren lässt. Vielmehr ist das Recht als soziale Norm von der Anwendung der (lebenden) Individuen und Institutionen abhängig.<sup>370</sup> Genauso sind die (lebenden) Rechtssubjekte für ihre Konstruktion als Rechtssubjekte von der Anwendung des Rechts durch Andere (Individuen oder Institutionen) abhängig. Wenn Baer in ihrer Suche nach »dem Bürger« feststellt, dass das Recht die Spannung zwischen »normativer Subjektkonstruktion und nicht normiertem Subjekt«<sup>371</sup> nicht aufheben kann, das Recht die Lebenswirklichkeit also »nie in Gänze, nie total [kursiv A.E.] wahrnehmen kann«,<sup>372</sup> so können Rechtssubjekte auf der anderen Seite nicht davon ausgehen, dass das Recht immer auf ihre eigene Lebenswirklichkeit Anwendung findet. Darin sind sie stets prekär. Die Möglichkeit zum Normbruch (Möllers) oder die Aporien des Rechts (Derrida) verdeutlichen, dass die Art der Rechtsanwendung gerade nicht automatisch durch spezifische rechtliche Normativitäten vorgegeben wird. Mehr noch liegt gerade in der Möglichkeit zur Devianz und Nicht-Anwendung sowie in der Aporie der Rechtsanwendung ein Transformationspotenzial des Rechts und die Möglichkeit der Reflexion auf das eigene Außen des modernen Rechts (Menke). Die Unsicherheiten der Spannung zwischen Normativität und Faktizität im Recht sind demnach nicht in einer äußeren Bedrohung zu suchen, einem bürgerkriegsartigen,

<sup>369</sup> Gündogdu, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 107.

<sup>370</sup> Engelmann verdeutlicht hierbei die Rolle rechtlicher Institutionen in der prekären Reproduktion der Rechtsgeltung mithilfe von Robert Covers Werk »Nomos and Narrative« treffend: »Wenn aber die ›dauerhafte Geltung jeder Norm als prekär und steter institutioneller Mühen der Vergegenwärtigung bedürftig eingesehen wird, sind es am Ende die gesellschaftlich wirksamen Institutionen, in denen und durch die sich Recht vollzieht«. Engelmann, Rechtsgeltung als institutionelles Projekt (2020), S. 187. So auch wie bereits zitiert (Kapitel B, Fn. 152) Buckel: »Es geht demnach nicht lediglich um die Ermöglichung des Warenaustauschs durch das Recht, sondern um eine Vergesellschaftung, in welcher der soziale Zusammenhang per se prekär ist und sich erst über naturwüchsiger entstehende Kohäsionstechniken herstellen kann, deren Funktionieren selbst unsicher bleibt«. Buckel, in: Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018), S. 133.

<sup>371</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 31.

<sup>372</sup> Baer, »Der Bürger« im Verwaltungsrecht (2006), S. 30f.

anomischen Ausnahmezustand, sondern ähnlich wie das Prekär-Sein, wie es etwa von Butler und Lorey beschrieben wird, fundamentaler Bestandteil des Rechts und von Subjektivierungsprozessen selbst. Rechtliches Prekär-Sein entsteht aus der Sozialität des Rechts und aus der Notwendigkeit zur Spannung zwischen der Norm und ihrer Anwendung.

Das bedeutet nicht, dass alle Rechtssubjekte in dieser rechtlichen Unsicherheit gleich sind.<sup>373</sup> Vielmehr muss rechtliches Prekär-Sein im Sinne einer intersektionalen Betroffenheit von rechtlichen Herrschaftspraktiken und somit mit als eine Vielzahl von »Spaltungen, Schichtungen und Grenzziehungen«<sup>374</sup> der Rechtssubjekte verstanden werden. Den Konzepten des autonomen Bürgers und des ohnmächtigen nackten Lebens treten dann jedoch die Konzepte der rechtlichen Prekarisierung und Komplizenschaft<sup>375</sup> gegenüber. Der Begriff der Prekarisierung steht demnach als Prozess der (Ent-)Subjektivierung neben dem Prekär-Sein. Er verdeutlicht, dass rechtliche Subjektivierung ein stetiger, kontingenter Prozess ist, bei dem Rechtssubjekte nicht nur ermächtigt oder unterworfen werden,<sup>376</sup> sondern immer ebenfalls ihre Abhängigkeit von sozialen Normen, kollektiven Praxen und Institutionen erfahren (müssen). Recht und Rechtssubjektivierung als prekären Prozess zu verstehen, bedeutet dabei nicht, die rechtliche Prekarisierung, die durch faktische oder normative Barrieren zum Recht entsteht (etwa indem Einzelne bereits auf normativer Ebene vom Begriff des Bürgers exkludiert werden, s.o.), zu verleugnen. Aber es verschiebt den Moment einer möglichen Befreiung aus Verhältnissen, die Ungleichheit produzieren, weg von der Offenlegung der biopolitischen Substanz oder des Anderen des Rechts hin zur Offenlegung des Prekär-Seins aller Rechtssubjekte.<sup>377</sup> Wie sollte aber eine

<sup>373</sup> Lorey sagt etwa in Bezug auf Prekarisierung als biopolitische Regierungs-technik: »Der Normalisierungsprozess der Prekarisierung bedeutet keineswegs Gleichheit in der Unsicherheit. Im Rahmen der neoliberalen Gouvernementalität besteht keine Notwendigkeit, Ungleichheiten abzuschaffen, noch nicht einmal die, eine Gleichheit in der Unsicherheit herzustellen«. *Lorey, Die Regierung der Prekären* (2012), S. 88.

<sup>374</sup> *Gündoğdu*, Rightlessness in an Age of Rights (2015), S. 107.

<sup>375</sup> Michael Rothberg spricht in diesem Zusammenhang in Bezug auf rassistische Herrschaft etwa vom »implicated subject«, *Rothberg, The Implicated Subject* (2019).

<sup>376</sup> So etwa aber Loick in *Loick, Kritische Justiz* 2021.

<sup>377</sup> Eine solche Offenlegung lässt sich etwa im Hinblick auf das Prekär-Sein und die Abhängigkeit aller Menschen von der Sorge-Arbeit bei der spanischen »Precarias a la deriva« finden, *Precarias a la deriva, Was ist dein Streik?* (2014). Eine solche Offenlegung kann dann andersherum das Narrativ des autonomen, unangreifbaren Bürgers entlarven und die vielen Mythen (der Autonomie) sichtbar machen, durch die spezifische Rechtssubjekte tatsächlich weniger angreifbar werden.

Ungleichheit im Prekär-Sein gedacht werden, die das Recht als soziale Norm denkt? Und was lässt sich unter Intersektionalität im Recht verstehen?

### *b. Autonomes Rechtssubjekt und materieller Gleichheitsbegriff*

Feministische Rechtswissenschaft hat insbesondere durch die Analyse des Verhältnisses von Freiheit und Gleichheit eine rechtssoziologische Perspektive auf das Recht entwickelt, bei der die faktische Wirkung rechtlicher Normen an die normative Rationalität des Rechts zurückgekoppelt wird. Agambens Sorge vor der absoluten Ohnmacht des *homo sacer* und dessen Freiheitsverlust korreliert, wie zuvor gezeigt, mit der Idee des Bürgers als autonomem Rechtssubjekt. Seiner Vorstellung, das Recht zu deaktivieren und durch die Befreiung vom Zwang des Souveräns Freiheit zu ermöglichen, kann insofern ein anarchistischer Impetus unterstellt werden,<sup>378</sup> als die Idee eines Rechts, mit dem je nach Belieben der Einzelnen gespielt werden kann, einen Fokus auf die *individuelle* Freiheit und *individuelle* Autonomie impliziert. Im Mittelpunkt steht hier ein (nicht eingehaltenes) normatives Freiheitsversprechen der Menschenrechte als Freiheit *vom* Souverän, das durch den souveränen Bann in faktische Ohnmacht und Handlungsunfähigkeit umschlägt. Freiheit wird als negative Freiheit *vom* Recht und *vom* staatlichen Souverän gedacht und unterliegt damit einem historisch liberalen Verständnis von Freiheit, dessen »grundlegende Historizität und gesellschaftliche Bedingtheit«<sup>379</sup> mitbedacht werden müssen. Mehr noch: eine so gedachte »Freiheit ist vielmehr, wie sie vornehmlich gefasst wird und wie sie derzeit zudem eine neoliberalen Zuspitzung erfährt, selbst Teil des Problems«.<sup>380</sup> Dieser Feststellung folgend hat die feministische Rechtswissenschaft für ein Freiheitsverständnis plädiert, das ohne Gleichheit nicht gedacht werden kann.

378 Loick, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 211.

379 Maihofer, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessene (2018), S. 36.

380 Maihofer, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessene (2018), S. 36. Dabei wird die Idealisierung des autonomen Subjekts nicht nur in Abgrenzung zu androzentrischen Narrativen, sondern auch innerhalb der feministischen Frauenbewegung selbst, etwa in Bezug auf den Begriff der Selbstbestimmung und das Recht auf Abtreibung, kritisiert. Insbesondere die sogenannte Krüppelbewegung hat auf die Fallstricke der Idealisierung eines Rechts auf eine absolute Selbstbestimmung im Kontext von Abtreibungen hingewiesen, die behindertenfeindliche Prämissen reproduzieren kann, indem etwa Embryonen mit potenziellen Behinderungen abgetrieben werden. Vgl. hierzu Achtelik, Selbstbestimmte Norm (2018).

Dieser Forderung liegt die Annahme zugrunde, dass Freiheit ohne Gleichheit oder im Gegensatz zu Gleichheit zu denken, ausblendet, dass Freiheit nicht gleichermaßen von allen Mitgliedern der Gesellschaft in Anspruch genommen werden kann. So zeigt sich historisch, »dass Recht auf dem Papier (»law in the books«) gerade in Fragen Geschlechterordnung kaum je von autorisierten Akteuren in Recht im Leben (»law in life«) umgesetzt worden ist«.<sup>381</sup> Recht und Gewalt dabei »im Kontext gesellschaftlicher Strukturen« zu verstehen, führte die feministische Rechtswissenschaft zu einem Gleichheitsverständnis, das die normative Struktur des Rechts sowie seine Wirkungen gleichermaßen in den Blick nimmt: »Hier wird bis heute insbesondere daran gearbeitet, ein formelles Gleichheitsverständnis als de facto diskriminierend zu entlarven und Gleichheit als Recht auf materielle Gleichberechtigung und den daraus abzuleitenden Diskriminierungsschutz zu konzeptionieren«.<sup>382</sup> Die Forderung nach einem materiellen Gleichheitsbegriff basierte somit auf der Einsicht, dass sich gesellschaftliche Ungleichheit zwischen Männern und Frauen »nicht länger durch Rechtsnormen, die zwischen Männern und Frauen differenzieren«<sup>383</sup> erklären lässt. In *formeller* Hinsicht sind Frauen und Männer rechtlich zwar gleichgestellt, *faktisch* lassen sich jedoch immer noch erhebliche Unterschiede, etwa im Bereich der Führungspositionen in Unternehmen, feststellen. Problematisiert wird demnach nicht, dass das normative Recht keine faktische Anwendung findet (Agamben), sondern, dass die Art, *wie* es Anwendung findet, der gesellschaftlichen Einbettung der Rechtssubjekte nicht gerecht wird. Die vergeschlechtlichte Rollenaufteilung, nach der Frauen sich um den Haushalt und familiäre Angelegenheiten kümmern, führt praktisch dazu, dass Frauen im Erwerbsleben stärkere Hürden bewältigen müssen als Männer. Auch wenn diese Hürden nicht mehr explizit auf normativer Ebene bestehen, das heißt, vielleicht formell-rechtlich nicht mehr zwischen Männern und Frauen differenziert wird, reproduziert die formelle Gleichheit Diskriminierung, indem sie die gesellschaftliche Wirklichkeit von Frauen nicht berücksichtigt. Die Ungleichheit wird so *mittelbar* verstärkt:

<sup>381</sup> Baer, in: Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung: Theorie, Methoden, Empirie (2010), S. 556.

<sup>382</sup> Baer/Sacksofsky, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermesse(n) (2018), S. 14.

<sup>383</sup> Sacksofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (1996), S. 187. Siehe hierzu auch Baer, Würde oder Gleichheit? (1995); Gerhard, Für eine andere Gerechtigkeit (2018), S. 29ff; Gerhard, Gleichheit ohne Angleichung: Frauen im Recht (1990); Böttger, Das Recht auf Gleichheit und Differenz: Elisabeth Selbert und der Kampf der Frauen um Art. 3, II Grundgesetz (1990). Wegweisend im englischsprachigen Raum: MacKinnon, Only Words (1993); Nedelsky, Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law (2011).

Ganz überwiegend sind es Frauen, für die die ›Verbindung von Beruf und Familie‹ Karriereeinbußen zur Folge hat. Doch beschränkt sich die Konsequenz eingeschränkter Karrieremöglichkeiten für Frauen nicht auf den Bereich des Faktischen. Zahlreiche Rechtsnormen setzen den unbeschränkt Erwerbstätigen voraus und errichten somit mittelbare und unmittelbare Hemmnisse für eine Berufstätigkeit von Frauen.<sup>384</sup>

In Anschluss an einen materiellen Gleichheitsbegriff hat sich demnach bereits eine Rechtsdogmatik und Rechtsprechung entwickelt, die das *Sein* des Rechts in das *Sollen* mit einbezieht. Unter Bezugnahme auf die Rechtsprechung des EuGH<sup>385</sup> schließt das Bundesverfassungsgericht etwa in das Recht auf Gleichstellung, Art 3 Abs. 2 GG, die *mittelbare* Diskriminierung mit ein.<sup>386</sup>

### *c. Intersektionalität und Interdependenz: Die Verwobenheit des Rechts in strukturelle Kategorien*

Das Geschlechterverhältnis als gesellschaftliches Strukturmerkmal beeinflusst demnach einerseits rechtliche Rationalitäten, zugleich wird es vom Recht selbst reproduziert und gestaltet kontingente Subjektivierungsprozesse in der Rechtswirklichkeit mit. Dass Geschlecht dabei nur eines von einer Vielzahl gesellschaftlicher Strukturmerkmale ist, die miteinander verwoben sind, wurde insbesondere durch Schwarze Feministinnen und ihre Kritik an der zweiten Welle der Frauenbewegung und deren starkem Fokus auf die Lebensrealität von *weißen*, mittelständischen Frauen deutlich. Verschiedene feministische Gruppen machten dabei auf die Ausschlüsse dieser

384 Sackofsky, Das Grundrecht auf Gleichberechtigung (1996), S. 189. Dass die Forderung nach materieller Gleichheit nach wie vor aktuell ist, zeigt bspw. Maihofer, in: Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermesssen (2018), S. 34ff.

385 EuGH, Urt. v. 13.05.1986 – 170/84 (Bilka/Weber von Hartz). Zur Entwicklung der Rechtsdogmatik zur mittelbaren Diskriminierung durch den EuGH siehe Liebscher, in: Feministische Rechtswissenschaft (2011), S. 116 ff.

386 Das Bundesverfassungsgericht hat die mittelbare Diskriminierung von Frauen im Anschluss an den EuGH in einem Urteil von 1997 zur Teilzeitbeschäftigung das erste Mal wie folgt definiert: »Eine Anknüpfung an das Geschlecht kann nach der Rechtsprechung auch vorliegen, wenn eine geschlechtsneutral formulierte Regelung überwiegend Frauen trifft und dies auf natürliche oder gesellschaftliche Unterschiede zwischen den Geschlechtern zurückzuführen ist«, BVerfG, Beschl. v. 27.11.1997 – I BvL 12/91 – Rn. 34 (juris). Zur mittelbaren Diskriminierung in der Grundrechtsdogmatik siehe auch Baer/Markard, in: v. Mangoldt/Klein/Starck, Grundgesetz Kommentar, 7. Aufl. (2018), Art. 3 Abs. 2 und 3; Röhner, Ungleichheit und Verfassung (2019); Wrase/Klose, in: Feministische Rechtswissenschaft (2011).

vermeintlich universalen feministischen Identität aufmerksam, prominent etwa Schwarze Feministinnen in den USA,<sup>387</sup> aber auch Feministinnen und Feministen der sogenannten Krüppelbewegung.<sup>388</sup> Dem universellen *weißen* Mittelklasse-Subjekt der Frauenbewegung wurde so zunächst eine Diversität von vergeschlechtlichten Identitäten entgegengestellt.<sup>389</sup> Die Sichtbarmachung dieser Differenzen<sup>390</sup> weist dabei auf die Kontingenz und Komplexität rechtlicher Subjektivierungsprozesse hin und schärft auch das Verständnis vom Recht der Rechtswirklichkeit: Wie Recht Subjekte konstruiert, wie Rechtswirklichkeit erlebt wird und welches faktische Erfahrungswissen Individuen mit dem Recht machen, hängt zunächst von diversen sozialen Kategorien wie etwa Klasse, Geschlecht oder race ab.

Die Juristin Kimberley Crenshaw prägte dabei im Kontext rechtlicher Verfahren den Begriff der Intersektionalität, der die Komplexität verschiedener Subjektivierungsprozesse im Recht greifbar macht.<sup>391</sup> Ausgangspunkt der Entwicklung des Konzepts waren dabei rechtliche Schutzlücken, die im amerikanischen Antidiskriminierungsrecht der 80er Jahre auftraten, weil dieses nur vor Diskriminierungen schützte, die »entlang einer einzelnen kategorialen Achse«<sup>392</sup> stattfanden. Für die

<sup>387</sup> books, in: The Black Feminist Reader (2000); *Combahee River Collective*, in: The Black Feminist Reader (2000); Collins, in: The Black Feminist Reader (2000).

<sup>388</sup> Walgenbach, in: Gender als interdependente Kategorie (2012), S. 30ff. Siehe hierzu auch Winker, Intersektionalität (2015); Markard, Kritische Justiz 2009; Baer et al., Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse (2010).

<sup>389</sup> Schwarze Feministinnen entwickelten entsprechend eine Politik der eigenen Identität: »This focusing upon our own oppression is embodied in the concept of identity politics. We believe that the most profound and potentially the most radical politics come directly out of our own identity, as opposed to working to end somebody else's oppression. In the case of Black women this is a particularly repugnant, dangerous, threatening, and therefore revolutionary concept because it is obvious from looking at all the political movements that have preceded us that anyone is more worthy of liberation than ourselves«. *Combahee River Collective*, in: The Black Feminist Reader (2000), S. 264.

<sup>390</sup> Unter dem Stichwort »doing difference« haben Feministinnen dabei auf die vielen alltäglichen Praxen aufmerksam gemacht, mit denen Individuen diese Differenzen produzieren, West/Fenstermaker, Gender and Society 1995. Die Politisierung dieser Differenzen als »Politik der Differenz« findet sich aber auch über feministische Kontexte hinaus, vgl. etwa Hall, in: Widerspenstige Kulturen (1999), S. 400.

<sup>391</sup> Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989.

<sup>392</sup> Crenshaw, University of Chicago Legal Forum 1989, S. 140. Crenshaw analysiert dabei drei Anti-Diskriminierungs Fälle aus den USA, in denen schwarze Frauen gegen eine Arbeits-Diskriminierung klagten. Während das Gericht im ersten Fall DeGraffenreid v. General Motors eine Diskriminierung

Diskriminierungserfahrungen von Schwarzen Frauen wählt Crenshaw deshalb das Bild einer Kreuzung (intersection):

Denken Sie an eine Analogie zum Verkehr an einer Kreuzung, der aus allen vier Richtungen kommt und geht. Diskriminierung kann, wie der Verkehr durch eine Kreuzung, sowohl in die eine als auch in die andere Richtung fließen. Wenn sich ein Unfall an einer Kreuzung ereignet, kann er von Autos verursacht werden, die aus einer beliebigen Anzahl von Richtungen und manchmal aus allen Richtungen zugleich kommen.<sup>393</sup>

Individuen sind demnach entlang unterschiedlicher Herrschaftsachsen situiert, was wiederum Einfluss auf ihre (rechtliche) Subjektivierung und damit Erfahrung mit der Rechtswirklichkeit hat.<sup>394</sup> Das Konzept der Intersektionalität macht die Beziehung verschiedener Macht-Strukturen untereinander sichtbar und konnte so in der feministischen Theorie einen breiten Anschluss finden.<sup>395</sup> Intersektionalität kann im Anschluss an Foucault »das Wirken der Disziplinarmacht sichtbar [machen] und theoretisiert die Art und Weise, wie Rechtskonstruktionen kontinuierlich Kategorien von Körpern außerhalb der Grenzen des Rechtsschutzes hervorbringen«.<sup>396</sup> In diesem Zusammenhang macht Intersektionalität über die Frage des Wirkens der eindimensionalen Kategorien des amerikanischen

verneinte, weil es weder eine signifikante Diskriminierung gegen Frauen noch gegen Schwarze feststellen konnte, wurde den Klägerinnen in den zwei Fällen *Moore v. Hughes Helicopter, Inc.* und *Payne v. Travenol* eine Diskriminierung abgesprochen, weil ihre Diskriminierung als schwarze Frauen weder stellvertretend für die Gruppe aller Frauen noch stellvertretend für die Gruppe aller Schwarzen gelten könnte.

<sup>393</sup> [Consider an analogy to traffic in an intersection, coming and going in all four directions. Discrimination, like traffic through an intersection, may flow in one direction, and it may flow in another. If an accident happens in an intersection, it can be caused by cars traveling from any number of directions and, sometimes, from all of them. Similarly, if a Black woman is harmed because she is in the intersection, her injury could result from sex discrimination or race discrimination. Übersetzung A.E.], *Crenshaw*, University of Chicago Legal Forum 1989, S. 149.

<sup>394</sup> Kritische Rechtswissenschaften bzw. Critical Legal Studies sind dann insofern notwendigerweise genuin rechtsoziologische Wissenschaften, weil sie faktisches marginalisiertes Erfahrungswissen spezifischer Subjektivierungsprozesse im Recht in Abgrenzung zu den zur universellen Norm erhobenen, tatsächlich jedoch partiellen Erfahrungen etwa von Männern oder *weißen* Menschen sichtbar machen. Vgl. für den US-amerikanischen Kontext und das diskutierte Einbringen von soziologischer Forschung durch die Bürgerrechtsbewegung in das Recht, *Moran*, Law & Society Review 2010.

<sup>395</sup> Siehe hierzu die Überblicke bei *Cooper*, in: *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (2016); *Walgenbach*, in: *Gender als interdependente Kategorie* (2012).

<sup>396</sup> *Cooper*, in: *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (2016), S. 397.

Antidiskriminierungsrechts hinaus die rechtlichen Prekarisierungen sichtbar, die nicht durch die explizite Ausnahme vom Recht entstehen, sondern in den vielschichtigen Subjektivierungsprozessen und Wirkungen des Rechts begründet liegen.<sup>397</sup> Dabei trägt schon der Ursprung des Konzepts einen Fokus auf die Kämpfe um rechtlich anerkannte Identitäten und damit die Handlungsmacht der Marginalisierten in sich, statt diese auf die Rolle von dem Souverän ausgelieferten Opfern zu reduzieren.<sup>398</sup>

Kann der Begriff der Intersektionalität grundsätzlich das Zusammenspiel verschiedener Herrschaftsachsen darstellen, haben verschiedene feministische Analysen die konzeptionellen Lücken des Konzepts in Bezug auf die ganz grundlegende Verwobenheit sozialer Kategorien in den Vordergrund gestellt und damit die Verwobenheit rechtlicher Konstruktionsprozesse weiter geschärft. Ausgang dieser Neujustierung des Begriffs ist dabei die Frage, inwiefern die Idee einer Addition von Diskriminierungen die Idee von klar abgrenzbaren sozialen Kategorien reproduziert. Crenshaw selbst hat zwar den transformativen Charakter ihres Konzepts betont, als dessen Ergebnis sie nicht das Auffinden einer neuen totalen Identität sieht, sondern »eine Sichtweise [...], die letztlich die Verwobenheit der Widerstandsformen in die Machtverhältnisse einbezieht und den kontinuierlichen Transformationen Rechnung trägt«.<sup>399</sup> Dennoch impliziert das Bild sich kreuzender Herrschaftsachsen die Möglichkeit zunächst getrennter Kategorien, die sich dann erst an einer Kreuzung treffen. Dass Kategorien wie Geschlecht, race oder Klasse als gesellschaftliche Strukturmerkmale immer schon in Abhängigkeit voneinander bestehen und keine eigentliche »Essenz« bzw. keinen »Kern« aufweisen, wird mit dem Bild der Kreuzung nicht deutlich. Der Begriff der Interdependenz soll hingegen die schon immer bestehenden Abhängigkeiten von sozialen Kategorien untereinander sichtbar machen und essentialistischen Vorstellungen von sozialen Kategorien vorbeugen:

<sup>397</sup> Inwiefern das Konzept der Intersektionalität im Rahmen einer Methodologie, die auch andere Marginalisierungen in den Blick nimmt, vom Standpunkt der schwarzen Frauen also losgelöst werden kann, ist durchaus umstritten: Cooper, in: *The Oxford Handbook of Feminist Theory* (2016), S. 397ff.

<sup>398</sup> Diesen Aspekt will insbesondere Lorey verstanden wissen: »Intersektionalität ist historisch ein Konzept des politischen Kampfes. Doch davon ist durch den Import und die allmähliche Implementierung in ein mehrheitlich weißes, hegemonial werdendes Forschungsdesign nicht mehr viel übrig. Das vorrangige Interesse liegt gegenwärtig in der Kategorisierung gesellschaftlicher Positionierungen von Subjekten«. Lorey, in: *Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven* (2012), S. 35ff. So auch Maly, in: *Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven* (2012).

<sup>399</sup> Maly, in: *Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven* (2012), S. 44.

Zusammengefasst lässt sich die bereits angeführte Kritik an dem Intersectionality-Ansatz (Crenshaw) auf die Vorstellungen von Achsen, Überkreuzungen oder Schnittpunkte übertragen: erneut werden Dominanzverhältnisse vor bzw. nach ihrer Kreuzung getrennt voneinander gedacht. Als weiterer Kritikpunkt am Modell der Überkreuzung kann angeführt werden, dass es mitunter unklar bleibt, was sich überschneidet: Kategorien, Achsen, Relationen, Prozesse oder Identitäten (Knapp 2007, 9). Aufgrund der bisher genannten Kritikpunkte erscheint mir der Begriff Interdependenzen produktiver. Wie in der Einleitung dieses Bandes angeführt, fokussiert dieser die gegenseitige Abhängigkeit von sozialen Kategorien und stellt damit die komplexen Beziehungen von Dominanzverhältnissen in den Vordergrund.<sup>400</sup>

Damit wird nicht nur ein schärferes Verständnis der Komplexität von (rechtlicher) Herrschaft und (Recht als) sozialen Praxen etabliert, sondern auch deutlich, dass die Idee reiner, sich kreuzender Kategorien Ausschlüsse und Diskriminierung im Recht reproduzieren kann. Besser gesagt hat die feministische Rechtswissenschaft das Dilemma der Differenz<sup>401</sup> herausgearbeitet, das darin besteht, dass das Recht, indem es eine Diversität von Identitäten benennt, diese fixiert, vereinheitlicht und damit Ausschlüsse von sozialen Positionierungen jenseits fixierter Kategorien schafft. Konzepte des postkategorialen Antidiskriminierungsrechts versuchen demnach Antworten auf die Frage zu geben, wie etwa ein »Antidiskriminierungsrecht formuliert werden [kann], das die rechtliche Beurteilung auf Prozesse der Benachteiligung im Kontext von Macht und Herrschaftsverhältnissen lenkt«.<sup>402</sup> Vorschläge der feministischen Rechtswissenschaft sehen dabei eine Verrechtlichung von Prozessen oder Verhältnissen (etwa Heterosexismus) statt Merkmalen (Geschlecht) vor.<sup>403</sup>

Der Blick auf die Debatten der feministischen Rechtswissenschaft zeigt, wie komplex sich rechtliche Subjektivierungsprozesse durch normative und faktische Ausschlüsse gestalten. Es geht demnach nicht darum, ein »Innen« oder »Außen« rechtlicher Subjektivität sichtbar zu machen, sondern vielmehr die verwobenen Subjektivierungsprozesse herauszuarbeiten, durch die Individuen sich in einem Netz von interdependenten rechtlichen Rationalitäten und gesellschaftlichen Strukturmerkmalen verorten, von denen sie beherrscht werden und die sie zugleich selbst reproduzieren. Auch hier wird demnach die relationale Autonomie

<sup>400</sup> Walgenbach, in: Gender als interdependente Kategorie (2012), S. 60f.

<sup>401</sup> Hierzu wegweisend für den deutschen Kontext: Baer, Kriminologisches Journal 1996.

<sup>402</sup> Liebscher et al., Kritische Justiz 2012, S. 212.

<sup>403</sup> Baer, Kriminologisches Journal 1996; Baer et al., Mehrdimensionale Diskriminierung – Begriffe, Theorien und juristische Analyse (2010); Liebscher et al., Kritische Justiz 2012.

des Rechts sichtbar: das Recht muss kulturelle Identitäten verarbeiten und fixieren und produziert gleichzeitig im Prozess der Festschreibung dieser Identitäten neue Ausschlüsse. Festzuhalten bleibt dabei jedoch auch, dass gerade die Analyse des Rechts als konstruierende Norm darauf verweist, dass diese Prozesse niemals abgeschlossen sein können; dem Recht ist es niemals möglich, das Andere vollständig zu integrieren, ist es doch gerade seine Konstruktionsleistung, das Andere herzustellen. Mehr noch: gerade die Hybridisierung von kulturellen Identitäten stellt eine Quelle der Transformation dar. Das relational autonome Recht kann der Neuschöpfung und Entstehung neuer kultureller Identitäten deshalb nie entrinnen und die vielschichtigen kulturellen Subjektivierungsprozesse niemals vollends mit dem Recht identifizieren.<sup>404</sup> Andererseits hat der Blick auf die Bewegung der *sans-papier* sowie die Autonomie der Migration (s.o.) gezeigt, dass es gerade auch die Prozesse des sich Entziehens sozialer Vergesellschaftung, wie dem Recht, sind, mit denen etwa Migrantinnen und Migranten neue Formen des Lebens und der (Rechts-)Politik konstituieren.<sup>405</sup>

<sup>404</sup> Stuart Hall hat dies für Schwarze Identitäten wie folgt festgehalten: »Aus diesem hier von mir verfolgten diskursiven Ansatz folgt, dass Spezifität und Transformation – die Transkodierung, Rekonstruktion und Neuformulierung signifizierender Elemente – genau jene historische und politische ›Arbeit‹ sind, die die Kultur leistet. Da dieser diskursiven Auffassung von Rassepolitik zufolge Bedeutung alles ist, können wir sagen, dass wir dem porösen, durchlässigen Charakter kultureller Formationen nicht entrinnen können, trotz der Tatsache, dass ihre Bewegungen nicht willkürlich oder unendlich variabel sind; und dies resultiert in der Heteroglossie der Kultur, der multiplen Quellen aus denen sie schöpft, und der Neukombinationen, die sie stets hervorbringt. Es gibt keinen Ausweg aus der von Michail Bachtin sogenannten ›Multiakzentualität‹ rassischer Bedeutung, keine Möglichkeit, die Kultur vor dem Hin- und Hergleiten innerhalb der unbestimmten Bedeutungssemiose zu bewahren; daher gibt es auch *keine Möglichkeit zur Eingrenzung und Fixierung der Vielfalt von Subjekten, zu denen schwarze Menschen werden können*«. Hall, Das verhängnisvolle Dreieck (2018), S. 98.

<sup>405</sup> Den ›Überschuss‹ in sozialen Praxen macht Bojadžijev als eben jenes Merkmal der Autonomie der Migration fest: »Autonomie entsteht in sozialen Auseinandersetzungen, in denen neue Formen von Kooperation und Kommunikation, neue Formen des Lebens konstituiert werden. [...] Im Prozess der Migration entziehen sich Migrantinnen und Migranten bestehenden Formen der Vergesellschaftung. Allerdings liegt eine Dialektik in jedem Aspekt der Autonomie der Migration. [...] Migration ist weder frei von bestehenden Formen der Vergesellschaftung, noch lässt sie sich vollkommen kanalisiert denken – sie beruht auf einem Kalkül«, Bojadžijev, Die windige

## IV. Die Möglichkeit zur Veränderung des Rechts: Kein enttäuschter Traum der Moderne.

### I. Absolute Handlungsunfähigkeit und albtraumhafte Allmacht als Symptome einer »spätmodernen« Krise der Kritik

Die grundlegende Schwäche der Kategorie der Ausnahme lässt sich nach diesen theoretischen Auseinandersetzungen wie folgt diagnostizieren: In dem Agamben Souveränität und Recht von der empiristischen Negativität der Ausnahme her denkt, kann er modernes Recht nicht als transformierbar bzw. contingent denken. Er entwirft stattdessen einen Albtraum des Rechts, bei dem der allmächtige Souverän dem ohnmächtigen Subjekt gegenübersteht. Mit dieser Analyse ist Agamben nicht allein: Vielmehr kann auf sie, so die hier vertretene These, aus gesellschaftstheoretischer Perspektive als exemplarische Theorie einer spätmodernen »Krise der Kritik« reflektiert werden. Dabei wird die Spätmoderne in der Soziologie als der Epochenschnitt der Moderne<sup>406</sup> charakterisiert, in dem das Singuläre in den Vordergrund tritt, während das Allgemeine Hintergrundfunktionen annimmt:

Das Verhältnis zwischen der sozialen Logik des Allgemeinen und der des Besonderen erfährt in der Spätmoderne eine grundlegende Transformation. An die Stelle der Auseinandersetzung zwischen rationalistischem Mainstream und Gegenkultur tritt nun mehr und mehr das Muster einer Komplementarität: Die soziale Logik des Allgemeinen und der Rationalisierung übernimmt die Rolle einer Hintergrundstruktur oder

Internationale (2008), S. 147. Für Lorey stellt dabei die Perspektive des »Sich-Entziehens« eine Möglichkeit dar, nicht in »identitäre Haltungen zurückzufallen«, Lorey, in: Gewalt und Handlungsmacht: Queer\_Feministische Perspektiven (2012), S. 40.

<sup>406</sup> Vor dem Hintergrund des ganz grundlegend schwer einzugrenzenden Begriffs der Moderne (siehe hierzu Kapitel B, Fn. 8) unterscheiden soziologische Theorien innerhalb der Moderne verschiedene Epochen, mittels derer sich ein Strukturwandel nachvollziehen lässt. Unterschieden wird dabei neben der Frühmoderne die Bürgerliche Moderne zu Beginn der Industrialisierung, die Industrielle Moderne Anfang des 20. Jahrhunderts und die Spätmoderne, die sich seit dem Ende des 20. Jahrhunderts entwickelt hat und mit tiefgreifenden Veränderungen etwa im Bereich der Wirtschaft oder der Kultur einhergeht, siehe hierzu Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017); Reckwitz/Rosa, Spätmoderne in der Krise (2021); Schauer, Mensch ohne Welt (2023). Dabei wird der Begriff der Spätmoderne vorliegend nicht verwendet, um ein »Ende der Moderne« zu markieren, sondern um einen grundsätzlichen Strukturwandel zu kennzeichnen.

Infrastruktur für eine Gesellschaft der Singularitäten, die durch Aufmerksamkeits- und Valorisierungsdynamiken geprägt ist, in denen die soziale Logik der Singularitäten eine im historischen Vergleich bisher unerreichte strukturbildende Kraft erlangt. In der Spätmoderne wirken Singularisierungsprozesse somit erstmals über soziale und kulturelle Nischen hinaus: Die Gegenkultur wird zum Mainstream.<sup>407</sup>

Der moderne Traum vom Allgemeinen, der Autonomie des Rechts, gerät vor dem Hintergrund der spätmodernen Fokussierung aufs Besondere in die Krise;<sup>408</sup> der Zugang zu allgemeinen abstrakten Formen wie dem Recht wird dann als abgeschnitten wahrgenommen: Wo eine größtmögliche Freiheit von allgemeinen Formen im Sinne der bestmöglichen Verwirklichung des Besonderen erstrebt wird,<sup>409</sup> wird Recht als allgemeine Form par excellence als lediglich repressiv erlebt. Gesucht wird deshalb

<sup>407</sup> Und weiter: »Charakteristisch ist hierfür zum einen der postindustrielle Kapitalismus, dessen Singularitätsmärkte für kognitive und kulturelle Güter im Vordergrund die standardisierte Produktion und die Normalisierungsarbeit im Hintergrund voraussetzen. Charakteristisch hierfür sind zum anderen die digitalen Technologien, deren Rechenleistungen und Algorithmen, deren digitale Vereinheitlichung vormals voneinander getrennter Medien und deren universaler Kommunikationsraum ein umfassendes *doing generality* bewirken, das die infrastrukturelle Voraussetzung für die Spiele von Identität und Differenz auf den Aufmerksamkeits- und Valorisierungsmärkten liefert«. *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 113ff. Schauer macht diesen spätmodernen Strukturwandel etwa anhand der Veränderung des Zeitverständnisses, der Öffentlichkeit und der Städte deutlich, *Schauer, Mensch ohne Welt* (2023).

<sup>408</sup> Wenn vorliegend von Krise gesprochen wird, ist nicht die These des Verfalls des Rechtsstaats, wie sie etwa bei einigen Vertretern der Frankfurter Schule zu finden ist (siehe Kapitel B, Fn. 82, 83) gemeint. Zur Krise der Spätmoderne hat Reckwitz ausgeführt: »Dass sich eine Form der Moderne in der Krise befindet, in der sie aufgrund erkennbarer Mängel und Defizite grundsätzlicher Kritik ausgesetzt ist, ist also nicht nur alles andere als neu – es gehört, wie wir oben gesehen haben, gewissermaßen zur Grundstruktur als Moderne. Die Moderne ist prinzipiell eine Gesellschaft in der Dauerrevision und daher auch in der *Dauerkrise* [...]. Spezifisch sind allerdings die jeweiligen Widersprüche und empfundenen Mängel der einzelnen Phasen, die sich zu bestimmten Zeitpunkten zu Transformationsschwellen strukturellen Wandelns verdichten. Hinsichtlich der Spätmoderne kann man insbesondere drei Krisenmomente unterscheiden: eine soziale Krise der Anerkennung, eine kulturelle Krise der Selbstverwirklichung und eine Krise des Politischen. Sie lassen sich vor dem Hintergrund der Strukturmerkmale einer Gesellschaft der Singularitäten allesamt als Aspekte einer *Krise des Allgemeinen* interpretieren«. *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 119; *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017), S. 431ff.

<sup>409</sup> *Reckwitz*, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017), S. 435.

dann nach dem Außerhalb der Rationalisierung: Dem authentischen Anderen.<sup>410</sup> Es ist dieser gesellschaftliche Strukturwandel, so die hier vertretene These, der spezifische Kritiken des den modernen Rationalisierungen widerstehenden Anderen des Rechts antreibt.<sup>411</sup> Wo der Mensch in der Spätmoderne sich als Mensch ohne Welt erlebt, affizieren Theorien des Anderen des Rechts ebenjene Ohnmacht und Entfremdungstendenzen:

Gezeigt werden soll, dass sich der Mensch heute mit einem fundamentalen Wandel seiner Weltbezüge konfrontiert sieht, der sich als Verlust von Welt verstehen lässt. Es handelt sich dabei um eine Entwicklung mit zwei Seiten: Einerseits entfremdet sich der Mensch von der Welt, die nicht mehr als Ort kollektiver Selbstverständigung und politischer Gesellschaftsgestaltung angeeignet wird. Andererseits entfremdet er sich von sich selbst, weil er nicht versteht, wie sein eigenes Leben mit der Gesellschaft, die ihn umgibt, im Zusammenhang steht. *Mensch ohne Welt* soll heißen: In der Gegenwart geht das Verständnis dafür verloren, wie das Leben des Einzelnen mit dem Leben der Anderen durch ein Beziehungsgeflecht verbunden ist, das durch gemeinsames Handeln gestaltet werden kann.<sup>412</sup>

<sup>410</sup> Reckwitz nennt diese Suche »Authentizitätsperformanz«: »Ist einer sozialen Entität – sei es ein Mensch, eine Gruppe, ein Ort oder ein Ding – eine *besondere*, eigentümliche Struktur zu eignen, dann ist sie in den Augen des Betrachters authentisch, folgt sie dagegen nur den *allgemeinen* Regeln des Immergleichen, dann ist sie es nicht. Authentizität ist ein Affekt- und Erlebnisbegriff: Etwas wird unmittelbar als authentisch erlebt und empfunden – es affiziert und erscheint als *echt*. Der Eindruck von Authentizität hat oft einen spontanen Charakter, aber dahinter verbirgt sich die Eigenkomplexität, Dichte und Andersheit der Entität. [...] Aus soziologischer Sicht basiert Authentizität dabei auf einer Paradoxie, denn im Raum des Sozialen ist ja alles *gemacht* und im strengen Sinne *fake* – nichts ist natürlich«. Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017), S. 137ff.

<sup>411</sup> Der Traum vom Allgemeinem wird so etwa bei Menke rückwirkend zum Traum des Singulären: »Denninger hat daher ganz recht, wenn er schreibt, dass es in Kritik der Rechte um ›den Traum von Herrschaftslosigkeit, von An-Archie‹ geht (326). Aber Denninger sieht nicht, dass dies nicht mein Traum ist, sondern derjenige, den die Rechte selbst träumen – der Traum, ohne den es sie gar nicht gäbe; die Rechte gründen in dem anarchischen Impuls, nicht regiert zu werden. Dass jede Figur der Rechte diesen Impuls nur in paradoyer Weise realisieren kann, ist offensichtlich. In der Figur eines anderen Rechts – eines Rechts der ›Gegenrechte‹, mit dessen Skizze Kritik der Rechte schließt – geht es um die Rettung dieses anarchischen Anspruchs am Grund der Rechte. Rechte als ›Gegenrechte‹ sichern und schützen das Dissentierende, Idiosynkratische und Singuläre«. Menke, Kritische Justiz 2018, S. 478.

<sup>412</sup> Schauer, Mensch ohne Welt (2023), S. 14f. So auch Hartmut Rosa, wenn er von »Resonanzkrisen der Spätmoderne« und damit einer gestörten Weltbeziehung spricht, Rosa, Resonanz (2016).

Das von Schauer angesprochene Beziehungsgeflecht ist, wie gezeigt, auch das Recht als soziale Norm.<sup>413</sup> Insofern als der Mensch in der Spätmoderne den Bezug zum Recht als Teil seines Weltbezugs verliert, lässt er sich deshalb als »Mensch ohne Recht« bezeichnen. Dieser Zustand ist dann aber kein natürliches Resultat eines repressiven Rechts, durch das die Menschen sich lediglich fremdbestimmt fühlen können, sondern vielmehr Ausdruck eines grundlegenden gesellschaftlichen Strukturwandels, der es erschwert, das Recht als geteilte soziale Praxis zu begreifen, in die Menschen aufgrund ihrer aller Prekär-Seins eingebettet sind. In einer ähnlichen Bewegung muss dann ebenfalls die Rechtskritik in die Krise<sup>414</sup> geraten, sofern sie dieses diffuse Unwohlsein mit dem Allgemeinen naturalisiert und versucht, das Spannungsverhältnis zwischen Allgemeinem und Besonderem, Normativität und Faktizität im Primat des Besonderen bzw. der Faktizität des Anderen aufzulösen und als Konsequenz für eine grenzenlose Dekonstruktion des Allgemeinen bzw. allgemeiner Formen plädiert.<sup>415</sup> Wo die Rechtswissenschaft sich – wie gezeigt – schon

<sup>413</sup> Zum Recht als »Welt« schrieb Robert Cover: »We inhabit a nomos – a normative universe. We constantly create and maintain a world of right and wrong, of lawful and unlawful, of valid and void. The student of law may come to identify the normative world with the professional paraphernalia of social control. The rules and principles of justice, the formal institutions of the law, and the conventions of a social order are, indeed, important to that world; they are, however, but a small part of the normative universe that ought to claim our attention. No set of legal institutions or prescriptions exists apart from the narratives that locate it and give it meaning. For every constitution there is an epic, for each decalogue a scripture. Once understood in the context of the narratives that give it meaning, law becomes not merely a system of rules to be observed, but a world in which we live«. Cover, Harvard Law Review, S. 4f. Vgl. zum Recht als Prozess des räumlichen »world-making« auch Delaney, The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making (2010). Diese Welt erkennen Theorien der Spätmoderne jedoch, wenn sie eine Krise nur für das »politisch gemeinsam Geteilte« attestieren, Reckwitz, Die Gesellschaft der Singularitäten (2017), S. 437 und dem Recht dabei nur eine verschwommene Hintergrundfunktion zusprechen.

<sup>414</sup> »Und doch ist vom Schwinden des Möglichkeitssinns [...] nicht nur das politische Handeln, sondern auch das kritische Denken betroffen, das jenes begleiten und kommentieren, hinterfragen und umlenken will. Der spätmoderne Weltverlust bedeutet auch eine Krise der Kritik«, Schauer, Mensch ohne Welt (2023), S. 636. Siehe auch Reckwitz/Rosa, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 144ff.

<sup>415</sup> Bruno Latour hat in diesem Zusammenhang eine prominente Kritik einer grenzenlosen dekonstruktivistischen Kritik verfasst, Latour, Elend der Kritik (2007). In ähnlicher Weise findet sich eine solche Selbtkritik in den Geisteswissenschaften bei Felski, The Limits of Critique (2015). Dabei kritisiert

längst mit den eigenen Widersprüchlichkeiten und Dilemmata von Konstruktion und Dekonstruktion des Rechts auseinandergesetzt hat, erlangen in neuester Zeit vermehrt Rechtskritiken Prominenz, die eben jenes Unbehagen gegen moderne Rationalisierung auf das Recht übertragen und dieses aktuell als ein grundsätzlich gescheitertes Projekt charakterisieren.<sup>416</sup> In der Ablehnung eines vermeintlich rein formell-rationalen und *toten* Rechts verliert eine solche Rechtskritik den Kontakt zu ihrem eigenen *lebenden* Gegenstand und verirrt sich in Bildern eines aktuell ganz und gar falschen und utopischen ganz und gar anderen Rechts. Verkannt wird hier, dass auch schon das aktuelle Recht als soziale Form der Vergesellschaftung auch Ausdruck menschlichen Prekar-Seins ist, und Subjektivierung überhaupt erst durch Rationalisierung möglich wird. Dass das Primat eines formell-rationalen Rechts dabei durchaus Ungleichheit schafft, wo es (faktische, kulturelle) Differenzen ignoriert, ist eine

Latour auch die weitverbreitete Bezugnahme auf Heideggers Kritik eines *toten* Rechtsformalismus, die dessen scharfe Unterscheidung zwischen »Dingen« und »Gegenständen« übernimmt: »Im Gegenteil zielt sein [Heideggers] ganzes Schreiben darauf ab, eine möglichst scharfe Unterscheidung zwischen Objekten, *Gegenständen*, auf der einen Seite und dem berühmten *Ding* auf der anderen zu treffen. Der von Hand gemachte Krug kann ein Ding sein, während die industriell hergestellte Coladose ein Gegenstand bleibt. Während letztere der leeren Herrschaft von Wissenschaft und Technologie überlassen wird, kann der erstere, gehegt im respektablen Idiom von Kunst, Handwerk und Poesie, seinen reichen Vorrat an Verbindungen entfalten und sammeln. Diese Gabelung wird oftmals deutlich markiert, in entscheidender Weise jedoch in dem Buch über Kant: ›Solche Fragen sind bis zur Stunde offen. Sie werden in ihrer Fragwürdigkeit durch die Ergebnisse und Fortschritte der wissenschaftlichen Arbeit überdeckt. Eine dieser brennenden Fragen betrifft das Recht und die Grenzen des mathematischen Formalismus gegenüber der Forderung eines unmittelbaren Rückgangs auf die anschaulich gegebene Natur.‹ Was mit denen geschah, die wie Heidegger versucht haben, sich auf die Unmittelbarkeit, die Anschauung, die Natur zu stützen, braucht nicht wiederholt werden – jeder weiß es«. Latour, Elend der Kritik (2007), S. 24f. Es ist diese Affirmation des Unmittelbaren, die sich Agamben mit seiner Theorie des nackten, außerhalb des Recht stehenden Lebens, und mit ihm seine Rezipienten vorwerfen lassen müssen (zu Agambens Heidegger-Bezug siehe Kapitel A, Fn. 74).

<sup>416</sup> Die Forderung nach einer Bekämpfung des Allgemeinen findet sich so in Agambens Idee eines Rechts, mit dem gespielt werden kann, das aber eigentlich keine gesellschaftliche Relevanz mehr besitzt (siehe Kapitel B, Fn. 294, 295) oder implizit in Menkes Idee der »Gegenrechte«, bei denen durch die Form der Gegenrechte die Möglichkeit zum sich-Entziehen des Rechts gewährleistet werden soll, das heißt mit einer allgemeinen Form gegen eine allgemeine Form gearbeitet werden soll und die »Rechte vor sich selbst gerettet« werden, Menke, Kritische Justiz 2018, S. 476.

wichtige Erkenntnis einer kritischen Rechtswissenschaft, die, wie etwa im Falle der feministischen Rechtswissenschaft, vermeintlich universelle Subjekte wie das souveräne autonome Subjekt in seiner problematischen androzentrischen oder rassistischen Färbung sichtbar macht (siehe hierzu B III 2 c). Es kann kein Ziel sein, das Singuläre oder Faktizität per se zu zerstören.<sup>417</sup> Die Möglichkeit zur Transformation der Normativität modernen Rechts ist auch nicht als Erzählung über einen automatischen Fortschritt durch Recht zu verstehen,<sup>418</sup> der den modernen Universalismus als historische Legitimation für koloniale Verbrechen verleugnet.<sup>419</sup> Ein ›Zurück‹ zur unhinterfragten Affirmation eines modernen Rechts ist für eine Rechtskritik, die Recht als soziale Form versteht, demnach keine

<sup>417</sup> »Die Sensibilisierung der menschlichen Wahrnehmung für das Singuläre, für die Eigenkomplexität der Menschen und Dinge [...] ist für mich ein ›Ding von Belang‹, kein Sachverhalt, der zu dekonstruieren wäre«. *Reckwitz/Rosa*, Spätmoderne in der Krise (2021), S. 142. Auf der Ebene der Menschenrechte bedeutet dies, weder nur das Allgemeine noch nur das Singuläre, weder Einheit noch Differenz, weder das Globale noch das Lokale zu präferieren. Insofern stimmt die vorliegende Untersuchung Auffassungen wie etwa der von Baxi, »the local, not the global, it needs to be emphasized, remains the crucial site of struggle for the enunciation, implementation, and enjoyment and exercise of human rights«, *Baxi, The future of human rights* Upendra Baxi (2008), S. 158 nicht zu. Auch die Idee des »authentischen Lokalen« ist vor dem Hintergrund einer globalisierten Welt eine Konstruktion. Hardt und Negri haben dies etwa wie folgt formuliert: »We maintain, however, that today this localist position, although we admire and respect the spirit of some of its proponents, is both false and damaging. It is false first of all because the problem is poorly posed. In many characterizations the problem rests on a false dichotomy between the global and the local, assuming that the global entails homogenization and undifferentiated identity whereas the local preserves heterogeneity and difference«, *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 44.

<sup>418</sup> Baxi plädiert in Bezug auf Menschenrechte vor dem Hintergrund der postkolonialen Gefahren, die in den Erzählungen über die ›Dritte Welt‹ und ihrem vermeintlichen Veränderungsbedarf liegen, Veränderung zu »lesen« und nicht zu »schreiben«: »By ›reading development‹ I here signify practices of critique of both legible and hidden scripts of development; ineluctably, these remain multifarious as well as nefarious. Multifarious because those who construct texts of development and those who deconstruct and reconstruct these do not constitute any homogenous class of theorists and practitioners of the Idea; nefarious because those who would dare read development scripts do not always succeed in new modes of re-reading and re-writing development«. *Baxi, Human rights in a posthuman world* (2009), S. 108.

<sup>419</sup> Gerade in diesem Wissen wird jedoch an den Möglichkeiten modernen Rechts festgehalten, vgl. hierzu das Plädoyer von Olufemi Táíwò, die Moderne nicht als per se koloniales Projekt zu verwerfen *Táíwò, Against Decolonisation* (2022), S. 16, 206f.

Option. Susanne Baer hat die Zumutungen dieser Ambivalenzen in ihrem Plädoyer für rechtssoziologische Forschung aufschlussreich formuliert:

Die Rechtssoziologin Carol Smart hat dafür das schöne Bild benutzt, dem Ruf dieser Sirene nicht folgen zu dürfen [...]. Die Versprechungen des rights talk [...] als der Übersetzung von Bedürfnissen in Ansprüche sind groß und gefährlich. Recht führt uns ständig in Versuchung, weil es so viel verspricht – Fairness, Handlungsmacht (agency), Gerechtigkeit. Aber wer die Versprechungen enttarnen will – und das ist für kritische Forschung Teil des Programms! –, muss Abstand halten. Die liebevolle Zuwendung ist damit durchaus eine Zumutung. Immerhin ist die Ko-Produzentin des Rechts, die Rechtswissenschaft, traditionell nicht sehr begeistert von uns, der kritischen Rechtsforschung, der Rechtssoziologie. Aber es führt umgekehrt auch nicht sehr weit, möglichst kritisch, möglichst anders, möglichst dagegen zu sein.<sup>420</sup>

Es muss demnach vielmehr um eine Balance<sup>421</sup> gehen und damit darum, das Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem, Normativität und Faktizität im Recht sichtbar zu machen: Im Mittelpunkt steht hier die rationale Autonomie des Rechts,<sup>422</sup> seine soziale Form, die für Veränderungen offen bleibt, sowie die zahlreichen Akteure, die auf sie einwirken. Wie die theoretische Untersuchung gezeigt hat, hat sich das moderne Spannungsverhältnis von Normativität und Faktizität im Recht also keinesfalls in einen reinen Albtraum der Ohnmacht verkehrt. Die Rechtswirklichkeit des modernen Rechts eröffnet durchaus Möglichkeitsräume der Transformation.<sup>423</sup>

<sup>420</sup> Baer, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2016, S. 221f.

<sup>421</sup> Diese Balance beschreibt Latour wie folgt: »Der Kritiker ist nicht der, der beliebig zwischen Antifetischismus und Positivismus schwankt wie der betrunkene Bilderstürmer von Goya; vielmehr ist er derjenige, für den, was konstruiert wird, zerbrechlich ist und der Pflege und Vorsicht bedarf«. *Latour, Elend der Kritik* (2007), S. 55.

<sup>422</sup> Im deutschsprachigen Raum wurde der Begriff der relationalen Autonomie des Rechts stark von *Buckel*, Subjektivierung und Kohäsion (2007) geprägt. Er findet sich als gefestigte Analyse auch in der feministischen Rechtswissenschaft: *Nedelsky, Law's Relations: A Relational Theory of Self, Autonomy, and Law* (2011); *Röhner, Ungleichheit und Verfassung* (2019); *Baer/Sacksofsky*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 11ff.. Weil aber in dieser Arbeit die Struktur modernen Rechts als relational autonom verstanden wird, schließt sich die Arbeit nicht der von Baxi getätigten Unterscheidung in *moderne* und *zeitgenössische* Menschenrechte an, wobei *moderne* Menschenrechte (auch unter Verweis auf Agamben) lediglich durch Exklusion und *zeitgenössische* Menschenrechte primär durch Inklusion geprägt seien, *Baxi, The Future of Human Rights* (2008), S. 17, 42.

<sup>423</sup> Die vorliegende Untersuchung folgt demnach der Aufforderung Schauers: »Versuchen wir, was unmöglich erscheint, retten wir das Mögliche!« *Schauer, Mensch ohne Welt* (2023), S. 637.

## 2. Modernes Recht ist relationales Recht: Die Möglichkeit zur Transformation

So lässt sich zunächst anhand der Debatte um das Verhältnis von Exekutive und Legislative in Günther Frankenbergs Abhandlung zum Ausnahmezustand, bei der die Ausnahme als Angriff auf die Autonomie des Rechts im liberalen Rechtsstaat verstanden wird, nachvollziehen, wie Analysen des Rechts als rein formell-rationaler Form die Transformationen im Recht nicht greifen können. Aus dieser Perspektive wird der rechtsstaatliche Status Quo (gerechtfertigter Weise) gegen die Bedrohung der Ausnahme als exekutiver Willkür verteidigt, mit dem Nachteil, dass die Legitimation der formal-rationalen Form des Rechts in den Vordergrund tritt, diese Form des Rechts jedoch nicht als transformierbar begriffen werden kann. Einen anderen Weg beschreitet Christoph Menke, dessen Analyse der Rechtsform das Recht und seine Ausnahme von der Frage nach der Legitimation des Rechts loslässt. Modernes Recht und Souveränität werden hier als selbstreflexiv auf das ihnen äußerliche Nicht-Recht gedacht. Die Frage nach dem Verhältnis von Normativität und Faktizität kann so als Formfrage gestellt werden, die das Recht für gesellschaftliche Inhalte öffnet und eine Transformation der Normativität des Rechts ermöglicht. Dass dabei auch vom Recht Exkludierte auf das rechtliche Verständnis von Souveränität einwirken können, zeigt Ayten Gündogdu mit ihrem Verweis auf die Kämpfe der sans-papiers. Menschenrechte reproduzieren in diesem Zusammenhang nicht nur die Form der biopolitischen Ausnahme (Agamben) oder der entpolitisierten subjektiven Rechte (Menke), sondern beinhalten eine Potenzialität der Politisierung des Konzepts der Souveränität, das gesellschaftliche Kämpfe anstoßen und normative Konzepte verändern kann.

Agambens Konzept des permanenten Ausnahmezustands als Auseinanderfallen von Rechtsgeltung und Rechtsanwendung wird darüber hinaus dem Recht als sozialer Norm nicht gerecht, wie Christoph Möllers treffend zeigt. Als solches kann es weder auf seine Normativität noch auf die Kausalität seiner Wirkung reduziert werden. Vielmehr bedarf der Begriff des Rechts sowohl einer normativen als auch einer faktischen Komponente, um die Komplexität der Selbstreflexion des Rechts begreifbar zu machen: Gerade die Möglichkeit zur Nicht-Anwendung, zur Devianz vom Recht ermöglicht, gesellschaftliche Aushandlungen in der Anwendung des Rechts zu reflektieren und das Recht zu transformieren. So wie das Recht gesellschaftlich eingebettet ist, ist es zudem auch die Gewalt. Anders als Agambens Idee einer anomischen Gewalt dies tut, sollte Gewalt weder als Gegensatz zur Normativität noch als ins Recht verbannt und von der Gesellschaft abgespalten verstanden werden. Zugleich unterliegt ein Gewaltbegriff, der Gewalt mit Zwang gleichsetzt und deshalb die Idee einer radikalen Freiheit von allem Zwang propagiert, der

androzentrisch verfassten Ideologie subjektiver Autonomie. Denn er verkennt diejenigen Zwänge, denen der Mensch als soziales Wesen aufgrund seines Prekär-Seins nicht entkommen kann und die im Recht im Rahmen einer Formalisierung durch soziale Rechte transparent verteilt werden können.

Die theoretische Kontingenz modernen Rechts wird dann anhand von Baers Analyse des Bürgers im Verwaltungsrecht mit dem Recht selbst als empirischem Gegenstand expliziert. Bürger-Konstruktionen im Recht der Verwaltung, so zeigt Baer, wie etwa die des Untertans oder Konsumenten, sind historisch verschieden, lösen sich niemals ganz voneinander ab und lassen sich als Spuren im Recht nach wie vor wiederfinden. Aus der Selbstreflexion und Komplexität der Anwendung des Rechts ergibt sich zudem die grundlegende Prekarität aller Rechtssubjekte. Die Unsicherheit der Konstituierung als Rechtssubjekt ist jedoch nicht als etwas Bedrohliches im Außen des Rechts oder in seiner Ausnahme zu suchen, sondern ist fundamentaler Bestandteil des Rechts als sozialer Norm und der Möglichkeit zur Transformation. Aus diesem Grund kann nicht die Prekarität einer biopolitischen Substanz im Mittelpunkt einer rechtssoziologisch informierten Rechtsstaatstheorie stehen. Vielmehr müssen Prozesse der rechtlichen Prekarisierung in den Blick genommen werden, die Ungleichheit erzeugen. Das von der feministischen Rechtswissenschaft erkämpfte Konzept der materiellen Gleichheit kann hier als ein reflexives, im deutschen und europäischen Recht bereits etabliertes, Verständnis von Gleichheit dienen, bei dem die faktischen Wirkungen des Rechts in dessen Normativität integriert werden. Dabei zeigt sich insbesondere in der rechtlichen Subjektivierung die Komplexität des Verhältnisses von Normativität und Faktizität im Recht, bei dem die in die interdependenten sozialen Kategorien verwobenen Prozesse der Subjektivierung die Hybridisierung kultureller Identitäten niemals vollends ins Recht integrieren können: Recht kann und muss sich zugleich immer wieder an gesellschaftliche Kontingenzen anpassen und mittels der Fixierung kultureller Kategorien bzw. Identitäten neue Ausschlüsse schaffen.

Modernes Recht bleibt bei alldem also transformierbares Recht. Gerade die moderne Positivierung und Funktionalisierung des Rechts führt dazu, dass modernes Recht kontingentes Recht ist (siehe S. 45ff.). Es ist, wie gesehen, außerdem relationales, reflexives Recht. Wie lässt sich aber diese Relation in der Rechtswirklichkeit verstehen und erforschen? Kehrt man nun zu Agamben und dem Lager als Ort des permanenten Ausnahmezustands zurück, zeigt sich, dass eine Analyse der Flüchtlingslager als Ausnahmeräume dieser Relation nicht gerecht wird. Die verlockende Trennschärfe vom Außen und Innen des Rechts verkennt beim genaueren Hinsehen dessen grundlegende Ambivalenzen und Unsicherheiten in der Rechtsanwendung und die Kontingenz und Transformatio-  
nen seiner Normativität. Diese treten auch außerhalb der Dichotomie

von Ausnahme und Rechtsanwendung auf und müssen beachtet werden, um keine totalitären Rechtskonzepte zu reproduzieren, die Rechtsgeltung mit Rechtsanwendung gleichsetzen. Die Frage danach, ob es sich in (deutschen) Flüchtlingslagern um (nicht-)rechtliche Räume handelt, muss demnach wie folgt ausdifferenziert werden: Gefragt wird einerseits nach den normativen Konstruktionen (Rationalitäten) des Rechts in der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Andererseits steht nicht mehr das starre Kriterium, ob Recht angewendet wird oder ob es wirkt im Fokus, sondern wie es wirkt und wie es angewendet wird.

Dabei soll weder die Notwendigkeit einer Autonomie des Rechts im Wege einer formellen Rationalisierung noch dessen »Fiktion« verleugnet werden. Vielmehr steht die Offenlegung der Relation von Normativität und Faktizität im Recht im Fokus. Denn darin besteht das dialektische Verhältnis von Normativität und Faktizität im Recht: Rechtsnormen müssen sich von anderen Normen distinguiieren und normativ autonom fingieren, ohne sich jemals von ihrer gesellschaftlichen Verbundenheit lösen zu können. In der Logik des autonomen Rechts müssen konkrete Lebenssachverhalte fixiert werden. Zugleich muss Recht transformierbar bleiben, soll es gesellschaftlich relevant werden.

Rechtliche Räume, das heißt Recht in der sozialen Wirklichkeit der Flüchtlingsunterbringung, können demnach nur dann erforscht werden, wenn die relationale Autonomie, das heißt das Verhältnis zur Gesellschaft sowie die rechtlichen Wirkungen auf die Gesellschaft, in den Blick genommen wird. Der Soziologe Michael Dellwing hat diesbezüglich in Anlehnung an Ervin Goffman treffend auf das komplexe Verhältnis von »Vorder-« und »Hinterbühne« des Rechts verwiesen:

Goffmans eingängigstes Beispiel für diese Trennung war die Küche des Hotels, in dem er auf den Shetland-Inseln seine Promotionsforschung vorgenommen hatte: Für Gäste musste eine formal-höfliche Dienstleistungsshow aufgeführt werden, die die (physischen und darstellerischen) Unreinheiten der Handlungen auf der Hinterbühne versteckt hielt. Für ein Gericht gilt nichts anderes: Die Darstellung vor Publikum muss eine formal-rechtliche sein, die die Würde des Amtes und die Festigkeit des Rechts dramatisiert, aus dem die Unreinheiten ferngehalten werden müssen, die bei der Zubereitung dieser Darstellung in der ›Rechtsküche‹, dem Tagungsraum, zu dem die Öffentlichkeit keinen Zugang hat, vorfallen.<sup>424</sup>

Die vorliegende Untersuchung der deutschen Flüchtlingsunterbringung geht über dieses Bild hinaus: sie fragt im Bild Goffmans nicht nur nach der »Rechtsküche«, sondern auch nach den »Rechtszutaten« sowie dem »Rechtsgeschmack« der Beteiligten. Sie folgt der Entstehung spezifischer rechtlicher Rationalitäten der Flüchtlingsunterbringung im deutschen Rechtsstaat (die Rechtszutaten) und untersucht im Verlauf deren

<sup>424</sup> Dellwing, Recht und Devianz als Interaktion (2015), S. 7.

Anwendung durch die Verwaltung und andere relevante Akteure in der Flüchtlingsunterbringung (die Rechtsküche) sowie deren Wirkung auf die Betroffenen (den Rechtsgeschmack).

Aus dem (kritischen) Interesse an den Konstruktionen und Wirkungen der Rechtsküche folgen drei methodologische Prämissen, die sich durch alle zuvor erwähnten Ebenen der empirischen Forschung zur deutschen Flüchtlingsunterbringung (Rationalisierung, Anwendung und Subjektivierung) ziehen. Zunächst erfährt der Begriff der Souveränität aus methodologischer Sicht eine Bedeutungsverschiebung: Gefragt wird nicht mehr, wo territoriale Souveränität herrscht, sondern (a) wie das Konzept der territorialen Souveränität auf das Regime der Flüchtlingsunterbringung Einfluss hat. Mit der sozialen Wirklichkeit des Rechts in der Flüchtlingsunterbringung, die durch die Anwendung des Rechts durch die verschiedenen Akteure geformt wird, tritt dann (b) zudem die Analyse des Rechts im sozialen, zu konstruierendem Raum der Flüchtlingsunterkunft in den Vordergrund. Und schließlich untersucht die vorliegende Studie nicht die Ausnahmen des Rechts, sondern will dessen relationale Autonomie offenlegen. Diese lässt sich in Anlehnung an Rudolf Wiethölter in den Kollisionen und Paradoxien rechtlicher Rationalitäten in der Rechtswirklichkeit (c) finden: Denn als Risse in der normativen Autonomie des Rechts (im Bild Goffmanns: Unreinheiten auf dem servierten Teller) machen sie dessen dialektisches Verhältnis zur Gesellschaft – und damit dessen relationale Autonomie – besonders gut sichtbar.

Gegenstand der folgenden Untersuchung ist vor diesem Hintergrund aber auch nicht die Frage danach, welches Recht in Bezug auf die Flüchtlingsunterbringung legitim bzw. gerecht wäre oder welches Recht gelten sollte, sondern zunächst die Entwicklung eines Verständnisses der sozialen Wirklichkeit des Rechts; sie fällt in den Forschungsbereich der Rechtssoziologie.<sup>425</sup> Recht wird im Verlauf der Untersuchung im Gegensatz zur gelegentlich in der Rechtssoziologie vorzufindenden Praxis der kategorischen Unterscheidung von Normativität und Faktizität<sup>426</sup> in seiner relationalen Autonomie betrachtet, weshalb auch die Faktizität des Rechts nicht primärer Gegenstand dieser Untersuchung sein kann. Vielmehr ergibt sich aus dem Gang der theoretischen Untersuchung, dass der Gegenstand der folgenden rechtssoziologischen Analyse des Raums der Flüchtlingsunterkunft sowohl die normative Konstruktion als auch die faktische Wirkung des Rechts und damit rechtlicher Praxen sein muss.

<sup>425</sup> Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 27; Raiser, Grundlagen der Rechtssoziologie (2009), S. 7; Rehbinder, Rechtssoziologie (2007), S. 1. Zur Geschichte der deutschen Rechtssoziologie siehe Wräse, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2006. Diese unterscheidet sich durchaus von der Geschichte der amerikanischen Law & Society Forschung, siehe hierzu Sterett, in: The Handbook of Law and Society (2015); Morrill/Mayo, in: The Handbook of Law and Society (2015).

<sup>426</sup> Anders bei: Rehbinder, Rechtssoziologie (2007), S. 2.

### 3. Transformationen, Herrschaft und Rechtsstaat: Überlegungen zu einer rechtssoziologischen Methodologie

#### a. Regime

Sofern Recht als soziale Form in seiner kontingenten Normativität und als soziale Norm in der Prekarität seiner Anwendung verstanden werden soll, wird ein Verständnis rechtlicher Herrschaft benötigt, das kontingen- te rechtliche Konstruktionen genauso wie die Anwendung des Rechts durch die jeweils relevanten Akteure begreifen kann.

Aus diesem Grund bietet es sich an, den methodologischen Blick weg vom Begriff der Souveränität und hin zum Begriff des Regimes zu wenden. Der Begriff des Regimes umfasst »Prinzipien, Normen, Regeln und Verfahren zur Entscheidungsfindung, um die herum Erwartungen von Akteuren in einem gegebenen Sachgebiet konvergieren«.<sup>427</sup> In den Politikwissenschaften wurde der Begriff in den 1970er Jahren eingeführt, um die Kooperation verschiedener Akteure auf globaler Ebene zu beschreiben.<sup>428</sup> In der Rechtswissenschaft findet er ebenfalls Anwendung, um etwa die der »Fragmentierung des globalen Rechts« zugrundeliegenden »gesellschaftlichen Widersprüche« zu analysieren.<sup>429</sup> Rechtsstaatliche Herrschaft kann mit Hilfe des Regime-Begriffs in ihrer Dezentralität und ihren zahlreichen Netzwerken und Hybriden verstanden werden, statt auf die Idee einer allmächtigen Souveränität abstellen zu müssen: »Statt als einheitliche Organisation mit einem festen Kern (›der Staat‹) erscheint Staatlichkeit eher als Referenzierungskette, die sich durch Konfigurationen multizentrischer, polyvalenter und multiskalarer Akteurs- und Organisationsnetzwerke zieht«.<sup>430</sup> Mit dem Regime-Begriff können deshalb über die Dichotomien Rechtsgeltung/Rechtsanwendung hinaus die Relationen der unterschiedlichen Akteure in den Blick genommen

<sup>427</sup> Krasner, zitiert nach Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen (2006), S. 18.

<sup>428</sup> Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen (2006), S. 18.

<sup>429</sup> Fischer-Lescano/Teubner, Regime-Kollisionen (2006), S. 24. Der Regime-Begriff erfährt in den Rechtswissenschaften inzwischen eine breite Anwendung. So wird von spezifisch öffentlich-rechtlichen und privatrechtlichen Rechtsregimen, von Grundrechtsregimen oder Menschenrechtsregimen gesprochen, vgl. Burgi, in: Grundlagen des Verwaltungsrechts – Band 1: Methoden, Maßstäbe, Aufgaben, Organisation (2012), § 18; Drißen, in: Öffentliches Recht und Privatrecht (2020); Höfling/Augsberg, Juristen Zeitung 2005; Möllers, Zeitschrift für Europäisches Privatrecht 2015.

<sup>430</sup> Nieswand, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 90. Siehe hierzu auch Karakayali, Gespenster der Migration (2008), S. 47ff.

werden.<sup>431</sup> Die rechtliche Regulierung<sup>432</sup> der deutschen Flüchtlingsunterbringung wird so zum Bestandteil eines Migrationsregimes bzw. zum Bestandteil des Regierens von Migration,<sup>433</sup> das von Widersprüchen und den unterschiedlichen Motiven der Akteure im, mit dem und gegen das Recht durchzogen ist. Im Fokus stehen nicht Momente der Exklusion, sondern Prozesse der Prekarisierung: »Eine solche Perspektive stellt gerade weniger die Abschottung und mehr das Moment der Entrechtung oder eines Rechts-Differenzials als zentrale Funktionsweise des Migrations- und Grenzregimes in den Mittelpunkt«.<sup>434</sup>

<sup>431</sup> »Vielmehr gilt es, die Gesamtheit der objektiven Verhältnisse zwischen dem juridischen Feld – das einer relativ autonomen Logik folgt und selbst schon einen Ort komplexer Verhältnisse darstellt – zum Feld der Macht sowie darüber hinaus zum gesellschaftlichen Feld insgesamt in den Blick zu nehmen. In diesem Bezugsgeflecht bestimmen sich die Mittel, die Zwecke und die spezifischen Wirkungen rechtlichen Handelns«. Bourdieu, in: Das Rechtsdenken Pierre Bourdieus (2019), S. 63.

<sup>432</sup> Der Begriff des Migrationsregimes nimmt insofern im Verhältnis zum Regulierungsbegriff eine Verschiebung der Perspektive vor. Der Begriff der rechtlichen Regulierung deutet auf eine »Vielzahl von Regeln (den Rechtspluralismus) und auf die Beziehungen, die dadurch konstruiert werden (je nachdem als Netzwerke, als Governance, als Ungleichheiten, als Diskurse – mehr dazu in § 6 C) [hin]. Der Begriff der Regulierung betont auch, dass Recht nicht ‚ist‘, sondern gemacht wird, und zwar durch Rechtsetzung, aber auch durch Interpretation in der Rechtsanwendung«. Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 92. Die Analyse der Lager als Rechtsräume im Migrationsregime knüpft an die Analyse von Recht als Regulierung an, forciert jedoch stärker die Perspektive der rechtspolitischen Widersprüche, Konflikte und Kämpfe sowie ihrer Akteure.

<sup>433</sup> Sabine Hess et al. verorten die Regimeanalyse als methodologische Loslösung von zu kritisierenden Migrationstheorien: »Der Migrationsregimeansatz scheint die nur halb umgesetzten Versprechen des Transnationalismus-Ansatzes – beispielsweise eine macht- und politiksensible Perspektive zu stärken und eine transnationale Perspektive auf das neoliberalen Regieren der Migration voranzubringen – einzulösen. Er verspricht damit auch, eine Antwort auf die genannten migrationstheoretischen Engführungen zu geben: So versucht er gar nicht erst, Migrationsbewegungen auf (irgendwelche) Motive zurückzuführen und damit die Migrationsentscheidung zu ergründen und zu messen; er setzt auch nicht an der Ökonomie und polit.-ökonomischen Fragestellungen an. Vielmehr widmet er sich der Analyse des (oftmals transnationalen) Zusammenspiels verschiedener Institutionen und Kräfte bei der Hervorbringung einer spezifischen historischen Situation«. Hess et al., in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 264. Siehe hierzu auch Hess/Kasperek (Hg.), Grenzregime. [I] (2012); Kasperek/Tsianos, movements 2015.

<sup>434</sup> Karakayali, Gespenster der Migration (2008), S. 50.

Die Bedeutung des Begriffs der Souveränität und der Aspekt der Herrschaft für rechtliche Rationalitäten und die Rechtswirklichkeit wird so nicht aufgegeben. Allerdings verschiebt sich die Bedeutung des Konzeptes für die Rechtswirklichkeit: In dem Wissen um die Komplexität moderner staatlicher Herrschaft<sup>435</sup> wird (territoriale) Souveränität zur Konstruktionsleistung mit entsprechenden Materialisierungen im Recht und nicht als die Form des Staats empirisch erforscht.<sup>436</sup> Gefragt wird entsprechend, wie Recht einerseits Migration als »letzte Bastion« des Wissens-Macht-Komplexes Souveränität in den Unterkünften kontrolliert<sup>437</sup> und diesem Wissens-Macht-Komplex zugleich entgegenwirkt. Mit dem Begriff des Regimes soll demnach nicht verneint werden, dass das Konzept der Souveränität durchaus zur Legitimation bestimmter Regierungs-techniken (Foucault) der Migration herangezogen wird. Es ist jedoch nicht die einzige rechtliche Rationalität, die Einfluss auf die rechtliche Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung hat. Mit ihm können zudem die migrationsrechtlichen Kämpfe, etwa der Bewohnenden von Flüchtlingsunterkünften, mit in den Blick genommen werden. Das unterscheidet ihn auch von Foucaults Konzept der Gouvernmentalität: »Der Begriff der Gouvernmentalität verweist darauf, dass ein Regime

<sup>435</sup> Wiethölter hat diese Komplexität wie folgt zusammengefasst: »Denn wir haben es zu tun mit einer *Gesellschaft*, die nicht mehr feudalistisch-patriarchalisch-hierarchisch zusammengehalten wird, sondern als demokratische Industriegesellschaft alle Halterungen und Sicherungen selbst zu schaffen hat, mit einem *Bürger- und Menschenbild*, das nicht ausgehen darf von freien, gleichen, vernünftigen und ausschließlich nach Unabhängigkeit und Selbstbestimmung strebenden Individuen, sondern von dem in tausend Abhängigkeiten verstrickten ›salarié‹, schließlich mit einem Staatsbild, das sich nicht in Rechtsstaatlichkeit erschöpfen kann, weil damit die Existenzfragen der Bürger nicht zu lösen sind, das aber bei totaler Versorgung erst recht die Gefahr des Verlustes an Freiheit, Personalität und Menschenwürde heraufbeschwört«. Zumbansen/Amstutz (Hg.), Recht in Recht-Fertigungen (2014), S. 299f. Den multiplen Aufgaben des modernen Staats folgt entsprechend eine Vielzahl an rechtlichen Rationalitäten, die man unter dem Stichwort »Multinormativität« fassen kann, Duve, Rechtsgeschichte 2017.

<sup>436</sup> Wie der »rechtliche Nomos« (siehe hierzu auch Arendts Unterscheidung von nomos und lex, Kapitel B, Fn. 176) müssen auch spezifische Formen der Staatlichkeit zunächst hergestellt werden: »Die andere Seite, die aus dem Prozess der Staatswerdung keinesfalls ausgeklammert werden darf, ist der *Prozess der imaginären Fabrikation des Staats*, ohne den er nicht als erlebbare und handlungsfähige Einheit vorgestellt werden kann«, Schuppert, Staat als Prozess (2010), S. 48. Zur Kritik am »methodologischen Nationalismus« siehe auch Beck/Grande, Soziale Welt 2010; Karakayali/Tsianos, in: Turbulente Ränder (2015).

<sup>437</sup> Dauvergne, Making People Illegal (2008), S. 3. Vgl. hierzu auch Nail, Theory of the Border (2016).

aus einer bestimmten Wissensordnung besteht [...]. Der Regime-Begriff ermöglicht jedoch – über das Regierungswissen hinaus – den Aspekt der Kämpfe zu konzeptionalisieren«.<sup>438</sup>

### *b. Sozialer Raum*

Darüber hinaus wird der Raum der Flüchtlingsunterkunft nicht durch statische, objektiv auffindbare Kriterien, wie etwa die territoriale Abgrenzung durch Zäune oder die möblierte Ausstattung definiert und untersucht,<sup>439</sup> sondern in zweierlei Hinsicht als sozial konstruiert verstanden.

Erstens sind Räume »als soziale Formen zu verstehen, als situations- und kontextabhängige Herstellungsleistung, deren Bedeutung variieren kann«.<sup>440</sup> Als solche sind sie »nicht nur in Bewegung, sie werden alltäglich neu verhandelt und auf vielfältige Art und Weise symbolisch und materiell reproduziert«.<sup>441</sup> Räume sind demnach nicht statisch, sondern kontingent. Im Zusammenhang mit den widersprüchlichen Positionen unterschiedlicher Akteure innerhalb des Migrationsregimes können sie jedoch einen »Ordnungs- und Stabilisierungsmechanismus« darstellen, indem sie »ansonsten voneinander unabhängige Akteure, Systeme oder Organisationen in eine durch Orientierung an ihnen [den Räumen] vermittelte Beziehung setzen«.<sup>442</sup> Vor diesem Hintergrund kann das Verhältnis von Recht und Raum nicht als eines verstanden werden, bei dem Recht Einfluss auf bereits bestehende Räume nimmt.<sup>443</sup> Vielmehr

<sup>438</sup> Karakayali, Gespenster der Migration (2008), S. 54. Mit Fokus auf die Kämpfe innerhalb des Regimes wird oftmals auf den Staatsbegriff von Nicos Poulantzas verwiesen, der den Staat als verdichtetes Kräfteverhältnis bezeichnet, Poulantzas et al., Staatstheorie (2011), S. 64, 154ff.

<sup>439</sup> Diese Idee wird in der Raumforschung in Anschluss an den Soziologen Henri Lefebvre als Konzept des Raums als »Container« beschrieben: »Hierbei wendet sich Lefebvre explizit gegen den Mainstream der Wissenschaften, welcher die Dinge betrachtet und den Raum als Container der Dinge entwirft. Wiewohl die Philosophie lange mit der Vorstellung vom absoluten Raum geliebäugelt habe, sei die Vorstellung einer vorgängigen Leere, eines Containers, der auf Füllung wartet, doch als partikulare Repräsentation zu verwerfen«. Löw, Vom Raum aus die Stadt denken (2018), S. 29.

<sup>440</sup> Pott, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 114.

<sup>441</sup> Pott, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 114.

<sup>442</sup> Pott, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 128.

<sup>443</sup> Vgl. hierzu etwa Dreier et al., Raum und Recht (2002).

hat die Legal Geography darauf hingewiesen, dass Recht selbst Räume konstruiert, sie also formt und zugleich von räumlichen Bedingungen geformt wird – eine Bewegung, die man mit David Delaney als »world-making« bezeichnen kann.<sup>444</sup> Insofern wurden auch die empirisch beforschten Flüchtlingsunterkünfte in der vorliegenden Studie als soziale Räume verstanden, die durch rechtliche Rationalitäten geformt werden, in denen aber zugleich die Anwendung des Rechts durch ihre räumlichen Bedingungen beeinflusst wird. In der politischen Geografie wird zudem in ähnlicher Weise auf einer Makro-Ebene angezweifelt, dass sich die räumlichen Dimensionen von Souveränität auf Territorien innerhalb nationalstaatlicher Grenzen beschränken:

While political geographers have long centered the nation state, recent interests have shifted to more ambiguous spatial arrangements or ›gray‹ zones through which sovereign power operates and is produced.[...] This constellation reflects new global spatial relations of conflict, encounter, mobility, legality, military strategy and social movements.<sup>445</sup>

Die neuere Forschung in der politischen Geografie im Zusammenhang mit Souveränität wendet ihren Fokus demnach weg von der Idee eines zentralen Nationalstaats hin zu widersprüchlichen, umkämpften

444 »The worlds of human experience are composed of an uncountable number and innumerable variety of social spaces. [...] These spaces are meaningful – they signify, represent, and refer. They are, therefore, interpretable. The interpretations of social space may serve as unexamined premises for conclusions. The meanings in play may register widely within a culture or community (keep out) or they may be highly technical, specialized (the rule against refoulement, the exceptions to the knock-and-wait rule, the scope of the plenary power doctrine) or even idiosyncratic. But meanings are not extrinsic to the spaces; rather, spaces are *constituted* by their meanings, or, as it is commonly expressed, such meanings are ›inscribed‹ onto segments of the lived, material world. [...] There are a lot of kinds of meanings that may be so inscribed, performed, and materialized. Segments of social space or place may be invested with affective significance. One kind of meaning that is of profound significance for the production of social space is legal meaning«, *Delaney, The Spatial, the Legal and the Pragmatics of World-Making* (2010), S. 4f. Vgl. hierzu auch den von Nicholas Blomley entwickelten Begriff ›splice‹, der Phänomene beschreibt, die zugleich räumlich und rechtlich verstanden werden müssen und nicht auf einen der beiden Aspekte reduziert werden können. *Blomley/Labov, Law and Geography* (2015), S. 477.

445 Mountz, *Progress in Human Geography* 2013, S. 830. Dieser Einsicht muss auch der Blick auf die räumliche Kolonisation westlicher Staaten und die daraus folgenden Verflechtungen post-kolonialer Staatlichkeiten folgen, *Bönnemann/Pichl*, in: *Neue Theorien des Rechts* (2020), S. 372f., die das ›andere‹ Rechtssubjekt des Migrationsrecht maßgeblich geprägt hat, *Castro Varela/Mansouri*, in: *Philosophie des Migrationsrechts* (2020).

Räumen der Politik.<sup>446</sup> In diesem Sinn ist es eine wesentliche Funktion des für die Flüchtlingsunterbringung relevanten Migrationsrechts, nationale Territorialität in unterschiedlichen Räumen zu konstruieren:

Inhaltlich zeichnet sich das so etablierte Migrationsregime durch seine mobilitätsraumbezogene Territorialität aus, indem es zur Schaffung eines nach außen relativ geschlossenen, nach innen tendenziell einheitlich regulierten Wirtschafts- und Mobilitätsraums beiträgt. [...] Die Staatsgrenze fungiert dabei nicht in erster Linie als ›biopolitischer‹ Filter, sondern als Ort der symbolischen Inszenierung von Territorialität, während die Grenze als Ort der Aushandlung der Bedingungen von Migration eine nachgeordnete Bedeutung hat.<sup>447</sup>

Zweitens ist die empirische Migrationsforschung selbst an der Produktion der von ihr untersuchten Räume beteiligt: »Gerade die empirische Forschung wählt – üblicherweise in exemplarischer Absicht – Ausschnitte der sozialen Welt aus, die sie nicht selten räumlich indiziert«.<sup>448</sup> Die Segregationsforschung, die »die Ungleichverteilung von ausgewählten Bevölkerungsgruppen in Städten [untersucht], indem sie Wohn-Standorte und städtische Teil-Räume miteinander vergleicht«, kann (neben der wichtigen Analyse von Ungleichheit im sozialen Raum der Stadt)<sup>449</sup> so etwa im Rahmen der »Verknüpfung von Gruppen mit Räumen«<sup>450</sup> homogenisierende Aussagen über bestimmte Stadtviertel (re-)produzieren und verfestigen. Die Untersuchung von deutschen Flüchtlingslagern als Räumen der institutionellen Entrechtung<sup>451</sup> oder Exklusion<sup>452</sup> kann so ein Bild dieser Räume (re-)produzieren, das die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte als reine Opfer staatlicher Politiken zeichnet, statt Perspektiven der (rechtlichen) Handlungsmacht zu eröffnen.<sup>453</sup> Auf der anderen Seite läuft die Markierung der Flüchtlingsunterkünfte als Wohnräume Gefahr, rechtliche Normierungen, die den Unterkünften gerade den Status des

<sup>446</sup> Mountz, *Progress in Human Geography* 2013, S. 831.

<sup>447</sup> Bast, in: *Philosophie des Migrationsrechts* (2020), S. 33. Nieswand nutzt in diesem Zusammenhang den Begriff des »Grenzspektakels«, Nieswand, in: *Migrationsregime vor Ort und lokales Aushandeln von Migration* (2018), S. 351.

<sup>448</sup> Pott, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 122.

<sup>449</sup> Diese Analysen können dann wiederum Gesetze inspirieren, die Segregationsstendenzen im städtischen Raum bekämpfen sollen, vgl. Kutscher, *Zeitschrift für Ausländerrecht* 2020.

<sup>450</sup> Pott, in: *Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime?* (2018), S. 117.

<sup>451</sup> Pieper, *Die Gegenwart der Lager* (2013), S. 270, 358.

<sup>452</sup> Vgl. Blandy/Sibley, *Social & Legal Studies* 2010, S. 276.

<sup>453</sup> Zur Kritik an einer Perspektive auf Migrierende als reine Objekte einer Sicherheitsverwaltung siehe Fuchs *et al.*, *Österreichische Zeitschrift für Soziologie* 2016.

Wohnens absprechen sollen (siehe hierzu C II 4 a), nicht genug Gewicht zu geben.<sup>454</sup> Aus diesem Grund wurden Flüchtlingsunterkünfte in der vorliegenden Untersuchung nicht als spezifische Wohn-, Exklusions- usw. Räume untersucht, sondern zunächst ganz allgemein als soziale Räume. Teilweise wurde der Aspekt des Wohnens jedoch in Abgrenzung zu Perspektiven einer ordnungspolitischen Unterbringung hervorgehoben.

### *c. Rechts-Kollisionen und Paradoxien als Ausdruck relationaler Autonomie und rechtlicher Transformation*

Wie lässt sich die Form des Rechts als relational autonom im Regime der deutschen Flüchtlingsunterbringung und im sozialen Raum der Flüchtlingsunterkunft nachvollziehen? Der Gegenstand der vorliegenden rechtssoziologischen Analyse beschränkt sich zunächst nicht nur auf die Perspektive der Institutionen<sup>455</sup> oder der Rechtsmobilisierung;<sup>456</sup> Ziel ist es auch nicht, Hegemoniekämpfe<sup>457</sup> im Regime der Flüchtlingsunterbringung oder eine umfangreiche Genealogie<sup>458</sup> des sozialen Raums der Flüchtlingsunterkunft in Deutschland darzustellen. Vielmehr vereint sie unterschiedliche Perspektiven in der rechtlichen Konstruktion des Raums der Flüchtlingsunterkunft. Sie untersucht demnach sowohl die rechtlichen Rationalitäten, als auch Anwendungen des Rechts sowie die Wirkungen der Rationalitäten und Anwendungen auf die adressierten Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte. In diesem Zusammenspiel der verschiedenen Ebenen des Raums der Flüchtlingsunterbringung sucht sie stets nach der relationalen Autonomie des Rechts, nach der Gleichzeitigkeit von der Autonomie des Rechts bzw. rechtlicher Rationalitäten und seinem bzw. ihrem gesellschaftlichen Ursprung. Um dieses dialektische Verhältnis des Rechts sichtbar zu machen, nimmt sie die Rechts-Kollisionen und Paradoxien als Ausdruck gesellschaftlicher Widersprüche im Regime der Flüchtlingsunterbringung in den Blick und orientiert sich damit an der von Rudolph Wiethölter entwickelten Rechtstheorie und seinem Begriff der Kollision:

Jedenfalls trifft die Rechtsanwendung Vorzugsentscheidungen über kollidierende ›Interessen‹ kraft einer Kollisionsnorm (genauer: Kollisionsregel),

454 Vgl. etwa Franziska Werner, die auch aus einer soziologischen Perspektive explizit von Flüchtlingsunterkünften als Räumen des »Nicht-Wohnens« spricht, Werner, in: Handbuch Wohnsoziologie (2020).

455 Denkbar wäre es in diesem Zusammenhang etwa, nur den »Rechtsstab« zu analysieren, und damit Richterinnen und Richter, Anwältinnen und Anwälte und die Verwaltung ins Visier zu nehmen, vgl. Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 168ff.

456 Vgl. hierzu Baer, Rechtssoziologie (2021), S. 226ff.

457 Buckel, Welcome to Europe (2013).

458 Karakayali, Gespenster der Migration (2008).

die fortentwickelt, interpretiert und angewendet wird. [...] Will man die Zaubereien dieses ›positiven‹ Rechts als richtigen Rechts aufspüren, muß man an Entscheidungen die zugrundeliegenden Kollisionsregeln rekonstruieren. Auf sie stößt man meist, indem man in Entscheidungen die – ausdrücklich oder verborgen – zugrundegelegte ›Sache‹ freilegt. In der Sache als Inhalt und in der Kollision als Form konstituiert sich die Rechts- als Gesellschafts rationalität.<sup>459</sup>

Die zentrale Stellung der Dichotomie vom Recht und seiner Ausnahme wird in der Abwendung von der Idee *einer* rechtlichen Rationalität (etwa im Sinne der subjektiven Rechte) und mit der Einsicht, dass vielmehr eine Vielzahl an rechtlichen Rationalitäten unsere Gesellschaft prägen, ersetzt. An ihre Stelle tritt nun die Kollision verschiedener rechtlicher Rationalitäten, die die Beziehung des Rechts zu den gesellschaftlichen Debatten, Diskursen, Rationalitäten offenbart. Im Falle der deutschen Flüchtlingsunterbringung wird sich so zeigen, dass auf der Ebene der rechtlichen Regulierung primär drei rechtliche Rationalitäten kollidieren: Einerseits ein ordnungspolitischer Zugriff, der objektive Pflichten der Bewohnerinnen und Bewohner in den Vordergrund stellt (Kapitel C II 1), andererseits ein subjektiv-rechtlicher Anspruch auf die Gewährleistung des menschenwürdigen Existenzminimums (Kapitel C II 2) und schließlich die Integration des deutschen Rechtsstaats in das Gemeinsame Europäische Asylsystem (Kapitel C II 3). Diese Rationalitäten werden in der Untersuchung auf ihre gesellschaftlichen Ursprünge zurückgeführt und in ihrer Kollision untersucht. Dabei wird sich in den Gesetzen selbst aber auch in gerichtlichen Zuständigkeitsfragen und der teilweise halbherzigen Umsetzung europäischen Rechts zeigen, dass die ordnungspolitische Rationalität dominiert (Kapitel C II 4).

Diese Kollisionen werden mit Wiethölter als Ausdruck der dahinterstehenden gesellschaftlichen Paradoxien verstanden. Der Begriff der Paradoxien kann dabei in der Analyse des rechtlichen Raums der Flüchtlingsunterbringung eine weitere Ebene der relationalen Autonomie und der Beziehung von Recht und Gesellschaft bieten:

Kollisionen lassen sich durch Entscheidung zwischen Alternativen auflösen. Oder sie erlauben einen Kompromiss. Beide Wege sind bei Paradoxien verstellt. Durch Entscheidung kann man der Oszillation zwischen ihren Polen nicht entkommen, da jede Entscheidung den selbstrückbezüglichen Zirkel wieder in Gang setzt. Die Situation ist prinzipielle Unentscheidbarkeit. Resultat des Paradoxes ist Paralyse. Hier liegt der Grund dafür, dass Paradoxien gemeinhin entweder ridikulisiert oder tabuisiert werden. [...] Paradoxien sind keine logischen Fehler, die man harmonisierend auflösen muss, wenn man weiterkommen will. Wie sehr sie heute als ubiquitäres und zentrales Moment gesellschaftlicher Dynamik benötigt werden, wird in folgender extremer Formulierung deutlich:

459 Zumbansen/Amstutz (Hg.), Recht in Recht-Fertigungen (2014), S. 258.

Paradoxien treten an die Stelle des transzentalen Subjekts, typische Strukturen sind historisch kontingente Phänomene.<sup>460</sup>

Paradoxien zeigen sich dabei auf der Ebene der Anwendung des Rechts in der Verwaltung der deutschen Flüchtlingsunterbringung. Diese will die Bewohnerinnen und Bewohner der Unterkünfte zugleich ordnend unterwerfen und aktivieren, die Flüchtlingsunterbringung also zugleich ordnend kontrollieren und entsprechend der Modernisierung der deutschen Verwaltung durch Privatisierung flexibilisieren und die Geflüchteten aktivierend integrieren. Ergebnis dieser Gleichzeitigkeit, so wird sich zeigen, sind zahlreiche Graubereiche in der Rechtsdogmatik, Verantwortungsverschleifungen und der Umstand, dass zahlreiche (sehr wohl vorhandene) Verbesserungsversuche der Akteure in der Flüchtlingsunterbringung nicht greifen. Auch hier zeigen sich also die komplexen Verflechtungen des Rechts; einerseits mit gesellschaftlichen Prozessen aber auch mit anderen rechtlichen Rationalitäten. Die vorliegende Studie sucht also nicht nach der Ausnahme. Sie sucht nach ebenjenen Rissen in der Autonomie des Rechts, die sich in den Kollisionen und Paradoxien zeigen und die vielen verschiedenen gesellschaftlichen Einflüsse auf die Entstehung und Anwendung des Rechts sichtbar machen sowie den sozialen Raum der Flüchtlingsunterbringung mitkonstruieren.

Die im Folgenden zugrundeliegende These zum Raum der deutschen Flüchtlingsunterbringung lässt sich vor diesem Hintergrund wie folgt formulieren: Deutsche Flüchtlingslager lassen sich nicht als rechtsfreie Räume beschreiben. Sie sind im Gegenteil von einer Vielzahl von rechtlichen Normen durchzogen und werden durch diese konstruiert. Die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner in deutschen Flüchtlingslagern ist durch die (mit anderen Rationalitäten kollidierende) Rationalität einer souveränen Migrationssteuerung und deren rechtlicher Umsetzung geprägt, die die Bewohnerinnen und Bewohner rechtlich als Adressaten einer rigiden Ordnungspolitik positioniert und in ihrer rechtlichen Handlungsmacht einschränkt. Verschärft werden die rechtlichen Prekarisierungen jedoch durch die Paradoxien, die dadurch entstehen, dass der deutsche Rechtsstaat in den Flüchtlingsunterkünften zugleich als souveräner Obrigkeitstaat Migration steuern und als aktivierender Gewährleistungsstaat ökonomisch effizient regieren will.

Gerade in Hinblick auf die Gleichzeitigkeit dieser verschiedenen Rationalitäten<sup>461</sup> und den daraus entstehenden Paradoxien bietet sich das Konzept des Regimes an:

»[Es] handelt sich [...] um eine nicht-essentialistische Forschungs- und Analyseperspektive, die mit wenigen theoretischen Annahmen und einer

<sup>460</sup> Fischer-Lescano/Teubner, in: Neue Theorien des Rechts (2020), S. 163.

<sup>461</sup> Vgl. für eine Transformationsperspektive in der soziologischen Migrationsforschung: Horvath, Österreichische Zeitschrift für Soziologie 2016; Castles, Journal of Ethnic and Migration Studies 2010.

Handvoll lose bestimmter Begrifflichkeiten auskommt, die Beobachtungen eine Richtung weist und es erlaubt, Vergleichsdimension[en] im engen Bezug zu den Gegenständen zu entwickeln. Sinnvoll und produktiv wird die Perspektive erst in der Zuwendung zu konkreten Fallkonstellationen«.<sup>462</sup> Diese werden im Folgenden vorgestellt.

#### 4. Empirische Forschung

Die rechtssoziologische Methodologie zur Erforschung von Rechts(t)räumen rahmte dabei die Forschungsperspektive und wurde von den Ergebnissen der empirischen Forschung korrigiert. Dabei wurden vor dem Hintergrund erster theoretischer Analysen des Rechts mithilfe von leitfadengestützten Interviews Daten in zwei Flüchtlingsunterkünften in den Jahren 2016 bis 2021 erhoben, die dann wiederum die theoretischen Analysen beeinflussten. Im Folgenden werden die zwei Forschungsfelder<sup>463</sup> sowie das methodische Vorgehen der empirischen Forschung erörtert.

##### a. *Forschungsfelder*

Für die empirische Forschung wurden zwei Forschungsfelder ausgewählt: Die Notunterkunft im ehemaligen Flughafen Tempelhof in Berlin Tempelhof sowie das AnkER-Zentrum Ingolstadt-Manching im Regierungsbezirk Oberbayern. Beide stehen exemplarisch für verschiedene Phasen des politischen Umgangs mit der sogenannten Flüchtlingskrise 2015. Während die Notunterkunft in Berlin Tempelhof zunächst in einer ersten Reaktion auf die steigenden Asylantragszahlen eine vorläufige Unterbringung darstellen sollte, die sich auf eine Dauer von über zwei Jahren verstetigte, ist das AnkER-Zentrum Ingolstadt-Manching Teil der als Reaktion auf den »Sommer der Migration«<sup>464</sup> entstehenden Migrationspolitik, die die dezentrale Unterbringung von Geflüchteten hin zu zentralen AnkER-Zentren umstrukturieren will. Im Koalitionsvertrag »Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD« von 2018 wird dieses Ziel auf Seite 107 wie folgt beschrieben:

<sup>462</sup> Nieswand, in: Was ist ein Migrationsregime? What Is a Migration Regime? (2018), S. 94.

<sup>463</sup> Zur Konzeption sozialgeographischer Feldforschung siehe Breidenstein et al., Ethnografie (2015); Meyer et al. (Hg.), Ins Feld und zurück – Praktische Probleme qualitativer Forschung in der Sozialgeographie (2018).

<sup>464</sup> Hess et al. (Hg.), Der lange Sommer der Migration (2016).

Menschen, die in Deutschland Schutz suchen, brauchen Asylverfahren, die schnell, umfassend und rechtssicher bearbeitet werden. Deren Bearbeitung erfolgt künftig in zentralen Aufnahme-, Entscheidungs- und Rückführungseinrichtungen, in denen BAMF, BA, Jugendämter, Justiz, Ausländerbehörden und andere Hand in Hand arbeiten.

Beide Forschungsfelder stehen somit exemplarisch für verschiedene Phasen der Migrationspolitik nach 2015, sie stehen jedoch nicht exemplarisch für die Flüchtlingsunterbringung in Deutschland im Allgemeinen. Diese ist durch äußerst heterogene Unterbringungsstandards geprägt, die von Bundesland zu Bundesland und von Kommune zu Kommune variieren (zur Varianz der rechtlichen Regelungen siehe C III 1 a).<sup>465</sup> Teilweise wird die Flüchtlingsunterbringung in den Kommunen nicht durch Sammellager gewährleistet, sondern eine Versorgung mit Wohnraum findet durch dezentrale Wohnungen statt. Die beiden Forschungsfelder stellen deshalb allein schon durch die Größe ihrer Aufnahmekapazitäten ›Extreme‹ der deutschen Flüchtlingsunterbringung dar, was sich auch in der verstärkten medialen und politischen Aufmerksamkeit für die Unterkünfte spiegelt. Rechtlich fallen sie in die Kategorie der »Erstaufnahmeeinrichtungen«.<sup>466</sup> Sie bieten sich vor diesem Hintergrund dennoch als geeignete Forschungsfelder an: Der mediale Fokus führte dazu, dass die Betreiber und die Behörden den Betrieb der Unterkunft als Politikum und damit repräsentativ für eine gelingende Migrationspolitik verstanden. Er fungierte somit als Brennglas für die Frage danach, wie rechtliche Rationalitäten den rechtlichen Rahmen der für die Migrationspolitik repräsentativen Flüchtlingsunterkünfte formen und wie Recht in ihnen angewendet wird.

### (1) Notunterkunft im Flughafen Berlin Tempelhof

Die Notunterkunft im ehemaligen Flughafen Tempelhof wurde im Dezember 2015 in Reaktion auf die vermehrte Migration syrischer Geflüchteter eröffnet. Die Notunterkunft wurde 2017 geschlossen, wobei das Berliner Ankunftscentrum bis 2019 in den Hangars blieb. Inzwischen im Jahr 2023 ist die Notunterkunft wiedereröffnet worden, jedoch mit Containern in den Hangars statt offenen Abteilen. In den ersten Zeitraum der Notunterkunft (2015 bis 2017) fällt die Datenerhebung für diese Studie

<sup>465</sup> Aumiüller et al., Die Aufnahme von Flüchtlingen in den Bundesländern und Kommunen: Behördliche Praxis und zivilgesellschaftliches Engagement (2015); Wendel, Unterbringung von Flüchtlingen in Deutschland: Regelungen und Praxis der Bundesländer im Vergleich (2014); Schamann/Kühn, Kommunale Flüchtlingspolitik in Deutschland (2016). Zur rechtlichen Einordnung der diversen (nicht vorhandenen) Mindeststandards siehe C III 1 a.

<sup>466</sup> Siehe zum rechtlichen Begriff der Erstaufnahmeeinrichtung C II 1 b.

mittels Interviews. Der 1941 erbaute Flughafen Tempelhof wurde während des NS-Regimes zur Zwangsarbeit benutzt, und auf dem Gelände des Flughafens wurde ein Konzentrationslager betrieben. Nach dem Zweiten Weltkrieg wurde die sogenannte Luftbrücke über den Tempelhofer Flughafen organisiert, 2008 wurde der Betrieb des Flughafens eingestellt.<sup>467</sup> Die Hangars des Flughafens erstrecken sich über eine Länge von 1,2 Kilometern. Mehrere Busstationen sowie die U-Bahn-Station »Platz der Luftbrücke« schließen das Gelände an den öffentlichen Nahverkehr an.

Die Notunterkunft wurde zu Beginn der Forschung vom Landesamt für Gesundheit und Soziales<sup>468</sup> (Lageso) geleitet, ab 2016 vom Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten (LAF).<sup>469</sup> Berlin hat ein zweistufiges Unterbringungssystem, bei dem die Geflüchteten von der Erstaufnahme in Gemeinschaftsunterkünfte verteilt werden.<sup>470</sup> Berlin war zum Zeitpunkt der Forschung außerdem das einzige Bundesland ohne ein eigenständiges Landesaufnahmegeresetz. Die Mindeststandards in der Flüchtlingsunterbringung wurden als Vertragsanhang bei der Auftragsvergabe festgelegt.<sup>471</sup> Über die Organisation der Flüchtlingsunterbringung durch das Lageso sowie das LAF wurden zahlreiche Machtmissbräuche bekannt, von Korruption in der Unterkunftsvergabe<sup>472</sup> bis hin zu der von den beauftragten Sicherheitsfirmen organisierten Prostitution in der Unterbringung.<sup>473</sup>

Vor allem aber die Größe der Notunterkunft hat dazu geführt, dass das erste Forschungsfeld medial in den Jahren 2015 und 2016 stark im

<sup>467</sup> Online: <https://www.thf-berlin.de/standortinfos/standortgeschichte/> (zuletzt besucht am 10.08.2023).

<sup>468</sup> Vgl. Gesetz über die Errichtung eines Landesamtes für Gesundheit und Soziales Berlin und eines Landesamtes für Arbeitsschutz, Gesundheitsschutz und technische Sicherheit Berlin vom 12.11.1997 (GVBl. S. 596).

<sup>469</sup> Die Zuständigkeit des Landesamts für Flüchtlingsangelegenheiten ergibt sich aus § 2 Gesetz zur Errichtung eines Landesamtes für Flüchtlingsangelegenheiten und zur Anpassung betroffener Gesetze vom 14.03.2016 (GVBl. S. 93) i.V.m. § 4 sowie Anlage Nr. 14 (16) Gesetz über die Zuständigkeiten in der Allgemeinen Berliner Verwaltung vom 22.07.1996, zuletzt geändert durch Gesetz vom 12.05.2022 (GVBl. S. 191).

<sup>470</sup> § 2 Abs. 1 i.V.m. Anlage 1 Nr. 2 Gesetz zur Errichtung eines Landesamtes für Flüchtlingsangelegenheiten und zur Anpassung betroffener Gesetze.

<sup>471</sup> *Landesamt für Flüchtlingsangelegenheiten Berlin*, Anlage 1: Leistungs- und Qualitätsbeschreibung. GU 2 zum Betreibervertrag Flüchtlingsunterbringung vom 12.04.2018.

<sup>472</sup> 2017 wurde etwa ein Beamter zu zwei Jahren und acht Monaten Gefängnisstrafe verurteilt, weil er 143.000 € Bestechungsgeld einer Sicherheitsfirma angenommen hatte, die er im Anschluss mit der Bewachung einer Flüchtlingsunterkunft beauftragte, vgl. *Memarnia*, Korruptionsvorwurf in Berlin: Lageso-Referatsleiter festgenommen, taz online vom 25.02.2016.

<sup>473</sup> *Santina/Ul-Haq*, Flüchtlinge zur Prostitution gezwungen, Frontal 21 vom 24.10.2017.

Fokus stand. Die Belegzahlen betragen zu Höchstzeiten bis zu 2300 Personen.<sup>474</sup> Ermöglicht wurden diese hohen Belegungszahlen durch kleinräumige Abteile in den Hangars, in denen die Bewohnerinnen und Bewohner in Hochbetten schliefen. Diese Abteile hatten weder eine Decke noch abschließbare Türen. Die Hangars, in denen die Notunterkunft eingerichtet wurde, waren umzäunt. Betrieben wurde die Notunterkunft von der privaten Firma Tamaja GmbH.<sup>475</sup> Zur Zeit der Forschung in der Unterkunft wurde der Eingang zeitweise durch einen Sicherheitsdienst mittels Flughafenkontrolle kontrolliert, das heißt Taschen wurden gecheckt und die Personen abgetastet. Obwohl die Notunterkunft zunächst nur für Kurzaufenthalte gedacht war, gab es Geflüchtete, die teilweise bis zu über einem Jahr in der Notunterbringung wohnten.<sup>476</sup>

In der Unterkunft selbst gab es während der Zeit der Forschung keine Kochmöglichkeiten für die Bewohnerinnen und Bewohner, das Essen wurde durch einen externen Caterer gestellt. In den Hangars waren verschiedene Initiativen angesiedelt, etwa das »Willkommen in Arbeit«-Büro,<sup>477</sup> zudem gab es neben den festangestellten Sozialarbeitenden externe Sozialarbeitende, die eine aufsuchende Sozialarbeit betrieben. Es gab während der Zeit der empirischen Forschung zudem einen Medi-Point, zu dem die Bewohnerinnen und Bewohner gehen sollten, bevor sie das reguläre Gesundheitssystem aufsuchten. Zu Beginn der Unterbringung in den Hangars verfügte die Notunterkunft über keine eigenen Duschen,<sup>478</sup> so dass die Geflüchteten mit Bussen zu den nächstgelegenen Turnhallen gefahren wurden. Die Unterkunft stellte keinen Wlan-Anschluss zur Verfügung. Während des Forschungszeitraums bot die Refugee Law Clinic einmal die Woche eine kostenlose Rechtsberatung an.

Die Hausordnung verbietet das Mitbringen von Essen, gefährlichen Gegenständen sowie Alkohol und erlaubt Besuch nur tagsüber in den hierfür vorgesehenen Besuchsräumen.<sup>479</sup>

## (2) AnkER-Zentrum Ingolstadt-Manching

Das AnkER-Zentrum in Ingolstadt-Manching fungiert als Teil der »AnkER«-Strategie der Großen Koalition (2017-2021); der Begriff AnkER

474 Anhang 1: Factsheet – NUK Tempelhof.

475 Siehe zur Privatisierung der deutschen Flüchtlingsunterbringung Kapitel C III 2.

476 Vgl. etwa Götzke, Flüchtlinge in Dauer-Notunterkunft – Eheleben im Hangar, DLF-Magazin vom 19.10.2017.

477 Müller, Erstes «Willkommen-in-Arbeit-Büro» für Flüchtlinge eröffnet, ta-gesspiegel online vom 27.01.2016.

478 Flüchtlingsrat Berlin, »Konflikte sind hausgemacht – Massenunterkunft in Tempelhofer Hangars ist unverantwortlich«, Pressemitteilung vom 30.11.2015.

479 Zur Einsicht in die Hausordnung der NUK Tempelhof, siehe Anhang 2.

steht für Ankunft, Entscheidung und Rückführung. Die AnkER-Einrichtungen selbst haben als Unterbringungsform keine eigenständige gesetzliche Grundlage, sondern ihren Ursprung lediglich im Koalitionsvertrag der Großen Koalition »Ein neuer Aufbruch für Europa. Eine neue Dynamik für Deutschland. Ein neuer Zusammenhalt für unser Land. Koalitionsvertrag zwischen CDU, CSU und SPD« aus dem Jahr 2018. Die Anker-Einrichtung Ingolstadt-Manching entstand aus der Ankunfts- und Rückführungseinrichtung (ARE) Ingolstadt-Manching, die zunächst der Bearbeitung der Asylanträge von Geflüchteten aus dem Westbalkan dienen sollte.<sup>480</sup> Sie wurde 2018 zur AnkER-Einrichtung. Die AnkER-Einrichtung bestand aus acht Dependancen in Ingolstadt, Manching, München, Garmisch, Fürstenfeldbruck und Waldkraiburg.<sup>481</sup> Für die vorliegende Feldforschung wurden Bewohnerinnen und Bewohner der Dependance in der Max-Immelmann-Kaserne, Manching (einer Dependance des AnkER-Zentrums mit einer Kapazität von bis zu 500 Bewohnern), sowie der etwas kleineren Dependance Ingolstadt Marie-Curie-Straße interviewt sowie drei Dependancen des AnkER-Zentrums Ingolstadt/Manching zusammen mit dem Infos-Bus des Münchner Flüchtlingsrats besucht. Die besuchten Dependancen lagen abgelegen am Ortsrand und in Industriegebieten und waren eingezäunt, die Eingänge wurden von Sicherheitspersonal kontrolliert. Die Hauptdependance in der Max-Immelmann-Kaserne bestand aus ehemaligen Militär-Baracken, in denen zusätzlich zur Geflüchtetenunterbringung die für das Asylverfahren relevanten Behörden vor Ort gebündelt wurden: das Bundesamt für Migration und Flüchtlinge (BAMF), die Zentrale Ausländerbehörde (ZAb.), das Sozialamt und eine Außenstelle des Verwaltungsgerichts.

Die Regierung von Oberbayern ist als mittlere Behörde für den Betrieb des AnkER-Zentrums zuständig<sup>482</sup> und hat hierzu private Firmen beauftragt. Der private Betreiber des AnkER-Zentrums war zunächst das private Unternehmen PulsM; ab 2021 wurde das AnkER-Zentrum vom Unternehmen JonasBetterplace GmbH betrieben. Im Jahr 2018 erteilte die Regierung von Oberbayern der mobilen Rechtsberatung des Flüchtlingsrats und Amnesty International Hausverbot für die Unterkünfte mit der Begründung

<sup>480</sup> Bayerisches Staatsministerium des Innern, für Sport und Integration, Max-Immelmann-Kaserne Ankunfts- und Rückführungseinrichtung für Asylbewerber vom Balkan, Pressemitteilung vom 30.07.2015.

<sup>481</sup> ANKER-Watch, AnkER-Zentren und Dependancen.

<sup>482</sup> Die Zuständigkeit ergibt sich aus Art. 2 Abs. 1 S. 1 Gesetz über die Aufnahme und Unterbringung der Leistungsberechtigten nach dem Asylbewerberleistungsgesetz vom 24.05.2002 (GVBl. S. 192) i.V.m. §§ 1 Abs. 1 Nr. 1, 4 Abs. 1 und 2 Verordnung zur Durchführung des Asylgesetzes, des Asylbewerberleistungsgesetzes, des Aufnahmegesetzes und des § 12a des Aufenthaltsgegesetzes vom 16.08.2016 (GVBl. S. 258).

von Sicherheitsgefahren, worauf der Münchener Flüchtlingsrat Klage vor dem Verwaltungsgericht einreichte (hierzu mehr unter C III 4 b (2)).<sup>483</sup>

Die Bewohnerinnen und Bewohner waren in Mehrbettzimmern, zum Teil in Hochbetten, untergebracht. Es gab keine Kochgelegenheiten, das Essen wurde in Kantinen verteilt. Zur Zeit der Feldforschung gab es ebenfalls keinen von der Heimleitung zentral angebotenen Internetanschluss in den Dependancen. Die Hausordnung zum Zeitpunkt der Feldforschung verbot das Mitbringen von Essen, Elektrogeräten, scharfen Gegenständen und Alkohol sowie den Besuch von Menschen, die nicht in der AnkER-Einrichtung wohnen. Sie erlaubte den Sicherheitsmitarbeitenden zudem den Zutritt zu den Zimmern der Bewohnerinnen und Bewohner sowie verdachtslose Taschendurchsuchungen auf dem Grundstück der AnkER-Einrichtungen.<sup>484</sup>

Es gab in der AnkER-Einrichtung zum Zeitpunkt der Forschung keine aufsuchende Sozialarbeit, sondern regelmäßige Sozialarbeits-Sprechstunden der Caritas.<sup>485</sup> Die medizinische Versorgung wurde durch nur für die Dependancen zuständige Hausärzte gewährleistet, die dann Überweisungen an die Spezialisten tätigten.<sup>486</sup>

### *b. Daten-Korpus*

#### (1) Rechtliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung

Gegenstand der empirischen Untersuchung war dabei einerseits die rechtliche Regelung der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland im Forschungszeitraum, das heißt bis September 2023. In diesem Zusammenhang wurden die Gesetzgebung des Asylgesetzes, Asylbewerberleistungsgesetzes sowie des Aufenthaltsgesetzes, die dazugehörige rechtsdogmatische Literatur sowie Gerichtsverfahren der Verwaltungsgerichte, Sozialgerichte sowie des Bundesverfassungsgerichts gesichtet und in den Datenkorpus der empirischen Forschung integriert. Ziel war es dabei, zu analysieren, was die deutsche Rechtswissenschaft sowie die gerichtliche Praxis als »Sollen« in der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland

483 *Münchener Flüchtlingsrat*, Münchener Flüchtlingsrat erhebt Klage gegen Regierung von Oberbayern wegen Zugangsverbot des Info-Busses, Pressemitteilung vom 8.2.2018.

484 Für die Hausordnung der AnkER-Einrichtung zur Zeit der Forschung, siehe Anhang 3.

485 Online: <https://www.caritas-nah-am-naechsten.de/caritas-zentrum-pfaffenhofen/cont/39747> (zuletzt besucht am 24.03.2022).

486 Die Gesundheitsversorgung folgt hier insofern dem Sachleistungsprinzip, vgl. § 6 Abs. 1 S. 2 AsylbLG.

konstruieren und damit die verschiedenen rechtlichen Rationalitäten und deren Kollisionen herauszuarbeiten. Die Einbeziehung der Gesetzestexte selbst sowie der Rechtsdogmatik folgt dabei – wir zuvor erörtert – der Annahme, dass Recht als soziale Norm sich nicht in rein normative Sollensgeltung und rein faktische Seinsgeltung aufspalten lässt.<sup>487</sup> Für die Rechtssoziologie bedeutet das, dass ihr Gegenstand sich nicht auf ein Verständnis des »lebenden Rechts« reduzieren lässt, das dieses mit seiner Wirksamkeit gleichsetzt und sich klassischer Weise auf die tatsächliche Umsetzung der Rechtsnormen, etwa in Form von Gerichtsentscheidungen, konzentriert.<sup>488</sup> Vor dem Hintergrund, dass Rechtswissenschaft Recht hervorbringt,<sup>489</sup> muss vielmehr die »eigenständige juristische Wahrheit des Rechts als soziales Phänomen in den Blick «<sup>490</sup> genommen werden, um die verschiedenen rechtlichen Rationalitäten offenzulegen.

## (2) Leitfaden-gestützte Interviews

Zusätzlich zu den ›Daten‹ aus der Rechtswissenschaft wurden Daten mit Hilfe von qualitativen Interviews erhoben. Die Interviews zur Flüchtlingsunterkunft Berlin Tempelhof wurden in den Jahren 2016 und 2017 durchgeführt, die Interviews zum AnkER-Zentrum Ingolstadt-Maching in den Jahren 2020 und 2021. Insgesamt wurden 30 Menschen aus

<sup>487</sup> »Die wichtigste Frage, die diese in unserer Zeit zu lösen hat, ist: mit welchen Erscheinungen sich der Soziologe zu beschäftigen und in welcher Weise er die Tatsachen für deren Erkenntnis und Erklärung zu sammeln hat. Die gesellschaftlichen Erscheinungen auf dem Rechtsgebiete, auf die es für die wissenschaftliche Erkenntnis des Rechts ankommt, sind vor allem die Tatsachen des Rechts selbst: die Übung, die in den menschlichen Verbänden jedem Einzelnen seine Stellung und seine Aufgabe bestimmt, die Herrschafts- und Besitzverhältnisse, die Verträge, Satzungen, letztwilligen Anordnungen und sonstigen Verfügungen und der Erbgang. Dann kommt der Rechtssatz, bloß als Tatsache, also nur nach seinem Ursprung und seiner Wirkung, nicht auf seine praktische Anwendung und Auslegung hin betrachtet; endlich alle die gesellschaftlichen Kräfte, die zur Rechtsbildung führen. Auf diese Erscheinungen müsste daher das Auge des Soziologen gerichtet sein, und er müsste die Tatsachen sammeln, die diese Erscheinungen ergeben und erklären«. *Ehrlich*, Grundlegung der Soziologie des Rechts (1989), S. 533.

<sup>488</sup> Schulz-Schaeffner hebt in diesem Zusammenhang den Einfluss des Legal Realism und der Rechtsstabstheorie hervor, die einen Rechtsbegriff entwickelten, »der in keiner Weise mehr auf den normativen Rechtsbegriff der Juristen zurückgreifen muss, sondern allein am empirischen Phänomen orientiert ist«. *Schulz-Schaeffer*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, S. 146ff.

<sup>489</sup> Klausur nach *Schulz-Schaeffer*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, S. 169.

<sup>490</sup> *Schulz-Schaeffer*, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2004, S. 169.

verschiedenen Statusgruppen<sup>491</sup> in den beiden Unterkünften interviewt.<sup>492</sup> Die Auswahl der Interviewten folgte den methodologischen Prämissen der Regime-Analyse. Es wurden deshalb nicht etwa nur die Betreiber oder Behördenmitarbeiterinnen und -mitarbeiter interviewt, sondern verschiedene »Regime-Akteure«. Interviewt wurden neun Bewohnerinnen und Bewohner, zwei Sozialarbeiterinnen und Sozialarbeiter, vier Rechtsanwältinnen und Rechtsanwälte und vier Rechtsberatende, vier Behördenmitarbeiternde, fünf Expert/innen sowie teilweise Unterkunftsbetreiber selbst. Bei den Interviews handelt es sich um 30-60minütige leitfadengestützte Interviews, deren Transkripte ausgewertet wurden. Auch die Erstellung der Interview-Leitfäden folgte methodologischen Annahmen, die dem theoretisch entwickelten Rechtsbegriff des Rechts als sozialer Norm folgten. So wurde nicht nur gefragt, ob Recht in den Unterkünften Anwendung findet, sondern auch, wie es angewendet wird und welchen Stellenwert es für die unterschiedlichen Statusgruppen in der Unterkunft einnimmt. Die Interviews mit den Bewohnerinnen und Bewohnern wurden zum größten Teil auf Englisch geführt. Sie haben zudem einen männlichen Bias; unter den Interviewten befand sich nur eine Frau.

### c. Datenauswertung

Als Methode der Datenauswertung wurde das Konzept der thematischen Analyse nach Braun und Clarke<sup>493</sup> verwendet. Die thematische Analy-

491 Für die Leitfäden der Interviews siehe Anhang 4. Einzelne Personen wurden dabei auch zweimal interviewt.

492 Die Erhebung und Verarbeitung der Interviewdaten war wiederum vom subjektiven Blick der Forscherin geprägt, der sich jedoch nicht unabhängig von den »beforschten« Interviewten entwickelte, vgl. hierzu Breuer, Forum Qualitative Sozialforschung 2003. Die Interaktion mit den Interviewten war in der vorliegenden Forschung zunächst durch Sprachbarrieren geprägt, aber auch Hemmungen der Interviewten, in den Interviews offen zu sprechen. Die weiße, akademische Forscherin führte diese Hemmungen auf die stark voneinander abweichenden Lebensrealitäten von ihr und den Interviewten zurück in Bezug auf den (unsicheren) Aufenthaltsstatus, Arbeitsverbote, Bildung sowie rassistische Diskriminierungserfahrungen im Lager. Die Schärfe dieses differenzierenden Blicks weichte sich im Verlauf der Forschung auf: Die Interviewten ließen sich aufgrund ihrer heterogenen Hintergründe und Ansichten nicht in starre Diskriminierungs-Kategorien einordnen, sondern waren in ein Netz von sich verschränkenden Diskriminierungsachsen eingespannt. Zugleich ermöglichten die Einblicke der ersten Interviews in den Lageralltag der Forscherin, in den folgenden Interviews schneller Vertrauen aufzubauen, etwa indem sie teilweise an die Erfahrungen anderer Interviewter anknüpfte.

493 Braun/Clarke, Qualitative Research in Psychology 2006.

se ist eine von vielen Auswertungsmethoden qualitativer empirischer Forschung. Sie zeichnet sich zunächst durch ihre Anwendungsoffenheit aus, da sie nicht an eine spezifische Methodologie gebunden ist,<sup>494</sup> und geht, anders als etwa die qualitative Inhaltsanalyse, weniger streng regelgeleitet vor.<sup>495</sup> Im Rahmen der thematischen Analyse wird nach »Themen« und Mustern mittels eines Codierungsprozesses mit aufeinanderfolgenden Schritten gesucht. Die Daten-Auswertung erfolgt in der Regel in sechs Schritten: Nachdem sich die Forscherin mit dem Datenmaterial vertraut gemacht hat (1), werden erste zusammenfassende Codes für das Datenmaterial erstellt (2). In der vorliegenden Forschung wurden die Codes in einem ersten Schritt mit dem Programm MaxQDA erstellt und orientierten sich teilweise an den Fragen der leitfadengestützten Interviews, die mit deduktiven theoretischen Prämissen arbeiteten (s.o.). Da die Interviewten beispielsweise nach Konflikten in der Unterkunft gefragt wurden, tauchte das Thema der »Konflikte« auch als Code im ersten Auswertungsschritt auf. Andere Codes, wie etwa »Misstrauen gegenüber den Behörden« ergaben sich induktiv aus dem Interviewmaterial, ohne dass explizit danach gefragt wurde.

Im Anschluss werden die ersten größeren Themen entwickelt (3), die dann erneut mit dem Datenmaterial abgeglichen werden (4). Ist dieser Abgleich erfolgt, werden die Themen endgültig definiert und benannt (5) und die abschließende Analyse verfasst (6).<sup>496</sup> Was dabei als »Thema« gewertet wird, orientiert sich nicht an starren Kriterien, wie etwa dem quantitativen Vorkommen eines Themas in den Daten: »Furthermore, the ›keyness‹ of a theme is not necessarily dependent on quantifiable measures – but rather on whether it captures something important in relation to the overall research question«.<sup>497</sup> In Bezug auf die Frage danach, wie die rechtlichen Räume in der deutschen Flüchtlingsunterbringung geschaffen werden, ergaben sich zunächst die Oberthemen »Migrationssteuerung«, »Verwaltung« und »Autonomie der Bewohnenden«, denen sich wiederum mehrere Codes zuordnen ließen. Diese drei Oberthemen waren zunächst von den verschiedenen Perspektiven geprägt, bei denen sich die rechtliche Prekarisierung der Bewohnerinnen und Bewohner abzeichnete, während die Betreiber und Behördenmitarbeitenden auf verschiedene tatsächlich vorhandene Unterstützungsangebote hinwiesen. Die These der rechtlichen Paradoxie ergab sich demnach induktiv aus der Auswertung des Datenmaterials und wurde im Rahmen der Interpretation und Rückbindung an rechtstheoretische Analysen präzisiert.

<sup>494</sup> Braun/Clarke, Qualitative Research in Psychology 2006, S. 78.

<sup>495</sup> Mayring/Fenzl, in: Handbuch Methoden der empirischen Sozialforschung (2019), S. 546.

<sup>496</sup> Braun/Clarke, Qualitative Research in Psychology 2006, S. 87ff.

<sup>497</sup> Braun/Clarke, Qualitative Research in Psychology 2006, S. 82.