

4. Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung: Person und Ausnahme

4.1 Kapitalismus, Totalitarismus und Menschenrechte (Neumann)

In ihren kritischen Analysen geht es Arendt wie Agamben um die Weise, in der die Menschenrechte mit dem Nationalstaat zusammenhängen. Für beide ergibt sich das Problem der Menschenrechte nicht aus diesen allein, sondern aus ihrer Verbindung mit der nationalstaatlichen Ordnung. Sie beschreiben diese Verbindung und das darin liegende Problem allerdings in konträrer Weise. Deutlich wird dies in der Frage, für wen – für welche Menschen – die Verbindung von Nationalstaat und Menschenrechten zum Problem wird. Arendt zufolge erweist sich die Problematik der Menschenrechte für jene, die, da sie keine oder keine vollen Bürger sind, aus dem Nationalstaat ausgeschlossen werden. Der Ausschluss aus dem Nationalstaat ist in zweifacher Hinsicht verheerend: Er bedeutet erstens den Ausschluss aus einer politischen Gemeinschaft überhaupt und damit den Verlust jener Fähigkeiten des Miteinandersprechens und Zusammenhandelns, die für die menschliche Lebensform konstitutiv sind.¹ Zweitens folgt aus dem Ausschluss aus dem Nationalstaat der Verlust der Möglichkeit, die Menschenrechte, die nur der Staat garantieren kann, wirkungsvoll einzuklagen. Das Problem des Ausschlusses – und damit die Problematik der Menschenrechte – lässt sich unter nationalstaatlichen Bedingungen nicht lösen, weil der Nationalstaat mit dem Prinzip der Nativität auch den Ausschluss zum Prinzip hat. Nach Agamben realisiert sich das Problem der Menschenrechte hingegen vor allem in jenen, die als Bürger_innen in den Nationalstaat eingeschlossen werden und deren bloßes Leben das Fundament nationalstaatlicher Souveränität bildet. Auch in dieser Lesart, die ich am Ende des letzten Kapitels kritisiert habe, erscheint eine Lösung der Problematik unter den Bedingungen des Nationalstaats nicht möglich. Denn der Nationalstaat beruht auf ebenjenem Einschluss der Menschen, in dem das Problem der Menschenrechte liegt – und bringt dieses Problem damit dauerhaft hervor.

1 Arendt bezieht sich hier auf die zeitgenössische Situation: Im 20. Jahrhundert, in dem sich das System der Nationalstaaten weltweit lückenlos ausgebreitet hat, ist die Zugehörigkeit zu einem Staat deshalb so entscheidend, weil »jeder, der aus einer dieser geschlossenen politischen Gemeinschaften ausgeschlossen wurde, sich plötzlich aus der gesamten ›Familie der Nationen‹ ausgeschlossen fand«. (Arendt 1949, 757)

Auch wenn Arendt das Problem der Menschenrechte als ein Problem des Ausschlusses des Menschen aus der nationalstaatlichen Ordnung begreift, während Agamben es als Problem des Einschlusses des Menschen in den Nationalstaat fasst, lautet die Beschreibung des Menschen, an dem sich das Problem manifestiert, weitgehend gleich. Es handelt sich um einen Menschen, der seiner politischen Fähigkeiten, die ihn zum Menschen machen, beraubt und auf seine bloß physische Existenz reduziert worden ist. Der vom Schutz der Menschenrechte ausgeschlossene Mensch (Arendt) und der durch die Menschenrechte eingeschlossene und dem Staat preisgegebene Mensch (Agamben) ist jeweils nacktes Leben.²

Drastische Züge erhält Arendts Kritik durch ihren Hinweis, dass der rechtlose, aus der nationalstaatlichen Ordnung ausgeschlossene Mensch jenem Bild des Menschen entspricht, das im Kern der Menschenrechtsidee steht: In der menschenrechtlichen Fiktion des Menschen findet jene absolute Vereinzelung Ausdruck, die sich im Menschen ohne Rechte realisiert. Agamben radikalisiert diese Drastik, wenn er argumentiert, dass sich das menschenrechtliche Bild des nackten Menschen nicht bloß in jenen Menschen verwirklicht, denen die Menschenrechte fehlen, sondern gerade in jenen, die diese Rechte haben. Aus dieser unterschiedlichen Perspektive darauf, wie nacktes Leben produziert wird, erklärt sich der konträre politische Fluchtpunkt der Analysen: Während Arendt in Form des »Rechts auf Rechte« eine Anbindung aller an die Beziehungen einklagt, in denen das Politische besteht, fordert Agamben, das Politische »nicht mehr in Form einer Beziehung zu denken« (HS, 71)³

Der Punkt, an dem sich Arendts und Agambens Analyse nackten Lebens – nacktes Leben durch Ausschluss und nacktes Leben durch Einschluss – kreuzen, ist die Rolle, die dem Totalitarismus und seinen Laboratorien, den Lagern, zukommt. In den Lagern verbindet sich die Logik des Ausschlusses aus dem Nationalstaat (Entzug der Staatsbürgerschaft) mit jener des Einschlusses (Gefangennahme). Der hier hervorgebrachte abstrakte Mensch ist, so Arendt, »in seiner absolut einzigartigen, unveränderlichen und stummen Individualität« das »genaue Gegenbild des Staatsbürgers«. (Arendt 2011a, 623f.) Während der Staatsbürger die Allgemeinheit des Menschen verkörpert, indem er im gemeinsamen öffentlichen Raum spricht und handelt, sind die Gefangenen des Lagers die Abstraktion von dieser Allgemeinheit: aus der Gemeinschaft ausgeschlossen

- 2 Auch Arendt spricht von der »abstrakten Nacktheit des Menschseins« und dem »abstrakte[n] Menschenwesen« (Arendt 2011a, 619 bzw. 623), wobei die entblößende Abstraktion ebenfalls im Entzug der konstitutiven politischen Qualitäten des Menschen liegt.
- 3 Auf Agambens Vorschlag kann an dieser Stelle nicht näher eingegangen werden; er adressiert die Frage, welche Form eine Politik annehmen könnte, die aus ihren – immer schon kontaminierten – Beziehungen gelöst ist, insbesondere in Agamben 2012b und in Agamben 2016.

und nichts weiter als ein physischer Körper, ein Exemplar der menschlichen Tierart oder gar nur noch ein bloßes »Ding«.⁴ (ebd., 907f.) Der nackte Mensch, dessen Idee die Menschenrechte unwillentlich enthalten und dessen Realität die Ordnung der Nationalstaaten absichtslos hervorbringt, ist zugleich die Fiktion eines »neuen Menschen«, dessen Erschaffung sich der Totalitarismus zum Ziel setzt: ein Mensch, der sich darin erschöpft, Repräsentant seiner Art zu sein. (vgl. ebd., 865 und 908) Jeder Spontaneität beraubt, ist dieser Mensch mit dem totalitären Gesetz identisch. (vgl. ebd., Kap. 13, insbes. S. 949f. und 955) Agamben stimmt mit Arendt überein, dass der Totalitarismus die Koinzidenz des Menschen mit dem Gesetz bedeutet und entwickelt diesen Gedanken in seiner Deutung des »Muselmanns« weiter.

Die Figur des Muselmanns, das nackte Leben des Lagers, ist für Agamben – darin besteht die genannte Radikalisierung gegenüber Arendt (und seine von Schmitt übernommene Heuristik der Ausnahme) – nur die äußerste Manifestation der politischen Normalität der Neuzeit. In der Neuzeit wird, so Agamben, das nackte Leben zum neuen politischen Subjekt. Dies schlägt sich in der neuen politischen Rolle des Körpers nieder: Nicht die Freiheit, sondern der Körper des Menschen wird das Zentrum des Politischen; nicht *homo*, sondern bloß *corpus* steht am Anfang der modernen Demokratie. (vgl. HS, 132) Den Zusammenhang von Menschenrechten und Ausnahmezustand sieht Agamben darin, dass der Mensch politisch nurmehr als Körper in Betracht kommt – und realiter von allem, was nicht Körper ist, getrennt wird: »Derjenige, der sich später als Träger der Menschenrechte und mit einem merkwürdigen Oxymoron als das neue souveräne Subjekt (*subiectus superaneus*, das was zugleich unten und am höchsten ist) präsentieren wird, kann sich als solches nur dadurch konstituieren, daß er die souveräne Ausnahme wiederholt und in sich selbst *corpus*, das nackte Leben, isoliert.« (HS, 132f., Hervorh. im Original)

Mittels der Figur der Menschenrechte wird das nackte Leben – der tötbare Körper der Menschen – dem Staat als dessen Fundament eingeschrieben. Die Verwandlung des Menschen in den Bürger, die durch den ersten physischen Atemzug erfolgt, ist mit der Reduktion des Menschen auf das tötbare physische Leben identisch. So lässt sich die Paradoxie der Menschenrechte nach Agamben verstehen: Die Hervorbringung des Bürgers bedeutet die Hervorbringung seines Gegenteils, des *homo sacer*, im selben Menschen und im selben Moment seiner Geburt. Hinter der

4 Auch wenn in Arendts Kritik das Moment einer Reduktion des Menschen auf den Körper ungleich weniger präsent ist als bei Agamben, hat es für ihre Kritik gleichwohl zentrale Bedeutung, was etwa Rancière erkannt hat, wenn er bemerkt, dass Arendt in den Menschen, die nur noch ihr Nichts-als-Menschsein haben, »den ›Körper‹ [fand], der zur Abstraktion der Rechte paßte«. (Rancière 2011, 475)

»Maske des Bürgers« (HS, 141) steht ein Mensch, der im höchstmöglichen Maße verdinglicht ist, unfähig zum Politischen, da ihm jede Qualität genommen ist, die sein Körper-Sein transzendiert.

Die Verbindung der Menschenrechte zum Totalitarismus sehen Arendt und Agamben darin, dass die Menschenrechte einen Menschen denken (Arendt) oder schaffen (Agamben), der auf seine isolierte Körperlichkeit, auf reine *physis* reduziert ist. Diese Reduktion auf den Körper bedeutet eine Abstraktion des Menschen: Nur noch Körper, ist der Mensch von der politischen Gemeinschaft und damit von sich selbst als Mensch getrennt. In eben diesem abstrakten Menschen hat der Totalitarismus seine Fiktion vom »neuen Menschen«. Mit dem Totalitarismus sind die Menschenrechte aus dieser Perspektive insofern verbunden, als sie an der Fiktion, auf die dieser zielt, ideell (Arendt) oder realiter (Agamben) Anteil haben. Als physisches Abstraktum, Körperding oder »Reaktionsbündel« (Arendt 2011a, 907) ist der Mensch austauschbar, ein folgenlos tötbares Leben und insofern eine Ausnahme vom Recht. Die Privation von seinen menschlich-politischen Qualitäten versetzt den abstrakten Menschen in einen dauerhaften privaten Ausnahmezustand. Durch ihre Verbindung zum Abstraktum »Mensch« leisten die Menschenrechte nicht, was man sich von ihnen verspricht: Sie schaffen keine Verbindung des Menschen mit dem Recht, sondern positionieren ihn als Ausnahme und trennen ihn (dadurch) von seinem Mensch- bzw. Subjektsein.

Der Vorwurf der Nähe zum Totalitarismus, in dem die Kritik der Menschenrechte bei Arendt und Agamben jeweils ihre schärfste Spitze erreicht, ist der Vorwurf, theoretisch (Arendt) oder praktisch (Agamben) vom Menschen als Menschen zu abstrahieren. Diese Kritik betrifft weniger die Tatsache, dass abstrahiert wird, als die Weise, wie dies geschieht. Dass abstrahiert wird, hat einen einsichtigen Grund: Die Menschenrechte müssen vom besonderen Menschen abstrahieren, um sich auf den Menschen im Allgemeinen und damit auf jeden Menschen zu beziehen. An der Frage, wovon zu abstrahieren sei und was als »allgemeinmenschlicher Bestand« übrig bleibt, setzt ihre Kritik ein.⁵

Die zwei Einwände gegen die Abstraktion der Menschenrechte

Die Kritik an abstrakten Bildern vom Menschen hat Tradition, wobei sich zwei Spielarten oder vielmehr Stufen dieses kritischen Einwands unterscheiden lassen: eine richtet sich gegen den Kapitalismus und eine gegen den Totalitarismus. Die These, die ich in diesem Kapitel belegen

- 5 Gegen die dominanten Weisen, das »Allgemeinmenschliche« zu bestimmen, richten sich auch viele einschlägige feministische und postkoloniale Kritiken der Menschenrechte; siehe etwa die Beiträge in Dhawan 2014, Teil III.

möchte, lautet, dass zwischen diesen beiden Einwänden ein Verhältnis besteht und dass es in einer Kritik der Menschenrechte dieses Verhältnis zu bestimmen gilt. Die kritischen Analysen von Arendt und Agamben haben darin, so meine ich, ihre Grenze, dass sie den *totalitarismuskritischen* Einwand gegen die Abstraktion der Menschenrechte nicht mit dem *kapitalismuskritischen* Einwand ins Verhältnis setzen. Denn die von ihnen adressierte Verbindung der Menschenrechte mit dem Totalitarismus lässt sich gar nicht verstehen, wenn deren Verhältnis zum Kapitalismus außer Betracht bleibt: Der Zusammenhang der Menschenrechte mit dem Totalitarismus besteht nicht einfach darin, dass das totalitaristische Lager die Verwirklichung eines ›neuen Menschen‹ bedeutet, der den Menschenrechten als Fiktion innewohnt. Der Zusammenhang ergibt sich überhaupt nicht aus dem Begriff der Menschenrechte selbst bzw. aus ihrem Begriff des Menschen; er liegt vielmehr in der Weise, in der die Menschenrechte an das Konzept der Nation geknüpft werden. Im Folgenden möchte ich den totalitarismuskritischen wie den kapitalismuskritischen Einwand gegen das abstrakte Bild des Menschen skizzieren und in Auseinandersetzung mit Franz Neumann einen Vorschlag zu ihrem Zusammenhang machen. In diesem Vorschlag gehe ich von der Rolle des Konstruktus der Nation aus, das ich im letzten Kapitel eingeführt habe. Den Zusammenhang des totalitarismuskritischen und des kapitalismuskritischen Einwands sehe ich in der problematischen Verbindung des ›Lebens der Nation‹ mit der ›Freiheit der Wirtschaft‹. Beide Konzepte sind nicht beschreibend, sondern postulierend. Mit dem ›Leben der Nation‹ ist nicht gemeint, dass die Nation lebendig ist, sondern dass ihr Leben am meisten zählt. Und die ›Freiheit der Wirtschaft‹ bedeutet nicht, dass die Wirtschaft frei ist, sondern dass ihre Freiheit vor jeder anderen kommt. Beide Konzepte formulieren einen Vorrang: den Vorrang eines Kollektivs (der Nation) bzw. eines gesellschaftlichen Teilsystems (der Wirtschaft). Den beiden Konzepten des Vorrangs entspricht auf der Seite der Individuen jeweils eine bestimmte Weise der Subjektivierung: Dem ›Leben der Nation‹ korrespondiert das nackte Leben, der ›Freiheit der Wirtschaft‹ der Mensch als *bourgeois*. Der Zusammenhang des Lebens der Nation mit der Freiheit der Wirtschaft bedeutet so auch eine Verbindung von nacktem Leben und *bourgeois*. Damit steht das nackte Leben, anders als Arendt und Agamben argumentieren, nicht nur in einer – negativen oder positiven – Relation mit dem *citoyen*, dem Staatsbürger, sondern auch mit dem Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft. In dieser Relation zwischen *bourgeois* und nacktem Leben besteht auch der Zusammenhang zwischen dem kapitalismuskritischen und dem totalitarismuskritischen Einwand gegen die Abstraktion der Menschenrechte.

Ich beginne nun, indem ich die Differenz zwischen den beiden Einwänden erläutere. Der erste Einwand lautet: Was als allgemein-menschlich ausgegeben wird, ist in Wahrheit höchst partikular. Dies hielt Hegel

der Anthropologie von Hobbes entgegen. (vgl. Hegel 1986) Marx hat diesen Einwand gegen die Menschen- und Bürgerrechtserklärungen der Französischen Revolution gewandt: Der gemein(t)e Mensch sei in Wahrheit nur der *bourgeois*, das Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft und damit ein Angehöriger einer bestimmten Klasse einer bestimmten historischen Formation. Dies ist der erste Einwand. Der zweite Einwand macht geltend, dass die Abstraktion, die auf etwas Allgemeines führen sollte, nicht nur eine Reduktion auf etwas Partikulares bedeutet. In der Abstraktion – und dies vor allem macht sie kritikwürdig – liegt darüber hinaus eine Trennung des Menschen von dem, was ihn als Gattungswesen ausmacht. So handelt es sich Marx zufolge beim Menschen der Menschenrechte – dem *bourgeois* – um den »vom Menschen und vom Gemeinwesen getrennten Menschen«. (Marx 2006, 364) Die partikuläre Gestalt, welche die Menschenrechte als den »Menschen überhaupt« im Blick haben, ist nicht nur partikular, sondern unmenschlich. Während der erste Einwand beklagt, dass der Mensch der Menschenrechte abstrakt sei, weil der »allgemeine« Mensch mit einer partikularen Gestalt des Menschen verwechselt wird, moniert der zweite Einwand, die Menschenrechte seien darin abstrakt, dass der »allgemeine« Mensch mit etwas Nicht-Menschlichem verwechselt wird. Auf diesen zweiten Einwand fokussieren mit verschiedener Akzentuierung Arendt und Agamben. Verglichen mit dem ersten ist dieser zweite Einwand schärfer. Ihm zufolge betreiben die Menschenrechte keine Reduktion des menschlichen Wesens auf eine seiner historisch besonderen Gestalten, sondern die Produktion eines ihm fremden Wesens (womit freilich auch hier eine Idee des »Menschlichen« als überhistorisch gesetzt ist). Eine solche Kritik sieht in der Abstraktion nicht die Reduktion des Menschen auf eine *bestehende* Gestalt – den *bourgeois* –, sondern die Konstruktion und systematische Produktion einer *neuen* Gestalt (eines neuen Menschen). Während die erste Kritik den Menschenrechten die Legitimation des Bestehenden und damit die Reproduktion der Verhältnisse vorwirft, verwirft die zweite Kritik die Abstraktion der Menschenrechte nicht aufgrund ihres reduktiven und reproduktiven, sondern aufgrund ihres produktiven Charakters. Der Vorwurf dieser Kritik lautet: In der Fabrikation des Nicht-Menschen sind die Menschenrechte Kollaborateure. Denn der nackte Mensch der Menschenrechte ist mit dem bloßen Leben identisch, das im Ausnahmerraum des Lagers produziert wird. Der Vorwurf, den diese zweite Richtung der Kritik erhebt, wiegt schwer. Er lautet, mit einer Wendung Derridas formuliert: »komplizenhafte Verbindung« mit »dem Schlimmsten«. (Derrida 1991, 124) Mit der ersten Kritik – der Kritik an Reduktionismus und Reproduktion der Verhältnisse – ist die zweite Kritik – die Kritik an Konstruktivismus und Produktion – auch in der Tradition nicht unvereinbar. Dies zeigt bereits der Blick auf Marx, bei dem neben der ersten Kritik auch die zweite angelegt ist. Allerdings ist klar: Marx'

Kritik richtet sich auf den Menschen als *bourgeois*, die Kritik von Arendt und Agamben auf den Menschen als nacktes Leben. Im einen Fall geht es um die kapitalistische Gesellschaft – die Gesellschaft des Liberalismus, der ›Freiheit‹ –, im zweiten Fall um die Gesellschaft des Totalitarismus, in der die Negation der Freiheit Prinzip ist. Wie ist eine Kritik an der menschenrechtlichen Abstraktion zu formulieren, die diese beiden Seiten zugleich adressiert? Es muss sich um eine Kritik handeln, welche die Verbindung zwischen dem nackten Leben und dem *bourgeois* nicht ignoriert. Die Verbindung besteht in der Möglichkeit eines Umschlags des *bourgeois* in nacktes Leben. Diese Möglichkeit des Umschlagens muss sich nicht notwendig realisieren; um zu klären, inwiefern sie als Möglichkeit in den Menschenrechten angelegt ist, wende ich mich im Folgenden Franz Neumann zu. Vor dem Hintergrund dieser Auseinandersetzung werde ich deutlich machen, dass es zu einem Umschlag dann kommt, wenn die ›Freiheit der Wirtschaft‹ in den Dienst des ›Lebens der Nation‹ gestellt wird.

Die rechtliche ›Versöhnung‹ totalitärer Politik und kapitalistischer Ökonomie

In seinem Buch *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft*, das 1936 von der *London School of Economics* als Dissertation angenommen wurde, untersucht Neumann nicht allein die Rolle des Rechtsstaats – der *rule of law* oder eben der *Herrschaft des Gesetzes* – für die liberale Gesellschaft und das ihr zugrunde liegende Prinzip ökonomischer Konkurrenz.⁶ Neumann analysiert, in Auseinandersetzung mit der Situation seiner Zeit, auch die Funktion, die das Recht im Zusammenspiel von Kapitalismus und Totalitarismus innehat. Der Übergang vom liberalen zum totalen Staat hat Neumann zufolge einen Grund im Rechtsstaat selbst, nämlich im Widerspruch zwischen den beiden Elementen, auf denen er beruht: Gewalt *und* Gesetz bzw. Souveränität *und* Freiheit. (vgl. Neumann 1937, 542) Diesen Widerspruch legt Neumann

- 6 Die Schrift ist auf Englisch verfasst, der originale Titel lautet: *The Governance of the Rule of Law. An Investigation into the Relationship between the Political Theories, the Legal System and the Social Background in the Competitive Society*. In dieser, seiner zweiten Dissertationsschrift entwickelt Neumann die These, dass der moderne Rechtsstaat auf einem ebenso konstitutiven wie kontradiktorischen Zusammenhang von Souveränität und Freiheit, Gewalt und Gesetz beruht. Der 1937 in der *Zeitschrift für Sozialforschung* auf Deutsch erschienene Aufsatz *Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft* enthält das Argument der Dissertation in wesentlich geraffter Form.

seiner »Verfallsgeschichte des Rechtsstaates« zugrunde. (Buckel 2007, 82) Neben vergleichenden Bemerkungen zum italienischen Faschismus (vgl. Neumann 1980, 340f. und 345f.) konzentriert er sich dabei in erster Linie auf die Entwicklung von der Weimarer Republik zum Nationalsozialismus in Deutschland. Während er im VII. Kapitel des Buchs *Die Herrschaft des Gesetzes* die Weimarer Zeit behandelt und den Wandel des Rechtssystems im Zusammenhang mit dem Aufkommen des Monopolkapitalismus beschreibt, stellt er im VIII. Kapitel die Verbindung von Kapitalismus, »Totalität« und Recht im Nationalsozialismus dar. Auf diesen beiden Teilen seiner Studie und auf ihrem Verhältnis liegt hier der Fokus.

Neumann geht von der Feststellung aus, dass sich totalitäre Politik und kapitalistische Ökonomie durchaus nicht ausschließen. Die, wie Neumann formuliert, »Versöhnung von Totalität und Privateigentum« (ebd., 346) wird ermöglicht durch eine Umstellung im Bereich des Rechts: durch einen Wechsel in der Modalität des Gesetzes. Die zentrale Rolle in der Verbindung von Totalitarismus und Kapitalismus spielt jenes Moment, dessen Bedeutung später auch Arendt in ihrer Untersuchung totaler Herrschaft analysieren wird: die Gesetzesfeindlichkeit des Totalitarismus. (vgl. ebd., 349) Diese Gesetzesfeindlichkeit bedeutet nicht die Abschaffung des Gesetzes – das VIII. Kapitel trägt den Titel *Die Gesetzesherrschaft unter dem Nationalsozialismus* –, sondern seine Umdeutung.⁷ Das Gesetz wird vom Prinzip der Allgemeinheit gelöst und stattdessen mit der besonderen Maßnahme – dem Willen des Führers – gleichgesetzt. (vgl. ebd., 349–353)

Das Annullieren der Allgemeinheit und die Identifikation des Gesetzes mit der Maßnahme brechen mit dem liberalen Modell des Rechtsstaats. Denn nichts anderes als die Allgemeinheit des Gesetzes, so Neumann, ist »die zentrale Idee des liberalen Rechtssystems«. (ebd., 245; ebenso 214) Das liberale Rechtssystem ist dadurch bestimmt, dass es der ökonomischen Struktur des Liberalismus entspricht und diese Struktur – das »System freier Konkurrenz« – rechtlich ermöglicht. Seinen »rechtlichen Ausdruck« hat das ökonomische System der freien Konkurrenz in der »Vertrags- und Handelsfreiheit«. (ebd., 210) Die Freiheit, Verträge abzuschließen, und die Freiheit, Handel zu tätigen, setzen ökonomische Austauschprozesse in Gang, in denen sich die freie Konkurrenz realisieren kann. Ermöglicht wird diese Realisierung aber erst auf der Grundlage des allgemeinen Gesetzes. Ein »System« freier Konkurrenz besteht nur, wenn sich das Streben nach Gewinn, auf den die Konkurrenz zielt,

7 Arendt beschreibt die totalitaristische Umdeutung so, dass der Gesetzesbegriff nicht mehr einen relativ stabilen »Zaun des Gesetzes« meint, der einen »Raum der Freiheit schafft und behütet«, sondern »Gesetz« bezeichnet nun »wesentlich eine Bewegung«. (Arendt 2011a, 950). Das bewegliche Gesetz ist, wie Neumann es beschrieben hat, nichts anderes als die Maßnahme.

in rationaler Weise verfolgen lässt. Die Austauschprozesse, durch die der Gewinn erzielt wird, müssen kalkulierbar sein. Das heißt, es muss einer berechenbaren Erwartung unterstehen, dass die Verträge, die diese Austauschprozesse regeln, auch eingehalten werden. Um diese Berechenbarkeit herzustellen, bedarf es nach Neumann der Allgemeinheit des Gesetzes: »Die Einlösung dieser Erwartung setzt in der Konkurrenzgesellschaft allgemeine Gesetze voraus, sie setzt voraus, daß die Rechtsnormen exakt bestimmt sind, daß sie also so formal und rational sind wie nur irgend möglich, daß der Richter möglichst wenig Ermessensfreiheit hat.«⁸ (ebd., 301) Es ist der Zweck des allgemeinen Gesetzes, eben diese Funktion für das liberale Rechtssystem, zu erfüllen: »Das generelle Gesetz hat die Funktion, die Austauschprozesse in der Konkurrenzökonomie berechenbar und vorhersehbar zu machen.« (ebd., 246) Weil es diese Funktion erfüllt, ist es »die zentrale Idee«, auf der das liberale Rechtssystem beruht.

Wenn nun in der Abschaffung der Gesetzesgeneralität die rechtliche Voraussetzung der Verbindung von Totalitarismus und Kapitalismus besteht, so ist klar, dass dieser Kapitalismus nicht der Kapitalismus der Konkurrenz ist, der auf jener Allgemeinheit des Gesetzes beruht: Die Aufgabe der Gesetzesgeneralität ist mit dem Wechsel von Konkurrenz zu Monopolkapitalismus verknüpft. Weil das Konkurrenzsystem zu einer Konzentration des Kapitals führt, ist die Tendenz zur Monopolbildung im System der Konkurrenz selbst angelegt. (vgl. ebd., 314) Zugleich ist das Prinzip der Konkurrenz, das heißt der privaten ökonomischen Initiative, eben dasjenige, das durch die Monopolbildung ausgeschaltet wird. Die »zentrale Institution« der kapitalistischen Wirtschaft – auch der monopolistischen – ist allerdings, so Neumann, nicht »die Privatinitiative«, sondern »ohne Zweifel das Eigentum, speziell das Eigentum an Produktionsmitteln«. (ebd., 346) Mit der Institution des Privateigentums hat der Nationalsozialismus trotz seines Anspruchs auf Totalität, der jedem einzelnen Lebensbereich politischen und damit öffentlichen Charakter zuweist, nicht gebrochen: »In allen nationalsozialistischen Pamphleten und Büchern, die von der Wirtschaft handeln, folgt auf den Gedanken der Totalität stets der Gedanke des Privateigentums.« (ebd., 347) Unter den totalitären Bedingungen des Nationalsozialismus ist nicht die Marktfreiheit, sondern die Monopolbildung die Form, in der sich der kapitalistische Grundgedanke des Privateigentums realisiert. Mehr als dieser sich

8 In seinem Aufsatz *Der Funktionswandel des Gesetzes* von 1937 macht Neumann klar, dass die Form des allgemeinen Gesetzes das Höchstmaß an Rationalität bedeutet: »Die Theorie von der Herrschaft des Gesetzes ist [...] notwendig für die Befriedigung der Bedürfnisse der kapitalistischen Konkurrenz. [...] Die freie Konkurrenz bedarf des allgemeinen Gesetzes, weil es die höchste Form der formalen Rationalität ist«. (Neumann 1937, 562)

durchhaltende Grundgedanke interessiert im Folgenden, was sich ändert, wenn die Allgemeinheit des Gesetzes aufgegeben wird. Denn weil diese nicht nur eine ökonomische Funktion hat, geht mit ihr mehr verloren als allein das Prinzip der freien Konkurrenz. Um die Funktionen des allgemeinen Gesetzes zu verstehen, muss zunächst noch näher in Betracht kommen, worin seine Allgemeinheit besteht.

Die Allgemeinheit umfasst drei Elemente: *formale*, *materiale* und *bestimmte* Allgemeinheit. *Formal* besteht die Allgemeinheit darin, dass das Gesetz in seiner »Satzbildung«, in seiner Formulierung, »generell« ist (Neumann 1937, 549); als »eine abstrakte Regel« enthält es »keine individuellen Fälle oder individuell genannte Personen« und kann so »auf alle Fälle und alle Personen nur abstrakt angewandt werden« (Neumann 1980, 246). Das zweite, *materiale* Element, das im »Verbot der rückwirkenden Anwendung« (ebd.) besteht, verhindert ebenfalls den direkten Bezug des Gesetzes auf individuelle Fälle oder Personen. Indem das Gesetz ausschließlich prospektiv, im Hinblick auf Künftiges erlassen wird, ist es da, *bevor* bestimmte Umstände ein- oder bestimmte Individuen auftreten.⁹ Das dritte Element der *bestimmten* Allgemeinheit bedeutet, dass die Rechtssätze insofern einen »eindeutigen Inhalt« haben, als in ihnen »die wesentlichen Tatbestandselemente« hinreichend »bestimmt« sind. (Neumann 1937, 550) Impliziert ist dadurch vor allen Dingen die weitgehende Absenz von sogenannten Generalklauseln, das heißt von Rechtsgrundsätzen wie der »guten Sitten«, »Treu und Glauben« oder gar »gesundem Volksempfinden«, welche die richterliche Entscheidung nicht allein vom Inhalt der Gesetze, sondern von außerrechtlichen Wertordnungen abhängig machen. Wandert durch solche Generalklauseln eine unbestimmte Allgemeinheit in die Gesetze ein, weitet sich der Spielraum ihrer Anwendung in einem Maß, dass sie nur noch die »Hülle« individueller Maßnahmen abgeben.¹⁰ (ebd.)

Die drei Elemente der Allgemeinheit – abstrakte Formulierung, verbotene Rückwirkung und fehlende Generalklauseln – machen den Austausch kalkulierbar und erfüllen so eine zentrale Funktion für das System freier Konkurrenz. Hinsichtlich des erstgenannten und grundlegenden

- 9 Weil die rückwirkende Anwendung sich auf schon vorliegende und also bestimmte Fälle bezieht, läuft, so Neumann, »die Verwerfung der Rückwirkung des Gesetzes« mit dem Postulat der Allgemeinheit »Hand in Hand«; ihr Zusammenhang findet sich bereits bei Rousseau, ebenso bei Benjamin Constant und in der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*. (Neumann 1937, 558)
- 10 Einschlägig zu dieser Thematik ist nach wie vor Bernd Rüthers, *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus*. Nach Rüthers liegt die inhaltliche Besonderheit der Generalklausel darin, »daß sie den Richter auf Wertmaßstäbe oder sonstige wertausfüllungsbedürftige Begriffe verweisen, ohne daß der Gesetzgeber über die

Elements, des Elements formaler Allgemeinheit, lassen sich nun zwei weitere Funktionen feststellen, die sich auf die ökonomische Funktionalität für den Konkurrenzkapitalismus nicht reduzieren lassen.

Die Allgemeinheit des Gesetzes hat erstens eine »Verhüllungsfunktion« (Neumann 1980, 299), die nicht ökonomisch, sondern politisch ist. Unter der Herrschaft des Gesetzes verbirgt sich nach Neumann die Herrschaft von Menschen über Menschen: »Das Gesetz verhüllt die wirkliche Herrschaft des Bürgertums, weil die Beschwörung der Gesetzesherrschaft es überflüssig macht, die tatsächlich Herrschenden in der Gesellschaft direkt zu benennen«. (ebd., 300) Die Gesetzesherrschaft, das heißt die Vorherrschaft des *allgemeinen* Gesetzes, stellt das wesentliche Merkmal des Rechtsstaats dar.¹¹ Ihr Grundprinzip hat sie in der »Legalität der Verwaltung«. Demnach liegt sie dann vor, wenn die Exekutive an die Gesetze des Staates gebunden ist, so dass jeder staatliche Eingriff auf Gesetzen beruht. (vgl. ebd., 207) Gesetze sind somit die einzige Form, in der sich das Handeln des Staates realisieren kann. Wer einen maßgebenden Einfluss auf die Erzeugung der Gesetze hat, übt hinter der und durch die Herrschaft des allgemeinen Gesetzes eine eigene Herrschaft aus. Die herrschende Legislativkraft lag im Liberalismus des 19. und früheren 20. Jahrhunderts, den Neumann vor Augen hat, beim parlamentarisch dominant repräsentierten Bürgertum.¹² Da das Bürgertum die ökonomisch stärkste Klasse darstellte, zielte es auf den Erhalt der bestehenden Eigentumsordnung. Da Gesetze aus der Perspektive des Liberalismus »Eingriffe des Staates in Freiheit und Eigentum« (ebd., 299) darstellen, suchte das Bürgertum den Erlass neuer Gesetze zu verhindern. Auch dies, »daß die herrschenden Klassen soziale Reformen nicht wollen«, wurde durch die Anrufung der Gesetzesherrschaft verhüllt.¹³ (ebd., 300)

Verweisung hinaus eine gesetzliche Inhaltsbestimmung dieser Maßstäbe und Bewertungskriterien gäbe«. (Rüthers 2017, 213f.)

- 11 Auch für das englische Pendant des Rechtsstaats, die »rule of law«, ist die Herrschaft des Gesetzes entscheidend, wobei allerdings die Allgemeinheit »in der Praxis nicht als ein wesentliches Charakteristikum des Gesetzes« betrachtet wird. (Neumann 1980, 257) Ein Unterschied zur deutschen Tradition des Rechtsstaats besteht ferner darin, dass dieser gegenüber der Staatsform (Monarchie, Aristokratie, Demokratie) grundsätzlich neutral ist, während in England die Verbindung von »rule of law« und Parlamentssoveränität typisch ist. (vgl. ebd., 207–210 und 254)
- 12 Wenn dagegen, wie in der Weimarer Zeit, im Parlament nicht nur Großgrundbesitzer und Bürgertum, sondern auch die Arbeiterschaft numerisch relevant repräsentiert ist, kann die Beschwörung der Herrschaft der Gesetze nicht mehr dieselbe Funktion erfüllen. (vgl. Neumann 1980, 300 und 327)
- 13 Schließlich verhüllt die Lehre der Gesetzesherrschaft, dass es sich bei der Vorstellung, allein die Parlamentsgesetzgebung könne sozialen Wandel

Die Allgemeinheit des Gesetzes hat – neben der ökonomischen Funktion, die Austauschprozesse berechenbar, und der politischen Funktion, die Herrschaft des Bürgertums unsichtbar zu machen – eine dritte Funktion, die Neumann »ethisch« nennt. Die ethische Funktion besteht darin, dass das allgemeine Gesetz persönliche Freiheit schafft, indem es Gleichheit etabliert. Wenn staatliche Eingriffe in die Freiheit allein auf Grundlage von Gesetzen möglich sind, garantiert die Allgemeinheit der Gesetze, dass der Staat niemandes Freiheit direkt beeinträchtigen kann: »Nur wenn solche Eingriffe auf allgemeine Gesetze reduziert [im Sinne von ›zurückgeführt‹, J.H.] werden können, ist Freiheit garantiert, weil das Prinzip der Gleichheit preserviert ist.«¹⁴ (Neumann 1937, 565) Der von Anhängern des totalen Staats, insbesondere von Carl Schmitt formulierten Kritik am Liberalismus wirft Neumann vor, in der Gesetzesgeneralität allein »ein Erfordernis der kapitalistischen Ökonomie« zu sehen und zu ignorieren, dass sie »eben persönliche Freiheit und Sicherheit auch für den Armen« schafft. (Neumann 1980, 303)

Zwar transzendiert diese ethische Funktion persönlicher Gleichheit und Freiheit die Bedürfnisse des Konkurrenzkapitalismus, doch verhält sie sich zu ihnen, ebenso wenig wie zur Herrschaft des ökonomisch dominierenden Bürgertums, gleichwohl nicht neutral. Vielmehr ist diese dritte, ethische Funktion der Allgemeinheit des Gesetzes für die ersten beiden Funktionen, die ökonomische und die politische, wiederum funktional. Auch in dieser Funktionalität des ethischen Aspekts mag ein Grund liegen, weshalb »die volle und die gleiche Rechtsfähigkeit aller Menschen«, wie Neumann schreibt, »im Liberalismus in keiner Periode angetastet« wurde. (Neumann 1937, 565) Die gleiche Freiheit aller Menschen, welche die ethische Funktion der Allgemeinheit des Gesetzes bildet, gründet in der gleichen Rechtsfähigkeit aller, die selbst nichts anderes ist als die Grundlage der Allgemeinheit: Denn allgemein, das heißt für alle gleich, können die Gesetze nur gelten, wenn von der Individualität der Individuen abstrahiert wird und alle als gleichermaßen rechtsfähig in Betracht kommen. Die Abstraktion, in der diese gleiche Rechtsfähigkeit ihren rechtlichen Ausdruck hat, ist der Status als »Rechtsperson«, der auch noch davon abstrahiert, ob es sich um eine physische oder eine juristische Person handelt. Diese Figur der Rechtsperson ist für die Berechenbarkeit der Austauschprozesse wie für die Verhüllung der Herrschaft in gleichem Maße funktional

bewirken, während Verwaltung und Gerichte Recht nur exekutieren bzw. deklarieren, aber nicht produzieren könnten, um eine »Illusion« handelt. Die Beschwörung der Herrschaft des Gesetzes verhüllt so nicht nur die Durchsetzung ökonomischer Stärke, sondern auch die gegenüber anderen Staatsorganen bestehende politische Schwäche des Bürgertums. (Neumann 1980, 299)

14 In fast identischer Formulierung in Neumann 1980, 302.

oder, mehr noch, Voraussetzung. Denn nur als gleich Rechtsfähige, das heißt als Rechtspersonen, haben wir, erstens, die Freiheit, Verträge zu schließen, welche die Austauschprozesse regeln. Und nur die Gleichheit der Rechtsperson kann, zweitens, die Ungleichheit der Eigentumsverhältnisse verbergen, durch die das Bürgertum seine ökonomische Herrschaft entfaltet. Neumann schreibt:

»Die Rechtsperson ist die ökonomische Charaktermaske des Eigentumsverhältnisses. Als Maske verhüllt sie das wahre Gesicht, verdeckt, dass das Eigentum nicht nur subjektives Recht ist, sondern zugleich auch ›Herrschafts- und Knechtsverhältnisse‹ begründet. Die Konnexgarantie des Eigentums, der Vertrag, ist Vertrag zwischen freien und gleichen Rechtspersonen. Aber diese Freiheit und Gleichheit ist nur eine rechtliche. Die abstrakte Gleichheit der Vertragsparteien verhüllt ihre ökonomische Ungleichheit. Der Arbeitsvertrag im besonderen ist ein Vertrag zwischen dem rechtlich gleichen Arbeiter und dem rechtlich gleichen Unternehmer. Seine Form lässt nichts davon ahnen, dass der Unternehmer über den Arbeiter verfügt.« (ebd., 587f.)

Der Rechtsperson, welche die ökonomisch ausgeübte Herrschaft verhüllt, entspricht im politischen Bereich die »Staatsperson«, die »verbirgt, dass soziale Gruppen, Menschen über Menschen herrschen«. (ebd., 588) Beide sind zentrale Bestandteile der Theorie des »normativistischen Positivismus« (ebd., 587), gegen dessen individualisierende Begrifflichkeit die nationalsozialistische Rechtsauffassung die »institutionalistische« Begrifflichkeit des »Volksgenossen« und »die vom Führer geführte Gemeinschaft« setzt. (ebd., 590f.) Diese äußere Entgegensetzung darf nicht über die innere Dialektik hinwegtäuschen, die vom liberalen Positivismus der Rechtsperson zum totalitären Institutionalismus der Volksgemeinschaft führt. Diese Dialektik nimmt, so lässt sich in einer Weiterführung von Neumanns Argument sagen, eine doppelte Gestalt an. Sie entfaltet sich erstens als *Dialektik der Freiheit* und hat ihren Ort im Vertrag, der die freie Regelung sämtlicher Beziehungen ermöglicht, die Ehe ebenso wie den Kaufvertrag. Und sie entfaltet sich zweitens als *Dialektik der Gleichheit* und hat ihren Ort in der Figur der gleichen Rechtsperson, die ungleiche Eigentumsverhältnisse als Herrschaft stabilisiert.

*Dialektik der Freiheit und Dialektik der Gleichheit:
Vertrag und Person*

Die Dialektik der Freiheit realisiert sich, wenn der Vertrag seine materiale Bedeutung verliert und er sich von einem »sozialen Begriff« (Neumann 1937, 565), der den Austausch gleichwertiger Waren und Leistungen unter gleich starken Konkurrenten meinte, in einen rein formalen Begriff wandelt. In diesem rein formalen Sinn bedeutet Vertragsfreiheit die Möglichkeit, »jede Art von Vertrag«, sofern keine gesetzlichen Schranken entgegenstehen, zu schließen – somit auch Verträge, welche die freie Konkurrenz und das sie regelnde Vertragswesen beenden: »Es gehört zur Dialektik der Vertragskategorie, dass der Vertrag geradezu das Mittel wird, um die freie Konkurrenz aus den Angeln zu heben und damit die Herrschaft des Vertrages und des auf ihn in der ökonomischen Sphäre bezogenen allgemeinen Gesetzes zu zerstören.« (ebd., 564) Das formale Verständnis des Vertragsbegriffs führte mit dazu, dass die Konkurrenzökonomie »auf der Basis und mit Hilfe des Vertragssystems« durch den Monopolkapitalismus abgelöst wurde, in dem weder dem Vertrag noch dem allgemeinen Gesetz eine entscheidende Bedeutung zukam. (ebd., 565) Der Bruch mit der Herrschaft des allgemeinen Gesetzes beendete nicht nur die (ökonomische) Berechenbarkeit des Austauschs, sondern auch die (»ethische«) Freiheit der Austauschenden.¹⁵

Zu dieser Dialektik des Vertrags, die eine Dialektik der Freiheit ist, tritt die Dialektik der Rechtsperson, die eine Dialektik der Gleichheit ist. Kommen alle Menschen als Rechtspersonen, das heißt als Gleiche in Betracht, so vertieft das allgemeine Gesetz, dem sie unterstehen und das den Austausch zwischen ihnen ermöglicht, ihre faktische Ungleichheit. Die Behauptung, das Gebot der Gleichheit lasse sich nur durch allgemeine Gesetze realisieren, kritisiert Neumann – mit Blick auf Rousseau – als einen Fehlschluss von der Allgemeinheit des Willens auf die Allgemeinheit der Norm. Dagegen macht er geltend, »daß materiale Gleichheit sehr wohl herbeigeführt werden kann mittels individueller Eingriffe«. (Neumann 1980, 326) Wird der Konkurrenz unter der Allgemeinheit des Gesetzes freien Lauf gelassen, so kommt es umgekehrt zu einer Konzentration des Kapitals, welche die Gleichheit der Konkurrenten ausschaltet und dadurch die Bedingungen des Monopolkapitalismus vorbereitet, in dem »das Prinzip der Marktgleichheit auf den

15 Freilich ist, wie Neumann betont, die Herrschaft des allgemeinen Gesetzes im Liberalismus, der »Periode der freien Konkurrenz«, niemals umfassend verwirklicht worden; auf souveräne Maßnahmen und den Gesetzen beigegebene Generalklauseln konnte in keinem Stadium verzichtet werden. (Neumann 1937, 564) Dafür, dass dies auch im laufenden Jahrhundert zutrifft, bedarf es kaum besonderer Belege.

Kopf« gestellt ist. (Neumann 1937, 577) Wie die Dialektik der Freiheit auf Basis und mit Hilfe des Vertrags die Herrschaft des Vertrags beendet, so beendet die Dialektik der Gleichheit auf Basis und mit Hilfe des allgemeinen Gesetzes dessen Herrschaft: »In der ökonomischen Sphäre wird das Postulat, der Staat möge nur durch generelle Gesetze herrschen, absurd, wenn der Gesetzgeber nicht mehr mit gleichen Wettbewerbern konfrontiert ist, sondern mit Monopolen«. (ebd.) Die Frage der Freiheit und jene der Gleichheit lassen sich nicht trennen: Die Gleichheit der Rechtsperson liegt in ihrer gleichen Freiheit; die Freiheit, Verträge abzuschließen, setzt die Gleichheit der Partner voraus.¹⁶ Untrennbar sind damit auch die beiden Seiten der Dialektik: Die Unfreiheit auf dem Markt fördert die Ungleichheit in der Gesellschaft und umgekehrt. Deutlich wird dies bei Neumann schon daran, dass er in der Dissertation von 1936 und im Aufsatz von 1937 denselben Gedanken dem Wortlaut nach fast identisch formuliert, an der einen Stelle allerdings vom Ende der »Marktfreiheit« (Neumann 1980, 326), an der anderen vom Ende der »Marktgleichheit« (Neumann 1937, 577) spricht.

Ist das Prinzip der freien Konkurrenz gleicher Konkurrenten preisgegeben, tritt an die Stelle des allgemeinen Gesetzes die individuelle Maßnahme als regulierende und systemstabilisierende Größe. In Deutschland kommt es zu einer solchen Situation nach dem Ersten Weltkrieg. (vgl. Neumann 1980, 314) Um die vereinzelt Monopole zu normieren, ist die individuelle Maßnahme »die allein sachgerechte Äusserung des Souveräns«. (Neumann 1937, 577) Ebenfalls seit 1918 und durch die gesamte Weimarer Republik hindurch ist mit der Generalklausel das Rechtsinstrument inflationär, welches das positive Gesetz von innen her seiner Allgemeinheit beraubt. (vgl. ebd., 583) Während die individuelle Maßnahme, die auch das Mittel des Ausnahmezustands darstellt, das allgemeine Gesetz ersetzt, wird mit der Generalklausel die Allgemeinheit *des* Gesetzes suspendiert: In der Formulierung des geltenden Gesetzes selbst wird der Rechtsprechung ein beliebiges Ermessen zugespielt. Dies geschieht dadurch, dass im Gesetz der Bezug zu außerrechtlichen Normen hergestellt wird, wobei die formale Rationalität des Rechts durch materiale Normen (etwa die »guten Sitten«) und das freie (in diesem Sinn »irrationale«) Entscheiden der Richter_innen durchbrochen wird. Wie die

- 16 So sieht Fritz Rittner in der Rechtsperson einen aus dem Privatrecht stammenden »Gleichheitsbegriff«: »Denn der Vertrag, das Kernstück des Privatrechts, setzt voraus, dass die Menschen, die ihn schliessen, einander gleichstehen.« Durch die wachsende Rolle des Privatrechts einerseits und die Verbindung von Gleichheit und Freiheit andererseits wurde die Rechtsperson seit dem 18. Jahrhundert »der Sache nach« zum Ausgangspunkt der »Menschenrechte und Grundfreiheiten«. (Rittner 1982, 334) Als einen »Gleichheitsbegriff«, ohne den »Privatrecht undenkbar« wäre, hatte bereits Gustav Radbruch den Personbegriff bezeichnet. (Radbruch 1956, 230)

individuelle Maßnahme (eine konkrete Verfügung, ein Dekret) die Gewaltenteilung zwischen Exekutive und Legislative zurücknimmt, indem die Regierung rechtserzeugende Kompetenz erhält, so hebt die Generalklausel die Gewaltenteilung zwischen Judikative und Exekutive auf, indem Gerichten die Kompetenz eingeräumt wird, in ihren Urteilen politische Entscheidungen zu treffen. (vgl. Neumann 1980, 330) Dabei dienen die Generalklauseln, mit Hilfe der Entscheidungen der Gerichte, »unter monopolistischen Wirtschaftsbedingungen durchwegs den Interessen der Monopole«. (ebd., 335) Die »egaliserende Wirkung«, die das allgemeine Gesetz durch die gleiche Adressierung aller hatte, und die Freiheit, die so auch den Schwachen und Armen zuteil wurde, werden durch die Generalklauseln getilgt. Nicht nur sind die Monopolisten in der Lage, der Arbeiter- und Konsumentenschaft mittels freier Verträge beliebige Bedingungen aufzuzwingen und alle eigenen Risiken abzuwälzen, sie tendieren begünstigt durch das Machtgefälle auch dazu, die kapitalistischen Institutionen der Vertrags-, Gewerbe- und Handelsfreiheit zu beseitigen, da sie für die freie Entfaltung der »Hauptinstitution« – des monopolistischen Privateigentums – eine Beschränkung darstellen. (ebd.)

Im autoritären Staat ab 1933 nimmt die Bedeutung der Generalklauseln zu. Die Generalklausel wird zum Mittel, den Befehl des Führers auch gegen positives Recht juridisch um- und durchzusetzen. Ihre wesentliche Funktion bleibt dabei allerdings dieselbe wie in der Weimarer Periode: Sie besteht darin, die Interessen der Monopolisten zu schützen und ihre Forderungen zu realisieren. In dieser Aufgabe erweist sich der dem Totalitarismus zuneigende autoritäre Staat als unüberbietbar: »Der Apparat des autoritären Staates verwirklicht die juristischen Forderungen der Monopolisten am reinsten.« (Neumann 1937, 585) Grund dafür ist seine maximale Distanz zur Herrschaft des allgemeinen Gesetzes, die der freien Konkurrenz entspricht, dem Monopolkapitalismus aber entgegengesetzt ist.

Im autoritären Staat wird die Herrschaft des allgemeinen Gesetzes auf verschiedenen Ebenen gebrochen: Durch individuelle Maßnahmen wird seine Anwendung umgangen; durch Generalklauseln und Individualgesetze wird seine allgemeine Form zerstört; durch rückwirkende Anwendung neuer Gesetze und Bestrafung ohne Gesetz fällt es mit dem individuellen Befehl zusammen.¹⁷ (vgl. dazu Neumann 1980, 323–336 und 349–354) Diese verschiedenen Manifestationen der Gesetzesfeindlichkeit stimmen darin überein, dass sie das positive Gesetz hinter dem Führer zurücktreten lassen, dessen Wille Gesetz wird: »Die gesamte Maschinerie des Rechts steht ausschließlich dem Führer zu Gebote, dient dazu,

17 Neumann vertritt *nicht* die Auffassung, dass der individuelle Befehl kein Gesetz ist, sondern unterscheidet individuellen Befehl und allgemeine Norm als zwei Typen des Gesetzes. (vgl. Neumann 1980, 54 und 207)

seinen Willen so schnell wie möglich in eine rechtliche Form zu transformieren.« (ebd., 353) Diese nationalsozialistische Rechtspraxis ist rechtstheoretisch gedeckt: »[D]ass das Gesetz weiter nichts ist als der Befehl des Führers« (Neumann 1937, 586), ist in der nationalsozialistischen Rechtsliteratur herrschende Meinung.

Nun liegt Neumanns Pointe allerdings in dem Nachweis, dass der Wille des Führers nicht der Endzweck des Rechts ist. In »der Verbindung von Nationalsozialismus und Monopolkapitalismus« (Neumann 1980, 347) hat letzterer das letzte Wort. Denn die totale Herrschaft macht vor der Wirtschaft Halt oder ist vielmehr angehalten, ihr zu dienen. Neumanns These zusammenfassend formuliert Christoph Menke: »Die Rechtsordnung des autoritären Staates ist gar nicht politisch autonom oder gar souverän, wie Schmitt meint, sondern ökonomisch funktional«. (Menke 2015, 110) Hinzuzufügen ist, dass die Funktionalität der autoritären Rechtsordnung allein für die Monopolwirtschaft besteht, nicht aber für das Wirtschaftssystem der freien Konkurrenz, dem sie ein Ende setzt. Die ökonomische Funktionalität besteht darin, »alle politischen Freiheiten zu vernichten« und »der Wirtschaft alle Freiheiten zu geben«. (Neumann 1980, 347) Gerade nicht die »natürliche« Freiheit des Individuums wird hier berücksichtigt, sondern die des Kollektivs: Die absolute Unfreiheit totaler Herrschaft zielt auf totale Freiheit der Wirtschaft. Weil es zur Sicherung der ökonomischen Freiheit der politischen Freiheit bedarf (vgl. Neumann 1937, 542), entfällt mit letzterer auch erstere.

Auf eine detailliertere Klärung der Situation des Kapitalismus in den 20er und 30er Jahren des letzten Jahrhunderts kommt es in diesem Zusammenhang nicht an. Entscheidend ist hier vielmehr die systematische Frage, in welcher Weise die Dialektik der Freiheit und Gleichheit mit der Dialektik des Rechts – dem Entzug individueller Rechte und Freiheiten – verknüpft ist. Wie es also dazu kommt, dass die politische und wirtschaftliche Freiheit der Individuen durch die Freiheit der Wirtschaft getilgt wird. Der gesuchte Zusammenhang, durch den sich diese Dialektik erklärt, ist im Konstrukt der Nation zu finden.

National-Ökonomie: Die ›Freiheit der Wirtschaft‹ und das ›Leben der Nation‹

Im letzten Kapitel habe ich ausgeführt, wie in der Logik der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* bis hin zum Ausnahmeartikel 15 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* die ›Nation‹, deren Souveränität auf der Freiheit der Bürger_innen beruht, die individuelle Freiheit entziehen kann, wenn das ›Leben der Nation‹ gefährdet erscheint. Dies führt zum Paradox, dass die nationale Souveränität in eben jenem Moment der Ausnahme, in dem sie absolute

Geltung beansprucht, sich ihrer eigenen Voraussetzung, der Freiheit der Bürger_innen, beraubt. Möglich wird dies dadurch, dass dem Leben des Kollektivsubjekts ›Nation‹ der Primat gegenüber den Einzelnen zugesprochen wird. Einen solchen Primat des Kollektivs behauptet auch der Bereich der Wirtschaft, wenn unter monopolistischen Bedingungen die Freiheit der Wirtschaft auf Kosten der Freiheit der Einzelnen erhöht wird. Es liegt dieselbe Logik vor wie im Fall des ›Lebens der Nation‹. Auch hier realisiert sich die Freiheit des Kollektivsubjekts dadurch, dass es die Voraussetzung tilgt, aus der sie sich konstituierte. Welcher genaue Zusammenhang existiert also zwischen diesen beiden Logiken, zwischen der ›Freiheit‹ der Ökonomie und dem ›Leben‹ der Nation?

Die Nation ist nach Neumann das Integrationsprinzip des modernen Staates. Der moderne Staat bezieht seine Souveränität, so auch Neumann, aus der politischen und wirtschaftlichen Freiheit der Einzelnen, also aus der »Zurückführbarkeit des Staatswillens auf die Willen der Individuen«. (Neumann 1980, 236) Da diese individuellen Willen auseinanderstreben und miteinander kollidieren, können sie im Staat nur koexistieren, wenn sie vereinheitlicht sind. Eben dies leistet im modernen Staat die Idee der Nation. Der moderne Staat ist insofern älter als die Nation, als er seine Voraussetzung nicht in dieser, sondern in geldmäßiger Besteuerung und damit in der kapitalistischen Warenproduktion hat, die dem Konstrukt der Nation vorausgeht:

»Die nationale Ideologie fehlte durchaus – und dennoch handelte es sich bereits um moderne Staaten. Die Nation wird zu einem entscheidenden Faktor erst in der Epoche, in der das Bürgertum sich seiner politischen Macht bewußt wird: ihre Funktion besteht in der Schaffung der Möglichkeit, eine Vielzahl von individuellen Energien zu vereinigen und die politischen und kulturellen Entscheidungen des Bürgertums universell bindend zu machen.« (vgl. ebd., 238)

Dass das Bürgertum sich dem Konstrukt der Nation bedient, um seinen Entscheidungen einen universell bindenden Charakter zu geben, bedeutet nichts anderes, als dass es sich selbst als Nation konstituiert und sich mit ihr identifiziert. Dies geschieht zum ersten Mal, wie bereits gezeigt, mit der Französischen Revolution, in der das Bürgertum die Souveränität der *nation* zuschreibt und sich zu deren Repräsentanz erklärt. Dadurch wird die Nation »sozusagen das Eigentum des Bürgertums«. (ebd., 239) Der Anspruch, sich als Nation konstituieren zu können, begründet Sieyès, wie im letzten Kapitel dargelegt, mit der Steuerkraft des Bürgertums, des *Tiers-état*, in Frankreichs vierzigtausend Gemeinden. So bemerkt auch Neumann über Sieyès: »Seiner Theorie zufolge ist der Dritte Stand einzig und alleine der produktive Stand, die bisher privilegierten anderen Stände sind negativ und kommen daher ›hors de la nation‹ zu

stehen.« (ebd., 240) Die Nation ist somit definiert über ihre ökonomische Produktivität: Sie ist keine statische Größe, sondern bestimmt durch die Regsamkeit, in der sie sich selbst hervorbringt, erhält und gedeiht – kurz, sie ist dadurch charakterisiert, dass sie ›Leben‹ hat. Dieses Leben ist der integrierende Faktor des Staates, denn da er sich aus Besteuerung konstituiert, ›lebt‹ er von der ökonomischen Produktivität, von der Nation. Weil die ökonomische Produktivität beim Dritten Stand liegt, weil dieser als einziger regsam und ›lebendig‹ ist, kann er die Nation für sich beanspruchen. Die Nation ist »Eigentum des Bürgertums«, weil sich das Leben, das die Nation ausmacht, allein im Bürgertum findet. Von diesem Leben der Nation ›lebt‹ der Staat nicht nur, er hat ihm, da er seine Souveränität ganz von der Nation erhält, auch zu dienen: »Der Staat steht im Dienste der Nation« (ebd.) – das heißt, er hat ihr Leben, die ökonomische Produktivität, von der er lebt, zu bewahren und die entsprechenden Maßnahmen zu ergreifen, wenn das ›Leben der Nation‹ auf dem Spiel steht. Darin liegt der Zusammenhang zwischen dem – bürgerlich-kapitalistischen – ›Leben der Nation‹ und der – totalitären – ›Freiheit der Wirtschaft‹. Diese Freiheit der Wirtschaft lässt sich ebenso wenig auf die Freiheit der Wirtschaftenden reduzieren, wie das Leben der Nation auf das Leben jener, die ihr angehören und sie konstituieren. Die prosperierende Ökonomie, in der die Nation ihr Leben hat, ist nicht die Ökonomie der Individuen, sondern eben der Nation oder des Volkes: Sie ist National- oder Volksökonomie.¹⁸ Im selben Maß, in dem die politische Freiheit der Individuen (und im Extremfall ihr Leben) hinter dem Leben der Nation zurücktritt, behauptet daher die Freiheit der Wirtschaft den Vorrang gegenüber der Freiheit der einzelnen Wirtschaftenden.

Die ›lebendige‹ Nation ist dabei ebenso wenig ein politisches Lebewesen, ein *zōon politikón*, wie die Ökonomie eine politische Sphäre ist. Die Nation bildet ein *unpolitisches* Kollektiv in dem Sinn, dass ihre Einheit nach außen hin lediglich ›genetisch‹, durch Abstammung, und nach innen hin allein funktional, durch die gemeinsame Verfolgung eines je individuellen ökonomischen Interesses, hergestellt ist.¹⁹ Die Wirtschaft

18 Neumann unterscheidet ›Volk‹ und ›Nation‹ dadurch, dass der Begriff der Nation notwendig auf jenen des Staates bezogen ist. Demnach wird ein Volk zur Nation, wenn es in der Lage ist, »einen relativ einheitlichen politischen [eben, im Schmitt'schen Sinn, »staatlichen«, J.H.] Willen zu artikulieren und aufrechtzuerhalten.« (Neumann 1980, 237)

19 Den Nationalgefühlen, die diesen einerseits bloß genetischen, andererseits bloß individuellen Zug der Nation transzendieren, weist Neumann wiederum eine »spezifisch ökonomische Funktion« zu, nämlich mit Blick auf den »imperialistischen Charakter des Kapitalismus«. Nationalistische Gefühle dienen demnach dazu, ökonomische Interessen geopolitisch durchzusetzen: »Die Idee der Nation wird zu einem Mobilisierungsinstrument für den Krieg. Dies ist der weitere ökonomische Zusammenhang, weshalb der

stellt, ihrer liberalen Definition nach, die Sphäre der freien Realisierung dieser je individuellen Interessen dar. Der Übergang vom liberalen zum totalitären Kapitalismus besteht darin, dass das unpolitische Kollektiv der Nation die Voraussetzung, die sie in der ökonomischen Freiheit der Individuen fand, kassiert und mit dieser Voraussetzung auch die Schranke seiner Freiheit verliert. In diesem Sinn realisiert der totalitäre *Staat* die ›Freiheit der Wirtschaft‹. Denn tatsächlich ist es nicht das unpolitische Kollektiv der Nation, sondern es sind die Maßnahmen des Staates, dessen konkrete Verfügungen und abstrakte Klauseln, die das ›Leben der Nation‹ dadurch sichern, dass die Wirtschaft ›frei‹ wird. Je mehr die individuelle Maßnahme an die Stelle des allgemeinen Gesetzes tritt, je mehr der Wille des Führers den allgemeinen Willen der Nation bestimmt und aushöhlt, desto restloser verliert die Nation ihre politische Bedeutung. Da allerdings der Begriff der Nation seit der Französischen Revolution »bestimmte liberale und demokratische Implikationen hat« (Neumann 1980, 346), erscheint nur konsequent, dass das ›Volk‹ zunehmend nicht mehr im Begriff der Nation, sondern im politisch leeren (und daher politisch aufladbaren) Begriff der Rasse gedacht wird.

Worin besteht nun aber die Kontinuität zwischen der liberalen und der totalitären Wirtschaft – und zwischen der kapitalistischen und totalitaristischen Abstraktion des Menschen? Durch das Ende der allgemeinen Gesetze wird eine Tendenz entfesselt – freigelassen –, die anfänglich angelegt ist: die Tendenz zur Ungleichheit, welche die gleiche Freiheit, trotz ihrer egalisierenden Wirkung, auch im Konkurrenzkapitalismus bedeutet. Die freie Konkurrenz gleich freier Konkurrenten kann keine gleiche Freiheit realisieren. Denn diese gleiche Freiheit ist eine nur *rechtliche*. Rechtliche Freiheit, so definiert Neumann mit Hobbes, ist die Abwesenheit von Zwang im Sinne äußerer Hindernisse. (vgl. ebd., 53) Gleich ist diese Freiheit dann, wenn Hindernisse für alle gleich installiert werden: durch allgemeine Gesetze, die alle Menschen, in ihrer Eigenschaft als Rechtsperson, in gleicher Weise adressieren. Freiheit im rechtlichen Sinn ist somit rein formal. Dagegen stellt Neumann eine »soziologische

Kapitalismus der Nation bedarf.« (Neumann 1980, 241) Ob in der Mobilisierung für den Krieg eine primär ökonomische Funktion der Nation zu sehen ist, kann dahingestellt bleiben; *dass* die Idee der Nation solcher Mobilisierung dient, ist dagegen offenkundig und spätestens mit dem Ersten Weltkrieg gewinnt der Begriff der Nation auch in Deutschland größere Bedeutung. (vgl. ebd., 243) Dass der Bezug auf die Nation anfänglich auch für den Nationalsozialismus wichtig war, geht aus dessen Namen hervor. Der Grund, dass schließlich der Begriff der Rasse geeigneter erschien, um die nationalsozialistische Gesellschaft zu integrieren, liegt Neumann zufolge darin, dass der zum Zweck dieser Integration notwendige Feind des ›deutschen Volkes‹ – ›der Jude‹ – als die andere ›Rasse‹ definiert war. (vgl. ebd., 346)

Definition«, der zufolge »Freiheit von miteinander konkurrierenden Individuen in erster Linie ein gewisses Maß an Gleichheit voraussetzt«. (ebd., 55) Faktisch realisiert sich gleiche Freiheit nur dann, wenn nicht allein die Bedingungen des Wettbewerbs für alle gleich sind, sondern auch die Konkurrent_innen gleich oder zumindest ähnlich stark sind. Verwirklicht sich die gleiche rechtliche Freiheit ohne Freiheit »im soziologischen Sinn« (ebd., 55), so ist nicht gleiche Freiheit das Resultat, sondern soziale Ungleichheit, die notwendig in Unfreiheit führt, da Freiheit Gleichheit voraussetzt.

Diesen dialektischen Zusammenhang bringt der beschriebene Übergang von der freien Konkurrenz zur Monopolwirtschaft in besonders drastischer Weise zum Ausdruck. Ob es zur Monopolbildung und ihrer politischen Stabilisierung kommt, ist für das Argument hingegen nicht entscheidend. Der Zusammenhang, der sich in der Geschichte des Kapitalismus entfaltet, hat vielmehr einen *systematischen* Ort im Recht. Er ist im Recht selbst angelegt und kann sich jederzeit und in unterschiedlicher Weise entfalten.²⁰ Ihren Sitz im Recht hat diese Dialektik in der Rechtsperson. Sie ist, in der Formulierung Neumanns, die »Maske«, welche die wirkliche Herrschaft verhüllt. Die Rechtsperson ist das Etikett, das Freiheit und Gleichheit bescheinigt – und verschweigt, dass es sich dabei nur um gleiche *rechtliche* Freiheit handelt. Neumann nennt diese Gleichheit »abstrakt«, weil sie von sozialer oder ökonomischer Ungleichheit abstrahiert.²¹ (vgl. Neumann 1937, 588) Die isolierte Verwirklichung

20 Die Monopolwirtschaft der Weimarer Zeit und Nazideutschlands ist nur eine von ihnen; eine andere, in Nachkriegszeit und Gegenwart hervortretende Weise, Ungleichheit und Unfreiheit dialektisch aus der freien Konkurrenz zu entfalten, liegt in der zunehmenden Internalisierung der Herrschaft im Sinne des von Luc Boltanski und Ève Chiapello konturierten »Neuen Geist des Kapitalismus«, also vor allen Dingen in einer wachsenden Selbstausbeutung. (Boltanski und Chiapello 2006)

21 Mit der Formulierung »abstrakte Gleichheit« bezieht sich Neumann auf die Gleichheit zwischen den Vertragsparteien: »zwischen dem rechtlich gleichen Arbeiter und dem rechtlich gleichen Unternehmer«. (Neumann 1937, 588) Der Arbeitsvertrag abstrahiert allerdings auch davon, dass mit der erworbenen Ware, mit der Arbeitskraft des Arbeiters, ein Recht über den Arbeiter, nämlich über den Gebrauch seiner Kraft verbunden ist. (so Menke 2015, 274f.) Der Vertrag selbst etabliert damit ein Verhältnis der Herrschaft: »Der Erwerb der Ware Arbeitskraft bedeutet ein Recht auf Herrschaft über den Arbeiter.« (ebd., 275, Hervorh. im Original) An diesem Punkt verortet Menke, in Auseinandersetzung mit Marx, den dialektischen Umschlag »von rechtlicher Gleichheit und Freiheit in soziale Herrschaft«. (ebd.) Mit Neumann stimmt Menke darin überein, dass das Recht diese Herrschaft zugleich verdeckt und ermöglicht. Wie bei Neumann zielt das Recht mit der Gleichheit, die es garantiert, auf Ungleichheit, das heißt auf Herrschaft:

allein dieser Freiheit bedeutet die »Entfremdung des Menschen von sich selbst«. (Neumann 1980, 57) Gerade die Figur der Rechtsperson, welche Freiheit bescheinigt, erweist sich als Schein der Freiheit. In ihr materialisieren sich die beiden eingangs genannten Stränge der Kritik der Menschenrechte: Die freie Rechtsperson des Kapitalismus schlägt – im Rahmen des Rechts – dialektisch in Unfreiheit um. *Eine* Gestalt hatte diese Unfreiheit unter den monopolistischen Bedingungen des nationalsozialistischen Totalitarismus, in dem die liberale Freiheit der Individuen der ›Freiheit der Wirtschaft‹ und die Rechtsperson dem ›Volksgenossen‹ zum Opfer fielen. Der Bedeutung der Rechtsperson wird in den folgenden beiden, abschließenden Kapiteln nachgegangen. Die Perspektive auf die Menschenrechte, die dabei eingenommen wird, fokussiert vor dem Hintergrund dieses Kapitels und anders als es bei Arendt und Agamben der Fall ist, nicht auf den Zusammenhang von ›Körper‹ und ›Nation‹, sondern auf jenen von ›Person‹ und ›Nation‹. In diesem Zusammenhang, so die These, liegt die wesentliche Problematik der Menschenrechte. Aus diesem Zusammenhang und seiner Dialektik sind sie daher zu lösen, wenn sich ihr Potential positiv entfalten soll.

Ausgangspunkt des letzten Kapitels war der Zusammenhang, den Arendt und Agamben zwischen der Problematik der Menschenrechte und der Frage der nationalstaatlichen Mitgliedschaft herstellen. Nach Arendt erweist sich die Problematik der Menschenrechte an jenen Menschen, die aus dem Nationalstaat ausgeschlossen sind und keine Rechtsansprüche durchsetzen können. Agamben zufolge ergibt sich die Problematik der Menschenrechte hingegen auch für jene, die dem Nationalstaat als Bürger_innen angehören. Die Problematik der Menschenrechte nimmt dabei jeweils dieselbe Gestalt an: die Gestalt eines nackten, auf bloße Körperlichkeit reduzierten Lebens. Das Leben, das nur noch als bloßer Körper in Betracht kommt, ist entrechtetes Leben. Die politische Situation, die in systematischer Weise nacktes, absolut entrechtetes Leben hervorbringt, ist der Totalitarismus. Problematisch sind die Menschenrechte nach Arendt und Agamben nun deshalb, weil die Weise, in der sie berechtigen, eine Beziehung zur Entrechtung aufweist.

Das Verhältnis von Berechtigung und Entrechtung beschreiben Arendt und Agamben sehr unterschiedlich. Der Unterschied ergibt sich aus ihrer jeweiligen Sicht auf den Zusammenhang von Menschenrechten und Zugehörigkeit zum Nationalstaat. Entrechtet sind nach Arendt jene Menschen, die jenseits des Nationalstaats stehen und daher keinen wirksamen

»Das Recht ist Schein, weil sich zeigt, daß der Inhalt und daher Grund seiner Gleichheit – nichts anderes als – die soziale Herrschaft ist.« (Menke 2015, 276)

menschenrechtlichen Schutz genießen. Wenn hier zwischen Berechtigung und Entrechtung gleichwohl ein Verhältnis besteht, so ist es ein Verhältnis der *Entsprechung*: Der absolut entrechtete Mensch *entspricht* dem Bild des Menschen, das im Kern der zeitgenössischen Idee der Menschenrechte steht. Selbst wenn der entrechtete Mensch gerade jener ist, der keine Menschenrechte hat (oder sie nicht durchsetzen kann), zeigt dieses Verhältnis der Entsprechung, so der entscheidende Punkt bei Arendt, dass an der zeitgenössischen Idee der Menschenrechte etwas grundlegend schief ist, die Tatsache nämlich, dass sie die politische, gemeinschaftliche Qualität des menschlichen Lebens nicht berücksichtigt. Anders als Arendt sieht Agamben zwischen Berechtigung und Entrechtung ein Verhältnis der *Verursachung*: Die Menschenrechte sind die Ursache von Entrechtung, denn sie sind die Weise, in der sich das nackte Leben in den Nationalstaat einschreibt und ihm preisgegeben wird. Die Entrechtung, die Agamben behauptet, ist die Entrechtung jener, die dem Nationalstaat als Bürger_innen angehören und im wirksamen Besitz der Menschenrechte sind. Die Konsequenz, die aus seiner These folgt, ist nicht überzeugend: Von der totalitaristischen Entrechtung ist die nationalstaatliche Normalität bei Agamben zwar noch *phänomenal*, nicht mehr aber *strukturell* zu unterscheiden. Aus Arendts Perspektive, die mitunter aus diesem Grund plausibler erscheint, ist das nicht denkbar.

Unabhängig von ihrer Differenz in der Frage, ob in der totalitaristischen Hervorbringung nackten Lebens die moderne Normalität zu sehen ist, stimmen Arendt und Agamben darin überein, dass die totalitaristische Reduktion auf nacktes Leben eine *Abstraktion* des Menschen vom Menschen bedeutet. Weil die Menschenrechte theoretisch (Arendt) oder praktisch (Agamben) diese Abstraktion befördern, stehen sie zur Entrechtung, zumindest auch, in einem positiven Verhältnis. Die Kritik, die Arendt und Agamben an den Menschenrechten üben, gilt dieser Abstraktion. Ob eine solche Kritik an den Menschenrechten zutreffend ist, hängt davon ab, ob die Abstraktion plausibel erklärt wird. An diesem Punkt setzte mein Einwand im letzten Kapitel an. Er lautete, dass Arendt und Agamben die totalitaristische Abstraktion des Menschen vom Menschen gleichsam isoliert betrachten: Bei beiden findet der Zusammenhang, in dem die totalitaristische zur kapitalistischen oder liberalen Abstraktion des Menschen vom Menschen steht, keine Berücksichtigung. Jenseits dieses Zusammenhangs wird, so meine These, die Abstraktion der Menschenrechte jedoch nicht verständlich. Die Kritik der Menschenrechte, die sich auf eine verkürzt ›totalitaristisch‹ verstandene Abstraktion richtet, fällt einseitig aus. In dieser Einseitigkeit ist sie zugleich zu oberflächlich und zu drastisch.

Die beiden hier als ›totalitaristisch‹ und ›liberal‹ bezeichneten Abstraktionen bringen ein unterschiedliches Abstraktum, einen je verschiedenen ›abstrakten‹ Menschen hervor. In der totalitaristischen Abstraktion

ist der Mensch ›abstrakt‹, insofern er auf seine bloße Körperlichkeit reduziert ist; dieser Mensch, der allein als physische Materie in Betracht kommt, ›gilt‹ nichts mehr. Die liberale Abstraktion reduziert den Menschen dagegen nicht auf den Körper, sondern verschafft ihm als *Person* Geltung im Recht, unabhängig – eben darin besteht der abstrahierende Zug – von irgendwelchen (individuellen, ethnischen, klassen- oder geschlechtsbezogenen) Merkmalen.

Zwischen diesen beiden Abstraktionen besteht ein negativer und ein positiver Zusammenhang. Auf den negativen hat Arendt hingewiesen. Das *Wegfallen* der liberalen Abstraktion ermöglicht die totalitaristische Abstraktion: Die »Tötung der juristischen Person« ist nach Arendt der erste Schritt zur Hervorbringung nackten Lebens. (Arendt 2011a, 922) Es handelt sich um einen direkten Zusammenhang mit desaströsen, sehr häufig tödlichen Konsequenzen. Im Folgenden liegt der Fokus auf dem anderen, positiven Zusammenhang. Er ist ›positiv‹, insofern nicht die Negation, sondern die Setzung des Personenstatus eine Beziehung zur totalitaristischen Abstraktion etabliert: Die Anerkennung des Menschen als Person eröffnet eine Möglichkeit, die Menschen zur Materie herrschaftlichen Handelns und zum Objekt der Verfügung zu machen. Der Status als Rechtssubjekt hat – keineswegs nur, aber auch – objektivierende Wirkung. Das Ziel der folgenden Überlegungen ist es, diese Wirkungsweise zu verstehen. In der verdinglichenden Wirkung der Rechtsperson liegt der hier thematische Zusammenhang zwischen der totalitaristischen und der liberalen Abstraktion des Menschen.

Die Auseinandersetzung mit Franz Neumann im letzten Kapitel konnte die Rolle aufzeigen, die dieser Zusammenhang beim Übergang vom liberalkapitalistischen zum totalitaristischen Wirtschaftssystem, vom System der freien Konkurrenz zum System der Monopole gespielt hat. Ohne das Konzept der *freien und gleichen* Rechtsperson wäre das auf der Herrschaft des (allgemeinen) Gesetzes beruhende kapitalistische System der freien Konkurrenz nicht denkbar. Denn erst das Konzept der Rechtsperson ermöglicht, dass das allgemeine Gesetz seine zwei Funktionen für das Konkurrenzsystem erfüllen kann: Berechenbarkeit der Austauschprozesse auf der einen, Verhüllung der Herrschaftsverhältnisse auf der anderen Seite. Berechenbar sind die Austauschprozesse nur, wenn das allgemeine Gesetz generell die Einhaltung von Verträgen garantiert; Verträge aber beruhen auf der Freiheit, solche abzuschließen, und diese Freiheit ist durch die *Freiheit* der Rechtsperson gegeben. Weil das System der Konkurrenz auf der Annahme gleicher Marktteilnehmender beruht, dürfen bestehende Herrschaftsverhältnisse nicht offenbar werden. Dass Menschen über Menschen herrschen, wird durch die Herrschaft des Gesetzes verborgen: dadurch, dass das allgemeine Gesetz alle in gleicher Weise adressiert. Diese Gleichheit der Adressierung ist durch die *Gleichheit* der Rechtspersonen garantiert.

In meiner Deutung Neumanns habe ich argumentiert, dass es eine doppelte Dialektik ist, eine Dialektik der Freiheit und eine Dialektik der *Gleichheit*, die vom liberalen zum totalitären Kapitalismus führt. Der Ort dieser Dialektik ist die Rechtsperson. Die Dialektik der Freiheit entfaltet sich, indem eine allein formal verstandene Vertragsfreiheit dazu führt, dass Verträge zwischen verschieden starken Partnern das Recht der Stärkeren durchsetzen. Es kommt nach Neumann zum Bruch mit der Herrschaft des Vertrages und damit zugleich des allgemeinen Gesetzes. Mit dieser Dialektik der Freiheit ist die Dialektik der Gleichheit verknüpft. Denn die Freiheit konkurrierender Individuen setzt »in erster Linie ein gewisses Maß an Gleichheit« voraus. (Neumann 1980, 55) Die durch die Rechtsperson hergestellte Gleichheit ist allerdings einseitig, weil allein rechtlich. Werden ökonomisch Ungleiche vom Recht in gleicher Weise adressiert, fördert dies nicht die Gleichheit, sondern vertieft Ungleichheit. Die wachsende Ungleichheit steigert die Dialektik der Freiheit. Historisch, beim Übergang vom liberalkapitalistischen zum totalitärkapitalistischen Wirtschaftssystem des Nationalsozialismus, brachte diese doppelte Dialektik der Rechtsperson ein Ende des freien Marktes (unter Bewahrung des kapitalistischen Kernmerkmals, des Privateigentums). Nicht die wirtschaftliche Freiheit der Einzelnen, sondern die Freiheit der Wirtschaft wurde zum entscheidenden Kriterium. Dazu kommt es, so habe ich über Neumann hinausgehend argumentiert, weil unter totalitaristischen Bedingungen das ›Leben der Nation‹ (bzw. des ›Volkes‹) zum höchsten ›Wert‹ wird. Hinter dem Leben der Nation tritt die Freiheit und Gleichheit der Einzelnen – das heißt das Konzept der Rechtsperson – zurück und wird ihm geopfert. Dazu muss es nicht kommen. Neumann hat darauf insistiert, dass die in der Rechtsperson angelegte persönliche Gleichheit und Freiheit die Bedürfnisse des Konkurrenzkapitalismus transzendiert: Widerständiges Potential hat das Konzept der Rechtsperson daher auch gegenüber einer allfälligen Dialektik von Freiheit und Gleichheit, die sich unter Bedingungen der Konkurrenz ereignen kann (nämlich dann und nur dann, wenn das System der Konkurrenz in absolut formaler Weise, ohne jede Herstellung materialer Gleichheit funktioniert). Dieses widerständige Potential gilt es gegen das Potential dialektischer Entfremdung aufzubieten. Dafür ist notwendig, das dialektische Potential zur Kenntnis zu nehmen und zum Gegenstand der Analyse zu machen. Es gilt dabei vor allen Dingen die Verbindung zu untersuchen, in der die Rechtsperson und ihre Rechte zu dem stehen, was sie beschränkt, verletzt und suspendiert: zur Idee der Nation und ihres ›Lebens‹. In den vorangehenden Kapiteln habe ich bereits dafür argumentiert, diese Verbindung von Rechten und Nationalstaat weder so zu beurteilen, wie Arendt es tut, noch so, wie Agamben vorschlägt. Denn im Nexus von Nation und Individuen erscheinen letztere nicht als Körper, sondern als Personen. Anders formuliert: Der

für diesen Nexus maßgebende Körper ist nicht der Körper der Individuen, sondern der als *lebendig* gedachte Körper der Nation. Dieser lebendige Körper der Nation konstituiert sich nicht aus den Körpern der Individuen, sondern aus deren Anerkennung als Personen – das heißt aus ihrer Ausstattung mit Rechten. Um das ›Leben‹ der Nation in der Situation seiner Gefährdung zu erhalten, werden eben diese individuellen Rechte, die den Körper der Nation (und damit ihr Leben) konstituieren, beschränkt, verletzt und suspendiert. Darin besteht die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung und damit die Problematik, die es zu verstehen gilt. Das widerständige Potential der Rechtsperson gegen das Potential dialektischer Entfremdung in Stellung zu bringen, muss bedeuten, die rechtliche Person und ihre Rechte aus dem Nexus mit dem ›Leben der Nation‹ zu lösen – und damit zugleich die Vorstellung einer lebendigen Nation zu begraben.

Vor diesem Hintergrund dienen die folgenden beiden Kapitel der Klärung je eines Schrittes. Im ersten Schritt (Kapitel 4.2) soll klar werden, welche Bedeutung das Konzept der Rechtsperson zum einen für die moderne Idee der Menschenrechte, zum anderen für das Funktionieren des modernen Rechts hat. Dass der ›Person‹ in der Frage nach dem Verhältnis von Berechtigung und Entrechtung ein Primat vor dem ›Körper‹ zukommt, soll durch diesen ersten Schritt begründet werden. Im zweiten Schritt werde ich im daran anschließenden letzten Kapitel (4.3) den Zusammenhang von Nation und Person und das damit verbundene Entfremdungspotential der Rechte in einer historischen Genese untersuchen, die in die Vorgeschichte der Menschenrechte, ins 16. Jahrhundert zurückreicht. Dies lenkt den Blick auf das Problem der Bevölkerung als Materie des Staates und damit auf den systematischen Zusammenhang von Menschenrechten und Ausnahmezustand. Dadurch eröffnet sich die Perspektive einer Kritik, deren Fluchtpunkt in der Lösung der Rechte von ihrer instrumentalisierenden Ausnahme liegt.

4.2 Die Freiheit als Zweck des Menschen und als Mittel des Rechts

Die moderne Idee der Menschenrechte bezieht sich in einer zweifachen Weise auf den Menschen: Kognitiv, im Modus einer grundlegenden *Feststellung*, und normativ, im Modus einer grundlegenden *Forderung*. Das, was die Menschenrechte vom Menschen feststellen, ist zugleich das, was sie für den Menschen fordern: Sie fordern die freie Entfaltung dessen, was sie als das »Eigene des Menschen« (Derrida 2015, 112) feststellen. Dieses Eigene des Menschen ist seine Freiheit. Mit ihrem Fokus auf Freiheit bilden die Menschenrechte zugleich den

systematischen Kern des Rechts der Moderne: An der Idee der Freiheit ist, wie es Klaus Günther formuliert hat, nicht nur das Rechtsprojekt der Moderne, sondern auch die Moderne *als* Rechtsprojekt orientiert. (vgl. Günther 2005, 258)

Dass die Freiheit dem Menschen als das ihm wesentliche Merkmal zu eigen ist, machen die menschenrechtlichen Erklärungen dadurch deutlich, dass die Freiheit jedem Menschen »schon immer«, nämlich per Geburt und dadurch als seine Natur zukommt. So lautet der erste Satz des ersten Artikels der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* von 1948: »All human beings are born free and equal in dignity and rights.« – »Tous les êtres humains naissent libres et égaux en dignité et en droits.« An der französischen Fassung dieses Satzes wird die Nähe zur *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 deutlich. Deren erster Satz lautet: »Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.« – »Die Menschen sind und bleiben von Geburt frei und gleich an Rechten.« Der Zusammenhang von Feststellung und Forderung gelangt hier noch klarer zum Ausdruck als in der Erklärung von 1948.²² Die Menschen sind nicht nur von Natur aus frei, sie bleiben es auch weiterhin, als Teil der Gesellschaft, was ja nur heißen kann: Sie *sollen* frei bleiben. Der konstitutive Bezug zur Freiheit, der die moderne Idee der Menschenrechte kennzeichnet, ist schon im 18. Jahrhundert explizit formuliert. Dies nicht nur im politischen Akt und Dokument der Erklärung von 1789, sondern auch in der zeitgenössischen Philosophie. Kant hat dem »Prinzip der angeborenen Freiheit« in seiner 1797 erschienenen *Rechtslehre* eine grundlegende Rolle zugewiesen; in der Freiheit sieht er das »einzige, ursprüngliche, jedem Menschen kraft seiner Menschheit zustehende Recht«.²³

Im ersten Abschnitt dieses Kapitels soll deutlich werden, dass die Freiheit, wie sie als grundlegende Feststellung und Forderung der modernen Menschenrechtsidee erscheint, auf das Konzept der Rechtsperson angewiesen ist. Im Anschluss werde ich zeigen, dass das Konzept der Rechtsperson und die mit ihr verbundene, rechtlich gesicherte Freiheit nicht allein im Dienst der Menschen steht, die als Personen eine Anerkennung und Durchsetzbarkeit ihrer Freiheit erfahren. Das Konzept der freien Rechtsperson hat vielmehr auch eine Funktion für das sich im 18.

22 Gegenüber der Erklärung von 1789 fügt die Erklärung von 1948, angesichts der neuen Erfahrung absoluter und systematischer Menschenverachtung, die Idee der Würde im ersten Satz des ersten Artikels hinzu. (vgl. Menke 2012a, 144) Noch enger ist die Verbindung zwischen Menschenrechten und Menschenwürde im ersten Artikel des deutschen Grundgesetzes von 1949. (vgl. zu dieser Verbindung Herdegen 2017, Rn. 22)

23 Kant, *Rechtslehre*, AA VI, 237f. Zu Kants angeborenem Recht der Freiheit und seinem Verhältnis zu den Menschenrechten vgl. Colliot-Thélène 2011, 44, 165, 167–177.

Jahrhundert herausbildende moderne, positive Recht. Die Rechtsperson bildet die Voraussetzung für zwei wesentliche Merkmale des modernen Rechts: einerseits für seine Änderbarkeit, andererseits für seine Erwartbarkeit, das heißt für Rechtssicherheit. Die rechtlich zugestandene Freiheit hatte allerdings schon vor der Herausbildung des modernen, positiven Rechts, nämlich schon seit dem 16. Jahrhundert, eine Funktion-für-Anderes, nämlich für die sich entwickelnden europäischen Territorialstaaten. Diese Funktion der Freiheit ist weniger juridisch – keine Funktion für das Recht selbst –, als vielmehr ökonomisch – eine Funktion für den Haushalt des Staates. In der Funktion für den Staat liegt die Problematik der Rechte: der Zusammenhang zwischen Berechtigung und Entrechung. Der Rückgang ins 16. Jahrhundert und der Blick auf diese Problematik sind allerdings dem folgenden Kapitel vorbehalten. Hier wende ich mich zunächst der Verbindung von menschenrechtlicher Freiheit und rechtlicher Person zu.

Den Fokus auf die rechtliche Person zu legen, bedeutet, diese nicht nur vom ›Körper‹, sondern auch vom ›Subjekt‹ zu unterscheiden. Auf diesem letzteren Unterschied hat besonders der französische Jurist und Rechtshistoriker Yan Thomas insistiert. Gegen die zeitgenössische Kritik des Rechtssubjekts – »la critique contemporaine du sujet de droit« (Thomas 1998, 85) – hat er nachdrücklich hervorgehoben, dass nicht das ›Subjekt des Rechts‹ die rechtlich entscheidende Kategorie ist, sondern die ›Person‹:

»Rechtssubjekt« [...] hat eine bloß lehrhafte Bedeutung und hat niemals das Wort ›Person‹ verdrängt, das das technische Wort blieb; nur dieses kennt z.B. der Code civil und nur dieses kennen noch die Zivilrechtler, abgesehen von der ornamentalen Übung der allgemeinen Einführungen ins Recht.«²⁴ (Übers. J.H.)

Während der Begriff des *Subjekts* des Rechts außerhalb der Lehrbücher kaum vorkomme, habe der Begriff der *Person* in der Geschichte des Rechts, das heißt in der Geschichte seiner Begriffe, den maßgebenden Einfluss. Für das Verständnis und die Kritik des Rechts, so Thomas, sei auf diese Geschichte Acht zu geben – und zwar, wie er anmerkt, jenseits der üblichen Allgemeinplätze der Maske (lat. *persona*), der Rolle (lat. *persona*) und des Schauspielers. (vgl. ebd., 98) Ihm ist es vor allen Dingen um eine Entgegnung auf eine zeitgenössische Kritik der subjektiven Rechte zu tun, die sich an einem Begriff des Subjekts entzündet, der

24 »Sujet de droit« [...] a une acception purement doctrinale et n'a jamais supplanté le mot ›personne‹, qui est resté le mot technique que seul connaît par exemple le Code civil, et que seuls connaissent encore les civilistes, en dehors de l'exercice ornemental des introductions générales au droit.« (Thomas 1998, 98)

im Recht selbst gar keine Rolle spiele.²⁵ Anders formuliert: Um das *sujet de droit*, das Subjekt des Rechts samt seiner subjektiven Rechte richtig zu verstehen, gilt es weniger über die philosophischen Implikationen des Subjektbegriffs nachzudenken, als vielmehr über den Begriff der Person. Denn das Subjekt als Träger_in der Rechte (und der Pflichten) ist die ›Person‹. Der Begriff der Person ist dabei vor allen Dingen rechtsintern, als Teil des Rechts selbst aufzufassen: Auf die Person statt auf das Subjekt zu fokussieren, heißt den Blick auf das Recht selbst und seine historisch entstandene Struktur zu richten. Als Kategorie des Rechts bezeichnet die Person nicht den ›ganzen Menschen‹ in seinen konkreten Bestimmungen. Personen, sagt Thomas, *sind* Abstraktionen: »des personnes, c'est-à-dire des abstractions«.²⁶ (ebd., 103)

Abstrahiert wird dabei insbesondere vom Körper. Der Körper ist *nicht* das, was nach der Abstraktion übrig bleibt, sondern wovon abstrahiert wird. Der Definition der Person blieb der Körper über die Jahrhunderte hinweg »vollständig fremd« (*entièrement étranger*). (ebd., 102) Hat sich der Personbegriff durch die Jahrhunderte in seiner juristischen Semantik stark gewandelt, so besteht in der Differenz zum Körper eine Kontinuität, die vom römischen Recht über das Mittelalter bis zum modernen Recht hin reicht.²⁷ In der französischen Tradition erscheint der ›Körper‹ sehr spät, am Ende des 20. Jahrhunderts, unter den zivilrechtlichen Kategorien; am 29. Juli 1994 fand er Eingang in Art. 16 des *Code civil*. (vgl. ebd., 102f.) Auch dieser Artikel bestimmt zunächst die Sicherung des Vorrangs der ›Person‹ (*la primauté de la personne*) durch das Gesetz, worauf in Art. 16-1 die Bezugnahme auf den Körper folgt: Erklärt wird

- 25 Thomas meint hier die Idee eines autonomen und aufgrund seiner Autonomie normativ privilegierten Subjekts, dessen grenzenloses Begehren einen Anspruch begründet, der als Forderung (*créance*) daherkomme, deren Befriedigung subjektives Recht heiße (*dont la satisfaction aurait pour nom ›droit subjectif‹*). Ein so verstandenes subjektives Recht sei allerdings lediglich das Produkt einer rezenten »ideologischen« Sicht auf das Recht (*un artefact, non du droit lui-même, mais d'une idéologie récente du droit*). (Thomas 1998, 97f.; ebenso 87)
- 26 Diese Abstraktion des Rechts bildet den *Zurechnungspunkt* der juridischen Regeln, die den Menschen ›regieren‹: »La personne sujet de droits et d'obligations n'est pas l'être humain concret, avec ses caractères physiques et psychiques propres: elle est une abstraction de l'ordre juridique, un point d'imputation personnalisé des règles juridiques qui gouvernent cet être humain.« (Thomas 1998, 102)
- 27 Wie Thomas betont auch Luhmann, dass das Abstraktum der ›Person‹ (abstrakt, weil es von der Besonderheit des Individuums absieht) nicht mit dem seinerseits abstrakten ›Körper‹ zu identifizieren sei: Vom konkreten Individuum bleibt die Person ebenso verschieden wie vom abstrakten Körper. (vgl. Luhmann 2008b, 145)

die Unverletzlichkeit des menschlichen Körpers (*corps humain*) sowie das Recht eines jeden (*chacun*) über seinen eigenen Körper, dessen Elemente und Produkte zu verfügen.²⁸ In der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 erscheint das Wort *corps* dagegen allein als *corps social* (Präambel) oder im Sinne der Körperschaft (Art. 3). Wenn hier Art. 1 deklariert, die Menschen seien von Geburt an frei und gleich an Rechten (*libres et égaux en droits*), ist also *nicht* der Körper Träger dieser Freiheit, sondern es handelt sich um die Freiheit der Person.²⁹ Auch dass im *Code civil* die Unverletzlichkeit des menschlichen Körpers (Art. 16-1) unter dem Vorrang der Person (Art. 16) steht, ist nicht als Zufälligkeit zu nehmen: Das Recht auf die Unverletzlichkeit des menschlichen Körpers ist nicht ein Recht dieses Körpers, sondern ein Recht der menschlichen Person *auf* ihren Körper. Bei der ›Person‹ und nicht beim Körper setzt entsprechend auch der menschenrechtliche Zusammenhang von Freiheit und Unterwerfung an; die Dialektik der Freiheit ist nicht als Dialektik des ›Fleisches‹, nicht als bloße Reduktion auf die *physis* aufzufassen. Das impliziert auch: Die Möglichkeit des Ausschlusses aus der Gemeinschaft, in der eine problematische Verbindung der Menschenrechte mit dem Ausnahmezustand liegt, gilt es von der Freiheit der Person her zu erschließen. Was diese Freiheit der Person bedeutet, ist daher im Folgenden als erstes zu klären.

Zunächst ist festzuhalten, dass der Begriff der Person durch jenen der Freiheit bestimmt ist. Der für die Menschenrechte zentrale Zusammenhang von Freiheit und Person ist deshalb nicht so zu verstehen, dass es

28 Wörtlich lautet die Formulierung von Art. 16-1 des Code civil: »Chacun a droit au respect de son corps. Le corps humain est inviolable. Le corps humain, ses éléments et ses produits ne peuvent faire l'objet d'un droit patrimonial.«

29 Für die französische Erklärung von 1789 gilt daher nicht, was Agamben mit Blick auf die englische *Habeas-corpus*-Formel von 1679 bemerkt: »Corpus ist ein doppelgesichtiges Wesen, das sowohl Träger der Unterwerfung unter die souveräne Macht als auch der individuellen Freiheit ist.« (HS, 133, Hervorh. im Original) Mag die körperliche Bewegungsfreiheit, das Fehlen äußerer Hindernisse, bei Hobbes den Begriff der *libertas* bestimmen, so ist die Freiheit der Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts die Freiheit der Person. Die Linie, die Agamben von der *Habeas-corpus*-Formel von 1679 zur Erklärung von 1789 zieht – dass nicht »der freie Mensch mit seinen Eigenschaften und seinen Statuten« noch schlicht *homo*, sondern *corpus* »das neue Subjekt der Politik sei« und am Anfang der modernen Demokratie stehe (HS, 132) –, ist fragwürdig. Dass das in der *Habeas-corpus*-Formel (dem Gebot, den verhafteten Körper einem Richter vorzuführen) ausgedrückte Recht auf Haftprüfung als ein Recht der Person ausgedeutet wurde, zeigt sich auch an Art. 104 Abs. 1 des deutschen Grundgesetzes, wo dieses Recht in Bezug auf die »Freiheit der Person« formuliert wird.

den Menschenrechtskatalogen darum ginge, *für* die Person Freiheit zu reklamieren. Denn die rechtliche Person gibt es überhaupt nur als freie. Wenn die Menschenrechte die Freiheit des Menschen feststellen und fordern, dann erklären sie nichts anderes, als dass der Mensch ›Person‹ sei. Sie deklarieren Freiheit dadurch, dass sie den Menschen zur Person erklären. Die Deklaration der Person selbst, das heißt die Anerkennung jedes Menschen als Person, *ist* die Idee der Menschenrechte.

Der Status der freien Person erfüllt einen Zweck innerhalb des Rechts: Als Person kommt dem Menschen ein rechtlicher Status zu. Indem der Mensch im Recht als Person *gilt*, hat er überhaupt Geltung im Recht.³⁰ Der Mensch gilt im Recht, weil er als Person berechtigt, das heißt Träger von Rechten ist. Diese Geltung des Menschen im Recht wurde insbesondere von philosophisch-naturrechtlichen Überlegungen gestützt, welche die Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts begleiteten: »Die individualrechtliche These, daß der Mensch als solcher und unabhängig von jedem Status das Recht habe, im Recht als Person anerkannt zu sein, also das Recht, im Recht Person zu sein, ein Recht auf Persönlichkeit im Recht – wobei zwischen ›Person‹ und ›Persönlichkeit‹ nicht unterschieden wurde –, wurde ab 1780 von den Vertretern des jüngeren Naturrechts aufgestellt und begründet.« (Schild 1989, Sp. 325)

Dass der Mensch als solcher einen Status im Recht erhält, heißt, dass er als Gleicher Geltung hat: Die Rechte, die der Mensch als Person hat, sind *gleiche* Rechte und der Mensch als Person ist der *gleich-*berechtigte Mensch. Dieser Begriff der rechtlichen Person ist spezifisch neuzeitlich. Erst in der Neuzeit sind mit dem Personbegriff Freiheit und ein Status gleicher Rechte verbunden. Dies lässt sich mit Blick auf das römische Recht verdeutlichen, hinsichtlich dessen der neuzeitliche Begriff der Rechtsperson einen klaren Bruch markiert.

30 So sieht etwa Menke im Rechtsgrundsatz »Jeder Mensch ist Rechtsperson« das Scharnier zwischen Menschen- und Bürgerrechten. Denn wenn alle Mitglieder einer politischen Gemeinschaft – alle Bürger_innen – insofern gleich sind, als sie alle Rechtspersonen und d.h.: Menschen sind, transzendiert die Erklärung der Rechtsperson die Grenzen der Ordnung und umfasst jeden Menschen, ob Bürger_in oder nicht. Menke bezieht sich in seinen Erläuterungen vorwiegend auf Hegel, macht aber deutlich, dass der Rechtsgrundsatz um 1800 politisch und theoretisch weite Kreise zieht. (Menke 2011c, 226) In der Rechtspraxis bot sich freilich ein anderes Bild: Wenn der Status der Rechtsperson ständestaatliche Differenzen überwand, so stand er doch weiterhin unter »nationalstaatlichen Vorbehalten« und blieb auf Inländer beschränkt. (Damm 2002, 850f.)

Personsein: Römisch und neuzeitlich

Der Begriff der Person ist bereits eine Grundkategorie des römischen Rechts. So gliedern die *Institutiones* des Gaius (2. Jh.) und später auch jene Justinians (6. Jh.) den Stoff des Rechts danach, ob er sich auf Personen (*personae*), Sachen (*res*) oder Rechtshandlungen der Klage (*actiones*) bezieht. (vgl. Meier-Hayoz 1976, Einleitung Rz. 10; Hattenhauer 2011, 40) Doch steht im römischen Recht »das Wort ›*persona*‹ einfach für Mensch und ist damit juristisch farblos«. (Coing 1985, § 28, S. 168) An das spezifische Kriterium der Freiheit ist die römische *persona* nicht geknüpft: Auch der Sklave ist Person bzw. ist rechtlich *res* (Rechtsobjekt) und *persona* zugleich. (vgl. Kaser und Knütel 2014, § 15, S. 98) Person zu sein impliziert in römischen Verhältnissen keine Geltung im Recht und ist weder mit der Anerkennung öffentlicher noch privater Rechte verbunden.³¹

Über die Rechtsstellung der Individuen entscheidet im römischen Recht nicht das Person-Sein, sondern der *status*. *Status* ist, im Gegensatz zur neuzeitlichen *persona*, keine Kategorie der Gleichheit, sondern eine Kategorie der Differenz: Sie bezeichnet keine gleiche, sondern eine abgestufte, ungleiche Stellung im Recht. Durch den römischen *status* werden die Menschen in unterschiedlich berechnete Gruppen getrennt. Unterschieden wird erstens nach der Freiheit (*libertas*) – rechtlich getrennt werden dadurch die Sklaven von den Freien. Innerhalb der Freien wird zweitens nach dem Bürgerrecht (*civitas*) differenziert – rechtlich separiert werden dadurch die Nichtbürger (*peregrini*) von den Bürgern (*cives Romani*). Innerhalb der Bürger wird drittens nach der Position im Familienverband (*familia*) unterschieden – rechtlich getrennt wird dadurch das

31 Eine andere Sicht findet sich hingegen bei Okko Behrends, der in der römischen Jurisprudenz einen vorklassischen, stoisch geprägten *persona*-Begriff von einem klassischen unterscheidet. Im vorklassischen Sinn meint *persona* die verschiedenen konkreten Rollen und Pflichten, die alle Menschen (Freie wie Unfreie) sowie körperschaftliche Verbände in den Beziehungen zu ihren Umwelten einnehmen. (vgl. Behrends 1998, 221f., 229 und 231) Dagegen bezeichnet *persona* in klassischer Zeit »die Rechtsfähigkeit, die dem freien Menschen zukommt«. (ebd., 222; vgl. ebenso 232 und 235–238) *Persona* im klassischen Verständnis ist nach Behrends nicht allein ein *Freiheitsbegriff* (der Mensch ist rechtsfähige *persona*, wenn er frei ist), sondern auch, allerdings in beschränkter Weise, ein *Gleichheitsbegriff*: Seit Beginn der Kaiserzeit führten naturrechtliche Einflüsse dazu, dass alle – in bescheidenem Maß auch Sklaven – als *personae* eine Stellung im Recht erhielten. (vgl. ebd., 223 und 232f.) Demgegenüber zeichnet sich der neuzeitliche *persona*-Begriff gerade durch den unlöslichen Zusammenhang von Freiheit und Gleichheit aus, der ihn auch von einem so verstandenen, klassisch-römischen Begriff der *persona* deutlich unterscheidet.

abhängige Familienmitglied (*persona alieni iuris*) vom selbstbestimmten Bürger (*persona sui iuris* oder *suae potestatis*). Keine dieser Rechtspositionen – auch dies unterscheidet den römischen *status* von der neuzeitlichen *persona* – war dabei unverlierbar: Freiheit, Bürgerrecht und Selbstbestimmung³² konnten alle eingebüßt werden.³³

Zusammenfassend lässt sich sagen: Während dem römischen *status* und der neuzeitlichen *persona* gemeinsam ist, dass sie dem Menschen jeweils eine Rechtsstellung, ›Geltung‹ im Recht verschaffen, besteht ein doppelter Unterschied. Erstens: Nach dem römischen *status* ist die Stellung des Menschen charakterisiert durch gruppenspezifische Besonderheit, das heißt Ungleichheit. Die neuzeitliche *persona* stellt den Menschen dagegen (zumindest dem Begriff nach) rechtlich gleich und erklärt damit die Allgemeinheit des Menschen. Zweitens: Während der *status* eine bedingte Stellung bezeichnet und damit einen *status* auf Zeit, bedeutet *persona* eine unbedingte Stellung im Recht und damit einen Status, der unveräußerlich ist. Der neuzeitliche Begriff der Rechtsperson, der Begriff einer allen gleichen Freiheit, entsteht in einem doppelten Kontrast zur Begrifflichkeit des römischen Rechts: Er löst nicht nur einen juristisch blassen römischen *persona*-Begriff ab, sondern hebt zugleich die Diskriminierung auf, die der römische *status* daran geknüpft hatte, dass der Mensch eine – eben verschiedene – Stellung im Recht hat.

Das spezifische Merkmal des neuzeitlichen Konzepts der Rechtsperson, die Aufhebung der Diskriminierung auf der Ebene des Rechts, brach sich allerdings nicht mit einem Mal Bahn, sondern war das Ergebnis einer *longue durée*.³⁴ Es muss hier deshalb ein Blick auf diese

32 ›Selbstbestimmung‹ im Sinn der Gewaltfreiheit, d.h. der Unabhängigkeit von einer Hausgewalt: Gewaltfrei sind (nur) der *paterfamilias* sowie der alleinstehende Mann und die alleinstehende Frau. (vgl. Kaser und Knütel 2014, § 12, S. 87)

33 Als *capitis deminutio* bezeichneten die Römer die drei Stufen dieser Statusminderung, deren Unterscheidung noch aus der vorklassischen, durch die Stoa geprägten Jurisprudenz stammt. (vgl. Behrends 1998, 228) Nach der Doktrin der klassischen Zeit betrifft die *cap. dem. maxima* die Freiheit (und damit das Bürgerrecht), die *cap. dem. media* oder *minor* nur das Bürgerrecht (bei Erhalt der Freiheit innerhalb der menschlichen Gesellschaft) und die *cap. dem. minima* bedeutet den Austritt aus der Stellung im Familienverband (Bürgerrecht in Rom und Freiheit in der menschlichen Gesellschaft bleiben davon unberührt). Von diesen drei Statusänderungen leiten sich die späteren (nach-römischen) Bezeichnungen *status libertatis*, *status civitatis* und *status familiae* her (Kaser und Knütel 2014, § 13, S. 89f.), in deren Form die römische *status*-Trias das Privatrecht noch bis ins 19. Jahrhundert hinein prägte. (vgl. Hattenhauer 2011, 41)

34 So legt Christian Hattenhauer ausführlich dar, dass die neuzeitliche Rechtsperson während ihrer Entwicklung vom Ende des 16. bis zum Ende des 18.

Entstehungsgeschichte des neuzeitlichen Rechtsbegriffs der Person folgen.

Coing setzt das Auftauchen des neuzeitlichen Konzepts bereits in der systematischen Jurisprudenz des 16. Jahrhunderts an: Bei Hugo Donellus (1527–1591) – im zweiten Buch seiner *Commentarii de iure civili* (1589) – nimmt »der Begriff persona eine technisch-juristische Bedeutung an; er bezeichnet den Menschen, der einen Status hat und daher am Rechtsleben teilnimmt.«³⁵ (Coing 1950, 196) In diesem Status der *Teilnahme* liegt das Neue der neuzeitlichen Rechtsperson. Es handelt sich dabei noch nicht um den Status einer Freiheit ohne Unterschied. Nicht dadurch wird der römisch-rechtliche Begriff der *persona* (der auch Unfreie einschließt) abgelöst, dass an seine Stelle jenes moderne Konzept der Person tritt, das systematisch durch gleiche Freiheit bestimmt ist. Bei Donellus wird der Mensch nicht aufgrund gleicher Freiheit zur Rechtsperson, sondern durch den *status*, das heißt durch eine Kategorie, die seit dem römischen Recht nicht Gleichheit, sondern Differenz anzeigte. (vgl. Donellus 1589, liber 2, cap. 9, § 1)

Wolfgang Schild hat vor diesem Hintergrund geurteilt, dass Donellus »eigentlich nicht über das römische Recht hinausging«. (Schild 1989, Sp. 322) Es gibt allerdings, wenn auch an einer anderen Stelle, eine entscheidende Differenz gegenüber dem römischen Recht. Sie besteht in einem Bruch mit der erwähnten Taxonomie des römischen Rechts und zwar in einer Umstellung von einer parataktischen zu einer hypotaktischen Gliederung des Rechtsstoffs. Gemäß den im 16. Jahrhundert einflussreichen Institutionen des Gaius waren *personae*, *res* und *actiones* nebengeordnet. In kritischer Zurückweisung der Gaianischen Ordnung bestimmt Donellus die *persona* nun als den maßgebenden Zurechnungspunkt im juristischen System, auf den die beiden anderen Kategorien zu beziehen seien. (vgl. Hattenhauer 2011, 42) Entscheidend ist dabei vor allem die Unterordnung der *actiones*, der Klagehandlungen, unter die Person. Die *actiones* zählen jetzt notwendig zu den individuellen Rechten, über die eine Rechtsperson verfügt: Eine *actio* ist diesem neuen Verständnis nach nichts anderes als »das subjektive Recht im Zustand der Verletzung und Verteidigung«. (Coing 1959, 16) Vor diesem Hintergrund besteht die

Jahrhunderts eine gewisse Ausrichtung am Differenzkonzept des *status* beibehält. Das Kriterium einer *unbedingten* Gleichheit wurde begrifflich erst spät durchgängig. (vgl. Hattenhauer 2011, 46, 49–51 und 54f.)

35 Die Teilnahme am Rechtsleben beruht auf Garantien, d.h. auf dem Rechtsschutz der Person. Zu Donellus' Beitrag hierzu vgl. Herrmann 1968, 19–26.

36 Auch die *actio* im römischen Verständnis hat nicht nur eine prozessrechtliche, sondern auch eine privatrechtliche Bedeutungskomponente: Sie meint nicht nur *Klagehandlung*, sondern auch *Klageanspruch*. Allerdings ist diese privatrechtliche Seite hier »stets ein bloßer *Reflex*« der prozessrechtlichen Verfahrensmöglichkeit geblieben. (Kaser und Knütel 2014, § 4, S. 44,

mit Donellus in Verbindung gebrachte Neuerung nicht allein darin, dass er den Begriff der *persona* zum Zentralbegriff der juristischen Taxonomie macht und ihm dadurch ein rechtstechnisches Profil verleiht, das ihm in römischer Zeit abging. Entscheidend ist vor allem, *wie* dies geschieht: durch den Zusammenhang zwischen Person und Handlung. Die Person als Trägerin von Rechten ist dadurch bestimmt, dass sie in der Lage ist, ihren Rechten durch Handlungen Geltung zu verschaffen. In dieser Befähigung zum Handeln liegt der bei Coing genannte Status der *Teilnahme* am Rechtsleben: Rechtlich teilnehmen, heißt rechtlich handeln, und diese rechtliche Aktion ist zunächst die Verteidigung von Rechten mit rechtlichen Mitteln.

In der Verbindung von Person und Handlung nach Donellus spielt die Freiheit noch nicht die entscheidende Rolle. Donellus' Begriff der Rechtsperson ist neuzeitlich, aber nicht modern. Neuzeitlich im Unterschied zu modern meint hier nicht, dass die Freiheit in keinem, sondern dass sie in einem anderen Zusammenhang zur Person steht: Die Freiheit ist bei Donellus nicht die Grundlage des Personenstatus und der damit verbundenen Rechte, sondern sie ist selbst ein Recht der Person.³⁷ Die Rechte der Person listet Donellus im zweiten Buch seiner *Commentarii de iure civili* auf. Damit formuliert er in der privatrechtlichen Literatur zum ersten Mal »einen Katalog von Individualrechtsgütern«. (Hattenhauer 2011, 42) Tatsächlich erscheinen die individuellen Rechte bei Donellus als »Güter«, denn er beschreibt sie als inneres Eigentum der Person: als dasjenige, was »in der Person eines jeden [*in persona cuiusque*] uns gehört [*nostrum est*]«. ³⁸ (Donellus 1589, liber 2, cap. 8, § 3) Dieses innere Eigentum besteht von Natur [*a natura*] aus vier Gütern: *vita*, *incolumitas corporis*, *libertas*, *existimatio* – Leben, Unversehrtheit des Körpers, Freiheit, Wertschätzung/Ehre. Auf diese vier Güter hat die Person ein Recht. Es entspricht dabei bereits dem späteren, modernen Vorrang der Person, dass die Unversehrtheit des Körpers, vergleichbar dem Art. 16-1 des *Code civil*, bei Donellus nicht als selbständiges Rechtsgut, sondern als ein Recht bzw. ein Eigentum der Person erscheint und ihr daher untergeordnet ist. Anders als im modernen Verständnis ist aber auch die Freiheit in einer

Hervorh. im Original) Donellus hebt dagegen an der *actio* gerade das Moment des Anspruchs hervor und begründet darin ihre Abhängigkeit von der *persona*.

- 37 Noch in der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789, in welcher der Freiheit bereits die grundlegende Rolle zukommt, erscheint sie in Art. 2 zugleich selbst als ein Recht.
- 38 Als inneres Eigentum setzt Donellus diese Individualrechtsgüter von den zwei Typen subjektiver Rechte ab, die bereits in römischer Zeit bekannt waren: einerseits von den Rechten auf äußeres Eigentum, andererseits von den Ansprüchen auf Leistungen, die gegenüber Schuldnern geltend gemacht werden konnten. (zu diesen beiden Typen vgl. Kaser und Knütel 2014, 42f.)

noch untergeordneten Position. Nicht allein, weil sie der Person neben anderen Gütern subsumiert wird, statt das leitende Prinzip des Personenstatus zu bilden, sondern auch wegen des Begriffs dieser Freiheit selbst.

Unter Freiheit/*libertas* versteht Donellus schlicht, *facere quae velimus* – zu tun, was wir wollen. (Donellus 1589, liber 2, cap. 8, § 3) Die Definition erinnert eher an Hobbes, der unter Freiheit das »Fehlen von Widerstand« im Sinne »äußere[r] Bewegungshindernisse« versteht, denn an moderne Konzepte von Freiheit als Autonomie. (Hobbes 1991, Kap. 21, S. 163) Dabei darf nicht vergessen werden, dass Donellus hier *de iure civili* – »über das Privatrecht« – schreibt. Die vier individuellen Rechtsgüter der Person sind in einem privatrechtlichen Sinn aufzufassen, was bedeutet, dass soziale und politische Aspekte zurücktreten.³⁹ (vgl. Coing 1950, 198f.) Für das Recht der Person auf Freiheit impliziert diese privatrechtliche Konnotation, dass Freiheit eher Willkür als Autonomie meint.

Willkür und Autonomie: Die Verbindung des Privaten mit dem Öffentlichen

Während sich die Rechtsperson als *privatrechtliches* Konzept herausgebildet hat, war die Idee der Menschenrechte von Anfang an vor allem »im *politischen* Recht« wirksam. (Coing 1950, 191, Hervorh. im Original) Noch im 18. Jahrhundert, in der Naturrechtslehre der Aufklärung, stehen die Theorie der Rechtsperson und die Theorie der Menschenrechte, wie Coing bemerkt, »unverbunden nebeneinander, ja sogar in einem gewissen Gegensatz«. (ebd., 198) Dieser Gegensatz gründet nicht im Postulat der Gleichheit. Denn diesem Postulat entspricht im 18. Jahrhundert nicht nur die Idee der Menschenrechte, sondern auch das Konzept der Rechtsperson: Der Personbegriff erhält in der Aufklärung »den noch heute üblichen Inhalt« (ebd., 197), indem er von der römisch-rechtlichen Differenz-Kategorie des *status* getrennt wurde, mit dem er bei Donellus noch verbunden war. »Person« ist nun ein Gleichheitsbegriff und impliziert nicht einen je verschiedenen, sondern einen allgemeinen Status: einen Status der Gleichheit. Dass die Theorie der Rechtsperson und die Theorie der Menschenrechte im 18. Jahrhundert »unverbunden« sind, liegt nicht an einer Differenz in der Frage der Gleichheit, sondern in der Frage der Freiheit.

39 Diese privatrechtliche Ausrichtung ist freilich keine Eigenheit von Donellus. Vielmehr bezeichnet der Begriff des subjektiven Rechts überhaupt »einen *Grundsachverhalt* des Privatrechts, der sich zu allen Zeiten in der europäischen Rechtsgeschichte zeigt«. (Coing 1985, § 29, S. 172, Hervorh. im Original)

Rechtsperson und Menschenrechte sind im 18. Jahrhundert noch durch unterschiedliche Konzepte der Freiheit bestimmt: auf der einen Seite die privatrechtliche Willkürfreiheit der Rechtsperson, auf der anderen Seite die öffentliche oder politische Freiheit, die der Idee der Menschenrechte zugrunde liegt. Letztere, die Freiheit der Menschenrechte, ist nicht in dem Sinn öffentlich oder politisch, als sie stets *gemeinsam* ausgeübt werden müsste, sondern als sie einen *allgemeinen* Anspruch hat: Es handelt sich um Freiheit als Selbstbestimmung nach Maßgabe der Vernunft, eben um Freiheit im Sinn von Autonomie.⁴⁰

Das privatrechtliche Konzept der Rechtsperson und die politische Idee der Menschenrechte sind im 18. Jahrhundert dadurch unterschieden, dass in ihnen eine je verschiedene Freiheit, Willkür bzw. Autonomie, zur Geltung kommt. Doch öffnet sich mit den menschenrechtlichen Überlegungen des 18. Jahrhunderts nicht nur eine Differenz zur (privat)rechtlichen Person, sondern auch die Weise ihrer Verbindung. Diese Verbindung erfolgt aus beiden Richtungen: Auf der einen Seite fällt unter den Schutz der Menschenrechte nicht nur vernünftige Selbstbestimmung, sondern auch die Realisierung einer willkürlichen Freiheit; die Menschenrechte schützen damit die Einheit dieser beiden Freiheiten.⁴¹ Auf der anderen Seite kann die Geltung als Rechtsperson ihren *Grund* nur in der Freiheit als Autonomie, nicht aber in der Freiheit als Willkür haben. (vgl. dazu Menke 2011c, 228 und 230) Hinsichtlich dieses zweiten Punkts, der Frage nach der Begründung des Status als Person, ist Kant entscheidend, indem er den Begriff der Person mit der Selbstzweckhaftigkeit des Menschen verbindet.⁴² In der *Einleitung in die Metaphysik der Sitten* zählt Kant unter die Begriffe, die der Rechts- und Tugendlehre gemeinsam sind, den Begriff der Person. Er bestimmt ihn durch Freiheit als Autonomie, das heißt als Fähigkeit, sich selbst das Gesetz des Handelns zu geben:

»Person ist dasjenige Subjekt, dessen Handlungen einer Zurechnung fähig sind. Die moralische Persönlichkeit ist also nichts anders, als die Freiheit eines vernünftigen Wesens unter moralischen Gesetzen [...], woraus dann folgt, daß eine Person keinen anderen Gesetzen, als denen, die sie (entweder allein, oder wenigstens zugleich mit anderen) sich selbst gibt, unterworfen ist.« (AA VI, 223)

40 Vgl. dazu Schild 1989, Sp. 325f.

41 Nach Dirk Setton sind die beiden Freiheiten nur als solche Einheit, als »Einheit der immanenten Differenz des praktischen Vermögens«, überhaupt verständlich. (Setton 2012, 268)

42 Vgl. dazu auch Klippel 1987, 284f. In der Rechtswissenschaft des 19. Jahrhunderts sind für diese Verbindung, wesentlich beeinflusst von Kant und der nachkantischen Philosophie, insbesondere Savigny, Stahl und Puchta maßgebend. (vgl. Coing 1950, 199)

Für das Recht ergibt sich aus diesem allgemeinen Zusammenhang von Person und Freiheit die folgende Konsequenz: Freiheit gilt nicht mehr bloß als ein Recht in einer Reihe von Rechten, sondern als das *fundamentale* Recht der Person. Wie später Fichte und Hegel beschreibt Kant Freiheit als das grundlegende Recht, das allen Menschen kraft ihrer Menschheit zusteht; die anderen Rechte sind aus dem »Prinzip der angeborenen Freiheit« abzuleiten. (AA VI, 238) Daraus folgt etwas Zweites und Anderes: Ist die Freiheit der Grund der Rechte, so liegt nahe, in ihr nicht selbst ein Recht zu sehen, sondern dasjenige, was zum Haben von Rechten befähigt. Freiheit wird jetzt zum Grund der *Rechtsfähigkeit*, verstanden im modernen Sinn »als die *Fähigkeit, Träger von subjektiven Rechten und Pflichten zu sein*«. (Meier-Hayoz 1976, 39, Hervorh. im Original) Insofern das Konzept der rechtlichen Person durch Freiheit (im Sinn der Autonomie) bestimmt wird, bedeutet es nichts anderes als Rechtsfähigkeit. So heißt es bei Coing: »*Person im rechtlichen Sinne ist der Mensch, der rechtsfähig ist.*« (Coing 1950, 192, Hervorh. im Original) Für die deutsche Philosophie seit Kant trifft dies auf jeden Menschen zu: »Die Rechtspersönlichkeit als die Fähigkeit, subjektive Rechte zu haben, wird *jetzt notwendiges* Attribut des Menschen als sittlicher [das ist freier, J.H.] Person.« (ebd. 201, Hervorh. im Original)

Für das gegenwärtige Recht ist diese Engführung von Person und Rechtsfähigkeit konstitutiv. Das *Bürgerliche Gesetzbuch* setzt in Buch 1, Abschnitt 1 (*Personen*) unter Titel 1 mit der natürlichen Person ein, klärt aber in § 1 nicht den Begriff der Person, sondern bestimmt den Beginn der *Rechtsfähigkeit* des Menschen durch die vollendete Geburt. Dazu notiert Hans Hattenhauer: »Wo man eine Definition des Rechtsbegriffs ›*Person*‹ erwartet, erscheint als Subjekt der Norm das Wort ›*Rechtsfähigkeit*‹.« (Hattenhauer 1982, 405, Hervorh. im Original) Dasselbe gilt für das *Schweizerische Zivilgesetzbuch*. Der Titel, in dem »Die natürlichen Personen« behandelt werden, beginnt mit der Bestimmung: »Rechtsfähig ist jedermann.« (Art. 11, Abs. 1) und schließt an: »Für alle Menschen besteht demgemäss in den Schranken der Rechtsordnung die gleiche Fähigkeit, Rechte und Pflichten zu haben.« (Art. 11, Abs. 2) In den Erläuterungen zu diesem Artikel spricht der *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* von einer »Identität zwischen ›*Person*‹ und ›*rechtsfähigem Subjekt*‹; es gibt »keine Personen, die nicht rechtsfähig wären, noch rechtsfähige Gebilde, die nicht als Personen bezeichnet werden dürften«. (Meier-Hayoz 1976, 44) Person und Rechtsfähigkeit treten hier in ein gegenseitiges Bestimmungsverhältnis, vom Bestimmungsgrund der Autonomie werden Rechtsfähigkeit und Person so ihrerseits autonom. Der durch sie bezeichnete Status kann ohne zusätzliche Begründung attestiert werden. Unter Rechtsfähigkeit wird dann nicht länger die *Fähigkeit* verstanden, aufgrund von Autonomie Träger_in von Rechten zu sein (die man, als autonom, selbst muss wahrnehmen können). Rechtsfähigkeit meint nun vielmehr

Zurechenbarkeit, liegt also darin, »dass Rechte und Pflichten dem rechtsfähigen Subjekt *zugerechnet* werden«. (ebd., 40, Hervorh. im Original) In dieser Weise lässt sich Rechtsfähigkeit nicht nur auf Menschen übertragen, die nicht in der Lage sind, Rechte selbst auszuüben, sondern auch auf andere Lebewesen, auf nicht-menschliche juristische Personen im herkömmlichen Sinn sowie auf Aktanten oder Hybride, welche insbesondere in Form von Softwareagenten auch juristisch an Relevanz gewonnen haben.⁴³

Auf diese Entwicklung, die den Menschen allmählich dem Zentrum der Weltordnung entfernt, kann an dieser Stelle nicht weiter eingegangen werden. Denn hier interessiert gerade die Frage, wie der Mensch – als jeder einzelne Mensch – mittels des Rechts und der Figur der Menschenrechte in diese Zentralstellung rückte. Maßgebend ist dabei die für das moderne Privatrecht tragende Gleichsetzung von Person und Rechtsfähigkeit, die sich in den letzten zwei Jahrhunderten herausgebildet hat. (vgl. Damm 2002, 847f.) Um zu sehen, in welcher Verbindung diese Gleichsetzung mit den Menschenrechten steht, ist zu deren modernem Anfang zurückzugehen. In dieser Zeit, um 1800, sind Rechtsperson und Rechtsfähigkeit noch nicht identisch, sondern erstere hat letztere zum Inhalt. Deutlich formuliert dies Hegel in § 36 der *Grundlinien der Philosophie des Rechts*: »Die Persönlichkeit enthält überhaupt die Rechtsfähigkeit und macht den Begriff und die selbst abstrakte Grundlage des abstrakten und daher *formellen* Rechtes aus.« (Hegel 2017, § 36, S. 62, Hervorh. im Original) Die Persönlichkeit, wie erwähnt gleichbedeutend mit ›Person‹, ist abstrakt, insofern sie von der individuellen Besonderheit der konkreten Menschen ebenso wie von ihren sozialen und politischen Bezügen abstrahiert.⁴⁴ Aufgrund dieser Abstraktion kann der Begriff der Person auf *jeden* Menschen angewandt und dadurch mit dem Begriff des Menschen identisch werden.⁴⁵ So muss Savigny zufolge »der ursprüngliche Begriff der Person oder des Rechtssubjects zusammen

43 Zur Ausweitung der Rechtsfähigkeit auf Aktanten und Hybride vgl. Teubner 2006; spezifischer zu Softwareagenten als digitalen Rechtssubjekten vgl. Teubner 2018 (im Erscheinen). Für eine allgemeinere Perspektive auf nicht-menschliche Aktanten und ihre Rolle in sozialen Gefügen vgl. Hoppe 2017.

44 Zum Verhältnis von konkretem Menschen und Persönlichkeit bzw. Person vgl. Hegel 2017, § 35, S. 61f.

45 Yan Thomas beschreibt die Person schon im Hinblick auf das römische Recht als »une fonction abstraite, un contenant«: als abstrakte Funktion, als Behälter. (Thomas 1998, 98) In Anbetracht dieses Abstraktionscharakters erscheint ihm die Kategorie der Person, wie alle juridischen Kategorien, als neutral und leer; eben darum stehe sie allen möglichen Verwendungen offen. (vgl. ebd., 104) Die spezifische Anschlussfähigkeit der modernen Kategorie der Person verdankt sich allerdings nicht einer völligen Leerheit, sondern eben der darin enthaltenen Rechtsfähigkeit.

fallen mit dem Begriff des Menschen, und diese ursprüngliche Identität beider Begriffe läßt sich in folgender Formel ausdrücken: Jeder einzelne Mensch, und nur der einzelne Mensch, ist rechtsfähig.«⁴⁶ (Savigny 1981, 2) In der Rechtsfähigkeit drückt sich bei Savigny der für die moderne Rechtsperson konstitutive Zusammenhang von Freiheit und Gleichheit aus. Denn die Gleichheit aller Menschen als rechtsfähiger beruht auf einer Freiheit, die allen in gleicher Weise zukommt: nicht auf einer äußeren, durch Herrschaft einschränkbarer Freiheit, sondern auf der den Menschen als Menschen auszeichnenden Freiheit im Sinne von Autonomie.

Befähigung und Berechtigung: Rechtsfähigkeit als ›Recht auf Rechte‹

Wenn jeder Mensch Person, das heißt rechtsfähig ist, gilt es schließlich noch genauer zu klären, worin diese Rechtsfähigkeit besteht bzw. wozu sie befähigt. Als Personen sind die Menschen dazu befähigt, Rechte zu haben. Im Recht als Person zu gelten, heißt in dieser Fähigkeit zu Rechten anerkannt zu sein. Die *Anerkennung* dieser Fähigkeit durch das Recht – eben darin besteht der rechtliche Status ›Person‹ – ist nur als Realisierung und Garantie der Rechte möglich, die zu haben der Mensch befähigt ist. Mit der Rechtsbefähigung ist die Berechtigung daher unmittelbar verbunden: Die Menschen als rechtsfähig anzuerkennen, bedeutet, sie als berechtigt anzuerkennen – es bedeutet, ihre Rechte anzuerkennen. Wenn Rechtsfähigkeit impliziert, die Rechte, zu denen der Mensch fähig ist, zu berücksichtigen, dann müssen diese Rechte dem Menschen, und zwar jedem einzelnen Menschen, *tatsächlich* zukommen. Nur dann *gilt* der Mensch im Recht wirklich als Person. Die in der Person enthaltene Rechtsfähigkeit ist daher nichts anderes als ein *Recht auf Rechte*.

Darunter ist, mit Arendt, das Recht zu verstehen, in der Rechtsgemeinschaft als Mitglied anerkannt zu werden: als Person, die Rechte *hat*. Ein

46 Zitiert nach Menke 2011c, 226, der hier in Fußnote 5 zugleich die Parallele zwischen Savigny und Hegel herausstreicht. In *Kritik der Rechte* nimmt Menke diese Stelle zum Ausgangspunkt einer in Auseinandersetzung mit Georg Jellinek entwickelten Kritik an Savigny, der die Identität von Mensch und Person – »die wesentliche Gleichheit aller Menschen als Personen« – auf das Zivil- oder Privatrecht beschränkt, von dem er das öffentliche oder Staatsrecht abgrenzt. Damit verkenne Savigny die politische Bedeutung der bürgerlichen Form der subjektiven Rechte: Denn dass das Recht die Einzelnen als Personen anerkennt, verändert nicht nur ihr Verhältnis untereinander, sondern auch ihren Status gegenüber dem Recht, der rechtlichen Ordnung insgesamt: Die Ordnung ist nicht mehr letzter Zweck, sondern Mittel zum Zweck der Einzelnen und ihrer Ansprüche. Dies bedeutet nicht, dass das Recht nicht mehr über die Einzelnen herrscht, doch es verändert die Weise, in der das Recht herrscht. (vgl. Menke 2015, 183–186)

solches »Recht *auf* Rechte« ist dabei »selber kein subjektives Recht«. (Menke 2016, 55, Hervorh. im Original) In die Reihe der positiv-rechtlichen Kategorien lässt es sich schwer einordnen. Eben so äußert sich der erwähnte *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht* hinsichtlich des Konzepts der Rechtsfähigkeit, die sich als »rechtliche Eigenschaft sui generis« dem Versuch der »Klassifizierung« entziehe: »Jedenfalls ist es unrichtig, wenn die Rechtsfähigkeit als *subjektives Recht* aufgefasst wird, wie das gelegentlich geschieht. Sie ist Voraussetzung, Rechte zu haben, nicht aber selber ein Recht«. (Meier-Hayoz 1976, 46, Hervorh. im Original)

Von hier lässt sich nun der sich um 1800 herausbildende Zusammenhang von Person und Menschenrechten erschließen, der im Kern der modernen Idee der Menschenrechte steht: Die grundlegende Forderung der Menschenrechte bezieht sich auf die »Voraussetzung, Rechte zu haben«. Die Menschenrechte *fordern* diese Voraussetzung. Das heißt sie verlangen, dass diese Voraussetzung, im Recht, *gesetzt* werde. Sie fordern dies für alle Menschen ein: Jeder Mensch soll im Recht als rechtsfähig anerkannt sein. Damit fordern die Menschenrechte *politisch* jenen Menschen, der sich *privatrechtlich* als ›Person‹ herausgebildet hat: den Menschen, dem Rechte nicht erst gegeben werden müssen, sondern der diese Rechte hat. Rechtsfähig zu sein oder, was dasselbe ist, ein Recht auf Rechte zu haben, heißt im Recht und in seinen Rechten zu gelten. Diese Forderung lässt sich als systematischer Kern der Menschenrechte bezeichnen.

In der Freiheit liegt nicht nur der *Grund* der Rechtsfähigkeit und des Status als Person, sondern sie ist auch der *Zweck* des Personenstatus, nämlich das, was durch diesen Status garantiert werden soll. Mit Blick auf den um 1800 etablierten Grundsatz »Jeder Mensch ist Rechtsperson« schreibt Menke:

»Wenn der neue Grundsatz erklärt, dass jeder Mensch als Rechtsperson gilt, dann legt er damit [...] zugleich fest, in welcher Hinsicht die gleiche Berücksichtigung eines jeden Menschen im Recht erfolgen muss. Diese Hinsicht der Berücksichtigung ist die der Freiheit; die gleiche Berücksichtigung des Menschen als Rechtsperson *ist* die rechtliche Berücksichtigung seiner Freiheit.« (Menke 2011C, 228, Hervorh. im Original)

Ähnlich formuliert Dieter Grimm: »Gleichheit bedeutete Gleichheit in der Freiheit.« (Grimm 1987, 12) Ihre Orientierung hat die Gleichheit an der Freiheit. So stellt auch Honneth fest, dass die moderne Idee der Gleichheit nur verstanden werden kann, »wenn sie als Erläuterung des Werts der individuellen Freiheit begriffen wird: daß deren Vollzug allen Mitgliedern moderner Gesellschaften gleichermaßen zusteht.« (Honneth 2011,

35, Fn. 1) Bei der Freiheit »im Sinne der Autonomie des einzelnen« (Honneth 2011, 35) handelt es sich demnach nicht um einen unter vielen, sondern um den in der Moderne vorrangig gewordenen Wert. Diese Freiheit sollen die Menschenrechte zur Geltung bringen: *Aufgrund* der menschlichen Freiheit erheben sie das *Postulat* der Freiheit; sie fordern die rechtliche Anerkennung des Menschen als das, was er seinem Wesen nach ist.⁴⁷ Das menschenrechtliche Postulat der Gleichheit bedeutet dann vor allem, dass die Freiheit allen im gleichen Maß zukommen soll.

Die Freiheit, in der die Menschenrechte ihren Zweck haben, steht unter einer merkwürdigen Spannung. Einerseits hat sie als eine vorrangig negative Freiheit die Funktion eines »Schutzwalls«, der die Menschen von den Ansprüchen des Sozialen abschirmt.⁴⁸ (ebd., 143, 145 und 152) Andererseits steht sie unter dem Anspruch, »zwischen dem individuellen Selbst und der gesellschaftlichen Ordnung eine systematische Verknüpfung herzustellen«. (ebd., 36) Diese Spannung folgt einer eigenen Logik. Sie erschließt sich nicht, wenn sie allein als Widerspruch zwischen zwei verschiedenen Funktionen begriffen wird: Abschirmung des Menschen vom Sozialen auf der einen Seite, Anbindung ans Soziale auf der anderen Seite. Vielmehr müssen die beiden Seiten in ihrem Zusammenhang, das heißt im Rahmen *einer* Funktion verstanden werden: Anbindung an die gesellschaftliche Ordnung *durch* Abschirmung vom Sozialen. Diese Funktion der rechtlichen Freiheit – dass sie den Menschen von sozialen Bindungen löst, *um* ihn mit der sozialen Ordnung

47 Dass hingegen die rechtliche Anerkennung dessen, »was ist«, durchaus hervorbringenden Charakter hat – also etwas Neues produziert –, ist Gegenstand verschiedener rechtskritischer Projekte: Zur Produktion eines spezifischen Subjekttyps durch das (bürgerliche) Recht vgl. Menke 2015, Kap. 11; allgemeiner zur Voraussetzung des Nichtrechtlichen (als Materie) durch das Recht (als Form) ebd., Kap. 6. Auf den Nachweis, dass das moderne Recht eine sozial defizitäre Form der Subjektivität hervorbringt, zielt ferner die sozialphilosophische Rechtskritik von Daniel Loick 2017. Demgegenüber macht Axel Honneth geltend, dass *allein* auf Grundlage und in der Rolle der Rechtsperson die Autonomie des Menschen nicht sinnvoll realisiert werden kann, da ihr ethischer Gehalt ausgeblendet bleibt. (vgl. Honneth 2011, 155) Um die rechtlich gesicherte Privatautonomie sinnvoll auszuüben, muss nach Honneth daher »der ihr eigene Boden des Rechts wieder verlassen« werden. (ebd., 151)

48 Zur Abschirmung tragen nach Honneth nicht allein die Freiheitsrechte, sondern ebenso die Teilhaberechte bei; damit übereinstimmend vgl. Menke 2015, 221–223. Von den liberalen Freiheitsrechten und den sozialen Teilhaberechten unterscheidet Honneth allerdings die politischen Teilnahmerechte. Denn sie errichten keinen »unsichtbaren Schutzwall«, sondern zielen durch den für sie wesentlichen Aspekt von Kooperation und Austausch gerade umgekehrt auf die Überwindung sozialer Isolation. (Honneth 2011, 143f.)

zu verknüpfen – erhellt nur, wenn davon ausgegangen wird, dass die Funktion rechtlicher Freiheit nicht nur dem Menschen dient, sondern auch dem Recht. In der Betrachtung der Menschenrechte erfordert dies eine Verschiebung des Blicks: von der Seite des Menschen hin zur Seite des Rechts. In der bisherigen Perspektive ging es darum, was die (mensen)rechtliche Ordnung für den Menschen, durch seine Anerkennung als Person, leistet. Diese Perspektive bleibt einseitig und die genannte Spannung in der menschenrechtlichen Freiheit unverständlich, wenn nicht die Frage hinzutritt, was die Anerkennung des Menschen als Person, was also die Rechtsfähigkeit und Berechtigung des Menschen, für das Recht selbst leistet.

Dieser Wechsel des Blicks bedeutet keinen Wechsel des Gegenstands, denn der Mensch der Menschenrechte ist der Mensch, wie ihn das moderne Recht überhaupt sich vorstellt, und die Menschenrechte sind diejenige grundlegende Klasse subjektiver Rechte, in denen der Status der Rechtssubjekte selbst (vgl. Menke 2009, 3), das heißt ihr Status als Person thematisch ist. Bei den Menschenrechten geht es daher um die Rechtsperson überhaupt – zumindest um die Idee der Person, die das *moderne* Recht zugrunde legt. Im Folgenden interessiert, *warum* das Recht diese Idee hat, das heißt, *wozu* es die subjektiven Rechte braucht, durch die die Person definiert ist. In dieser Perspektive erscheinen die Menschenrechte nicht als *Zweck* für den Menschen (Realisierung seiner Autonomie), sondern als Mittel für das Recht. Im nächsten Kapitel (4.3) wende ich mich in Auseinandersetzung mit der Vorgeschichte der Menschenrechte seit dem 16. Jahrhundert dann der Frage zu, inwiefern die Berechtigung des Menschen ein Mittel nicht nur für das moderne Recht, sondern für den modernen Staat darstellt. In dieser Doppelfunktion, ein Mittel für das Recht *und* für den Staat zu sein, liegt der systematische Zusammenhang mit der Rechtsfigur des Ausnahmezustands.

Die Freiheit als Mittel des Rechts

Die Lehre von der Rechtsfähigkeit lässt sich nicht nur in Bezug auf die Freiheit des Menschen, sondern auch in Bezug auf ihre Funktion für das Recht deuten. Der Rechtshistoriker Hans Hattenhauer hat diese zwei Deutungsoptionen innerhalb einer historischen Entwicklung verortet: Während sich im 18. Jahrhundert bei Kant und in der politischen Theorie der Revolutionsjahre der Begriff der Person und das bürgerliche Freiheitsideal in einer moralischen Einheit verbanden, erfolgte im 19. Jahrhundert »eine stärkere Betonung der Funktion der Person im rechtlich vorgegebenen Rahmen«. (Hattenhauer 1982, 407) An den beiden einflussreichen Juristen Anton Friedrich Justus Thibaut und Friedrich Carl

von Savigny legt Hattenhauer dar, wie die Person gerade dadurch zur »Funktion des Rechts« (Hattenhauer 1982, 407, Hervorh. im Original) wurde, dass an ihr rechtlich allein die Rechtsfähigkeit zählte: Als rechtsfähige dient die Person als »Anknüpfungspunkt«. In der Form von Rechten und Pflichten konnte das *objektive* Recht seine eigenen Erfordernisse an den Subjekten umsetzen. So wurde die Person »ein bürgerlichrechtliches Instrument, mit dessen Hilfe man die Rechtsgegenstände befestigen und verlagern konnte«. (ebd., 407) Die beiden Deutungen der Rechtsfähigkeit bzw. der Person müssen allerdings nicht, wie Hattenhauer es tut, als historische Abfolge begriffen werden. Es gibt im Gegenteil gute Gründe anzunehmen, dass die Aspekte »Freiheit des Menschen« und »Funktion für das Recht« historisch und systematisch zusammengehören. Nachdem ich den Aspekt der Freiheit im letzten Kapitel herausgearbeitet habe, geht es in diesem Kapitel zunächst darum, die Funktion der Rechtsfähigkeit für das Recht zu konturieren.

Darauf, dass die Rechte nicht nur für die Menschen da sind, sondern auch für das Recht, hat neben Hattenhauer insbesondere Niklas Luhmann insistiert: Subjektive Rechte, so Luhmann, dienen »keineswegs nur individuellen Interessen, sondern haben [...] durchaus auch soziale Funktionen«. (Luhmann 1999, 361) Luhmanns Ausgangspunkt sind nicht Menschen, auch nicht als Personen, sondern Operationen – im Falle des Rechts die Operationen des Rechtssystems.⁴⁹ (vgl. Luhmann 1993, 63) Die soziale Leistung, die subjektive Rechte für das Recht erbringen, besteht in dem, wofür sie auch kritisiert werden: Abstraktion. Vermittels der Figur subjektiver Rechte wird ein Abstraktionsgewinn erzielt, »das heißt, *ins Recht eingebaut*«. (Luhmann 1981, 68, Hervorh. im Original) Der Auseinandersetzung mit Luhmann dienen die folgenden Überlegungen. Sie sollen die menschenrechtliche Abstraktion des Menschen in der Entwicklung des modernen Rechts selbst verorten. Dadurch wird die Problematik der Menschenrechte nicht allein in einer spezifischen Idee des Menschen, sondern in der positiv-rechtlichen Realität kenntlich. Dafür ist erneut eine historische Perspektive einzunehmen. Ich verfare dabei in vier Schritten. In einem ersten Schritt werde ich erläutern, an welchem historischen Punkt die Abstraktion durch Rechte erforderlich wurde. In einem zweiten Schritt wende ich mich den beiden Dimensionen zu, in denen subjektive Rechte nicht als Zweck für den Menschen, sondern als Mittel dienen: erstens als Mittel für das moderne Recht, zweitens als Mittel für die moderne Gesellschaft. Die zweite Dimension kommt in einem dritten Schritt näher in Betracht: Hier

49 Soziale Systeme, wie Luhmann sie beschreibt, bestehen nicht aus Menschen, sondern aus Kommunikationen. (vgl. Luhmann 1999, 37) Menschen leben, als Mitwirkende und Betroffene, in der Umwelt der sozialen Systeme und des Gesellschaftssystems im Ganzen. (vgl. Luhmann 2008c, 158f.)

werde ich darlegen, inwiefern die Weise, in der die subjektiven Rechte den Menschen als ›Person‹ in die moderne Gesellschaft inkludieren, seinen Ausschluss als ›Menschen‹ aus dem Recht bedeutet. Daran anschließend benenne ich in einem vierten Schritt die Verdinglichung, das Werden zu bloßer Materie, die sich mit der Inklusion des Menschen als rechtlicher Person verbindet. Diesen letzten Punkt vertiefe ich dann im nächsten Kapitel, in dem es um die Frage geht, inwiefern die Berechtigung des Menschen – der Mensch verstanden als Person – als Mittel für den Staat in Betracht kommt.

*›Personalisierung der Rechtslagen‹:
Positivierung und Modernisierung nach Luhmann*

Luhmann zufolge ergibt sich der Bedarf für die Abstraktion, die subjektive Rechte leisten, in einer spezifischen (rechts)historischen Situation: in der Phase der »vollen Positivierung des Rechts«. (Luhmann 1981, 47) Die Positivierung erfolgt im Zuge einer zunehmenden Ausdifferenzierung der europäischen Gesellschaften in spezifizierte Teilsysteme, sie geschieht, kurz gesagt, am Übergang zur modernen Gesellschaft und zum modernen Recht. Die Gleichzeitigkeit von Positivierung und Ausdifferenzierung ist nicht zufällig. Positivierung ist der Prozess, durch den sich das Recht modernisiert. Indem es positiv wird, differenziert es sich von anderen sozialen Normen: von Brauch, Sittlichkeit und Moral.⁵⁰ Von letzterer löst sich das Recht in vollem Umfang erst im Lauf des 18. Jahrhunderts. (vgl. Luhmann 1999, 137f.) Das sich so herausbildende Rechtssystem betrachtet als ›rechtlich‹ dann ausschließlich seine eigenen Normen: »Als Resultat dieser Evolution gibt es für das Rechtssystem – Moralphilosophen mögen darüber anders urteilen – nur noch positives Recht.« (Luhmann 1993, 280) Das bedeutet, dass das Rechtssystem autonom darüber entscheidet, was Recht und was Unrecht ist. Hingegen heißt es nicht, dass das Rechtssystem der Moral den Boden entziehen und sie überflüssig machen wollte:

»Es [das Rechtssystem, J.H.] verfolgt kein imperialistisches Interesse, möglichst viel Kommunikationen anzuziehen und im System zu behalten. Es ist kein attraktives System. Es sagt nur: *Wenn* Recht in Anspruch genommen wird, das heißt: wenn über Recht und Unrecht disponiert

50 Denselben Prozess beschreibt Habermas und deutet ihn als Säkularisierungsfolge: »Mit der Erschütterung der sakralen Grundlagen dieses Gewebes aus Recht, Moral und Sittlichkeit setzen Differenzierungsprozesse ein. Auf der Ebene des kulturellen Wissens trennen sich [...] juristische von moralischen und ethischen Fragen. Auf der institutionellen Ebene trennt sich das positive Recht von den zu bloßen Konventionen entwerteten Sitten und Gewohnheiten.« (Habermas 1992, 137)

werden soll, *dann nach meinen Bedingungen*. Und nur in genau diesem Sinne ist das System ein operativ geschlossenes und strukturdeterminiertes System.« (Luhmann 1993, 72, Hervorh. im Original)

Die Geschlossenheit richtet sich nicht gegen die Moral, sondern nur »gegen die Vorstellung, Moral könne im Rechtssystem unmittelbar gelten«. (ebd., 78) Zwar kann das Rechtssystem weiterhin vom Standpunkt der Moral oder Ethik beurteilt werden, doch hat dieses Urteil »keinen Durchgriff« aufs Recht mehr. (ebd., 192) Werden normative Vorgaben aus der Moral oder anderen nicht-rechtlichen Quellen übernommen, so müssen sie eine Transformation durchlaufen: sie müssen *verrechtlicht* werden. (vgl. ebd., 85) Das moralische Urteil selbst vermag hingegen die Geltung von Rechtsnormen weder zu begründen noch aufzuheben. (vgl. ebd., 137) Recht ist nur, »was das Recht als Recht bezeichnet«. (ebd., 203) Der Grund dafür liegt nicht darin, dass das Recht in Rechtssachen klüger wäre, sondern schlicht darin, dass es mehr, nämlich alleinige Kompetenz hat: Das Rechtssystem hat ein Monopol auf das »Symbol der Rechtsgeltung«. Nur das Recht kann dieses Symbol benutzen und dadurch Recht in Geltung setzen. (ebd., 232 und 280)

Durch die Operationen der Rechtserzeugung, die allein nach rechts-internen Kriterien ablaufen, schließt sich das Recht als System und wird dadurch autonom.⁵¹ (vgl. ebd., 137f.) Die Geschlossenheit oder Autonomie⁵² besteht in nichts anderem als im fortlaufenden Operieren des Systems. Daher spricht Luhmann auch von *operativer* Geschlossenheit. Als eben diese operative Geschlossenheit präzisiert er den Begriff der Positivität des Rechts. (vgl. ebd., 38f.)

Der historische Prozess der Schließung – der vollen Positivierung des Rechts – ist als Prozess der Ausdifferenzierung zu begreifen: »Ausdifferenzierung spezifisch positiven Rechts aus einer breiter angelegten moralisch-rechtlichen Normenordnung«. (Luhmann 1999, 138) Sie erfolgt im Zuge eines gesamtgesellschaftlichen Ausdifferenzierungsprozesses, in dem *verschiedene* Funktionssysteme, neben dem Recht insbesondere

51 Dagegen geht Habermas nicht davon aus, dass das Recht durch *Schließung* autonom wird, sondern »daß sich auf dem nachmetaphysischen Begründungsniveau rechtliche und moralische Regeln *gleichzeitig* aus traditionaler Sittlichkeit ausdifferenzieren und als zwei verschiedene, aber einander ergänzende Sorten von Handlungsnormen *nebeneinander* treten.« (Habermas 1992, 135, Hervorh. im Original)

52 Luhmann trifft hier eine feine Unterscheidung: Genau genommen ist ›Autonomie‹ nicht gleichbedeutend mit ›operativer Geschlossenheit‹, sondern ihre Konsequenz. Wenn das System operativ geschlossen ist, kann es autonom funktionieren. (vgl. Luhmann 1993, 62f.) Zugleich schließt es sich, indem es allein an eigene Operationen anschließt. (vgl. Luhmann 1993, 137f.)

Politik und Wirtschaft, voneinander unabhängig werden. (vgl. Luhmann 1981, 100f.) ›Positivierung‹ bezeichnet somit nicht allein die Weise, in der sich das Recht von anderen (moralischen und sittlichen) Normen trennt, sondern meint zugleich die Ausdifferenzierung gegenüber den parallel entstehenden Systemen. Die funktional ausdifferenzierte Gesellschaft ist die moderne Gesellschaft, und Positivität entsprechend das Kennzeichen des spezifisch modernen, nämlich operativ geschlossenen Rechts. Es ist dieses an sich selbst anschließende Operieren des positiven Rechts, das heute als Prinzip der *Legalität* bezeichnet wird und ein wesentliches Merkmal des modernen Rechtsstaats darstellt. Zusammenfassend können wir festhalten, dass die im 18. Jahrhundert einsetzende Ausdifferenzierung des Rechts im Zusammenhang eines Prozesses zu sehen ist, in dem sich die moderne Gesellschaft im Ganzen funktional ausdifferenziert.

Kommen wir nun vor diesem Hintergrund auf die spezifisch moderne Rechtsfigur der subjektiven Rechte zurück, so zeigt sich, dass sie nach Luhmann eine *doppelte* Leistung erfüllt, indem sie in zwei Hinsichten einen Abstraktionsgewinn erzielt. Die Abstraktion dient zum einen der Modernisierung des Rechts selbst: seiner Positivierung. Zum anderen dient sie der Funktion, die das Recht für die moderne⁵³ Gesellschaft übernimmt: Die Abstraktion ermöglicht die Handhabung von Rechtsbeziehungen unter Bedingung funktionaler Ausdifferenzierung. In beiden

- 53 Präziser ist hier zu sagen: für die sich *modernisierende* Gesellschaft. Die modernisierende Kraft der Rechtsfigur der subjektiven Rechte steht für Luhmann außer Frage, hingegen zweifelt er an ihrer Leistungsfähigkeit für die moderne Gesellschaft der Gegenwart. Er formuliert diesen Zweifel insbesondere in seinem Aufsatz *Subjektive Rechte. Zum Umbau des Rechtsbewusstseins für die moderne Gesellschaft*. Während er hier die »Abstraktionskraft« und »Komplexitätseignung« der Rechtsfigur der subjektiven Rechte hervorhebt (Luhmann 1981, 101) und auf die »hochselektive[n] Leistungen« hinweist, die sie für das komplex gewordene Gesellschaftssystem der Moderne erbringt (ebd., 79), betont er zugleich zweierlei: Erstens, dass diese Figur nicht gezielt als Abstraktionsfigur *für* das moderne Recht erfunden wurde, sondern eine mit Zufällen und Unwahrscheinlichkeiten gespickte Geschichte hat, die bis ins 14. Jahrhundert (Wilhelm von Ockham) zurückreicht. (vgl. ebd., 55–57) Zweitens stellt Luhmann heraus, dass die Figur der subjektiven Rechte nicht das geeignetste Instrument zur Erzielung der erforderlichen Abstraktion darstellt. Denn durch sie wird die Selbstreferenz des Rechtssystems auf das Subjekt projiziert, statt dass das System die Selbstreferenz als seine eigene reflektierte, d.h. »den eigenen Anblick« ertrüge. (ebd., 103) Kurz: Luhmann zufolge sind subjektive Rechte weder für den ihnen zugewachsenen Zweck gedacht noch erfüllen sie diesen Zweck in der Gegenwart in optimaler Weise. Letzteres begründet seine letztlich kritische Sicht auf die Figur der subjektiven Rechte. (vgl. dazu auch Luhmann 1999) In dem früheren, erstmals 1970 publizierten

Fällen – im Fall der *Modernisierung des Rechts* und im Fall seines *modernen Funktionierens* – handelt es sich bei der Abstraktion um die ›Person‹. Die Abstraktion der Person ist für das moderne Recht zentral; in der »*Personalisierung* der Rechtslagen« sieht Luhmann die »entscheidende Differenz«, die das moderne Recht kennzeichnet.⁵⁴ (Luhmann 1993, 291, Hervorh. im Original) Während die ›Person‹ in beiden genannten Fällen das *Resultat* der Abstraktion darstellt, ist dasjenige, *wovon* abstrahiert wird, je verschieden. Auf diese Verschiedenheit hin werde ich die beiden Fälle nun erläutern.

Was die *Modernisierung des Rechts* betrifft, wird von den ständischen Unterschieden abstrahiert. Es ist diese Abstraktion von der Ständezugehörigkeit, um die es auch in der normativen Perspektive der philosophischen und menschenrechtlichen Entwürfe um 1800 geht.⁵⁵ Allerdings erfolgt aus Sicht der Philosophie die Abstraktion um der Menschen, um ihrer Dignität als Subjekte willen. Aus Sicht des Rechts – und es ist diese Perspektive, die Luhmann forciert – dient die Abstraktion von den ständischen Differenzen nicht den Menschen, sondern dem Recht. Die Anerkennung der Gleichheit aller als Rechtspersonen – als Träger_innen subjektiver Rechte – ist aus dieser Perspektive nicht der Zweck, dem das Recht dient, sondern ein *Mittel*, das dem Recht dient. Der durch dieses Mittel verfolgte Zweck ist die Positivierung des Rechts. Subjektive Rechte zählen, so formuliert es Luhmann,

Aufsatz *Zur Funktion des »Subjektiven Rechts«* plädiert Luhmann hingegen noch dafür, die subjektiven Rechte, zumindest mittelfristig, als eine der »Möglichkeiten abstrakter Systemsteuerung zu erkennen, zu bewahren und fortzubilden.« (Luhmann 1999, 373)

- 54 ›Personalisierung‹ meint dabei die Möglichkeit, die Menschen rechtlich als *Einzelpersonen* zu adressieren. Der moderne, im 18. Jahrhundert entwickelte Begriff der Freiheit steht damit in enger Verbindung, denn dieser »neue Begriff der Freiheit wandte sich gegen die korporativen Freiheitsrechte« (Oestreich 1978, 73), gegen die Freiheitsrechte also, die (ständegesellschaftlichen) *Kollektiven* zukamen.
- 55 Auf realhistorischer Ebene fand seit dem 14. Jahrhundert eine gesellschaftliche Entwicklung statt, welche die theoretische Abstraktion von den Ständen begünstigt haben mag. Wenn auch die Gesellschaft klar ständisch strukturiert war, so wurde doch zumindest die strenge Hierarchisierung der Stände in dem Maße fragwürdig, in dem die Mobilität zunahm. Möglich war Mobilität insbesondere in den Städten, wo die Bürger über ihre Arbeitskraft selbst verfügten, unbeschränkt heiratsfähig waren und ihnen Freizügigkeit gewährt wurde. (vgl. zu dieser Entwicklung Blickle 1980, 302) Von einer regelrechten »Erschütterung der Ständeordnung« spricht Schulze dann mit Blick auf das 16. Jahrhundert und sieht in der zunehmenden Dichte an Polizeyordnungen den obrigkeitlichen Versuch, auf diese Krise stabilisierend einzuwirken. (Schulze 2002, 147)

zu den »Stützeinrichtungen der Vollpositivierung des Rechts«. (Luhmann 1981, 47)

Um dies nachzuvollziehen, muss noch deutlicher werden, was mit Luhmann unter positivem Recht zu verstehen ist. Luhmann definiert die Positivität des Rechts nicht schlicht dadurch, dass es sich, im Unterschied etwa zum Naturrecht, um von Menschen *gesetztes* Recht handelt, von spätlateinisch *positivus*: »gesetzt«, »gegeben«. Denn ein einmaliger Setzungsakt ist nicht hinreichend, damit Recht positiv gilt. Worauf es ankommt, ist die dauernde Änderbarkeit. In der Variabilität, nicht in bloßer Setzung besteht das Kriterium positiven Rechts: »Positivität = Änderbarkeit« lautet die Formel in *Das Recht der Gesellschaft*. (Luhmann 1993, 424) In seiner Änderbarkeit unterscheidet sich das positive Recht sowohl vom Naturrecht, das überhistorisch zu gelten beansprucht, wie vom Gewohnheitsrecht, das sich auf historische Tradition beruft. Von beiden unterscheidet sich das positive Recht in der Weise, wie es gilt: Positivierung des Rechts meint »Positivierung der Rechtsgeltung«. (ebd., 537, Hervorh. J.H.) Die Geltung des positiven Rechts beruht nicht darauf, dass es aus Prinzip (Naturrecht) oder seit jeher (Gewohnheitsrecht) gilt. Weder Transzendenz noch Tradition begründen seine Geltung, sondern gerade die Tatsache, dass es *innerhalb* der bestehenden Gesellschaft *jederzeit* geändert werden kann. Positives Recht ist, gerade weil es gesetztes Recht ist, kein gegebenes, sondern ein »entscheidbares, strukturell variables Recht« (Luhmann 1999, 122). Zwar schließt das jeweils geltende Recht andere Möglichkeiten aus, hält sie aber prospektiv »verfügbar für den Fall, daß eine Änderung des geltenden Rechts opportun erscheint«. (ebd., 125)

Nun lassen sich gegebene Rechtslagen nur leicht ändern, wenn dabei nicht auf unterschiedliche Rechtspositionen der Betroffenen Rücksicht zu nehmen ist. An der Schwelle zum modernen Recht bedeutet dies: wenn ständische Privilegien außer Betracht bleiben. Die Leistung der Rechtsfigur subjektiver Rechte und des damit verbundenen Konzepts der Rechtsperson besteht eben darin, diese Unterschiede abzublenken, statt sie, wie im vormodernen Recht, im Recht zu rezipieren. Solche Rezeption hatte eine »Selbstblockierung von Rechtsänderungen« bedeutet, die für positives Recht untragbar ist. (Luhmann 1981, 47) Werden Menschen unbesehen ihrer struktur- und herkunftsbedingten Identität als gleiche Rechtspersonen angesehen, können Änderungen über ihren Kopf hinweg, sozusagen in einem Wisch erfolgen. Subjektive Rechte dienen, in dieser Perspektive, nicht dem Zweck, dass jedes menschliche Individuum vom Recht als einzelnes wahrgenommen wird, sondern dass alle Individuen gleichermaßen übersehen werden können. Darin liegt die Abstraktionsleistung, welche die subjektiven Rechte *für das Recht* erbringen: Sie ermöglichen seine Positivierung und sein Funktionieren als positives, das ist variables Recht.

Was nun den zweiten Fall – das *moderne Funktionieren* des Rechts – anbelangt, bezieht sich die Abstraktion auf die unmittelbaren (im Unterschied zu ständisch vermittelten) sozialen Bindungen: Dass diese Bindungen außer Betracht bleiben, ist für das moderne Funktionieren des Rechts zentral. Mit der modernen Ausdifferenzierung in gesellschaftliche Teilsysteme kommt es auch zur Differenzierung und Spezifikation der verschiedenen Rollen, die ein Individuum einnimmt: etwa als Arbeitnehmerin, Katholikin, Mitglied im lokalen Fußballklub, Konsumentin, Mutter. Die Differenzierung in eine Vielzahl gleichzeitig übernommener Rollen bringt komplexere Beziehungen unter den Individuen mit sich. Es kommt häufig zu Fällen, »in denen A in der Beziehung zu B hauptsächlich oder nur noch Rechte, in der Beziehung zu C dagegen hauptsächlich oder nur noch Pflichten hat und beide Beziehungen unabhängig voneinander variabel sein müssen«. (Luhmann 1999, 368) Um solche Beziehungen organisieren zu können, bedarf es eines Rechts, in dem die Rechte, die man hat, nicht immer mit Pflichten verbunden sind. Anknüpfend an Michel Villey hält Luhmann fest, dass die neuzeitliche Rechtsfigur der subjektiven Rechte eben darin mit der Tradition bricht, dass sie die notwendige Korrespondenz von Recht und Pflicht kassiert.⁵⁶ Subjektive Rechte entlasten von Reziprozität. Zwar kann diese nach wie vor dadurch hergestellt werden, dass die Rechtssubjekte durch Verträge eigenes Recht erzeugen: »Aber sie sind nicht mehr wesentlich mit dem Recht als Recht verbunden. Man kann jetzt eine Berechtigung denken, die nicht mehr durch parallellaufende Pflichten gegenüber dem Partner ausgewogen und am Zaum gehalten wird. Man kann den skandalösen Gedanken fassen, daß Freiheit ein Recht sei.« (ebd., 364f.)

Indem subjektive Rechte Reziprozität zulassen, aber nicht notwendig mit sich bringen, sind sie abstrakter – man könnte auch sagen: ungerechter⁵⁷ – als die bisherigen Rechtsinstitute. (vgl. ebd., 365) Die der funktional differenzierten Gesellschaft dienende »Abstraktion liegt im Verzicht auf einen ›lokalen‹ Leistungsausgleich im einzelnen Rechtsinstitut, in einem Verzicht auf unmittelbar-konkrete Verzahnung von Rechten und Pflichten als Bedingung für Rechtlichkeit schlechthin.« (ebd., 371) Zum Beispiel gleichen die Reichen ihre Vorteile nicht direkt gegenüber Armen aus, sondern zahlen Steuern. (vgl. ebd., 368) An die Stelle eines direkten Ausgleichs zwischen Individuen tritt mit steigender Komplexität

56 Luhmann bezieht sich hier auf Villey 1957; zu Villeys historischer Beschreibung der Erfindung subjektiver Rechte vgl. ferner Luhmann 1981, 49–55 sowie ausführlicher zur initialen Rolle, die Villey Wilhelm von Ockham beimisst, Menke 2015, 50–56.

57 So Luhmann 1999, 365: »Zugespitzt können wir formulieren: Das subjektive Recht ist das ungerechte Recht, das Recht, das in sich selbst keinen Ausgleich hat.«

zusehends ein indirekter Ausgleich, der sich juristisch »ohne die Figur des subjektiven Rechtes kaum organisieren« ließe. (ebd., 369)

Die Organisationsleistung der subjektiven Rechte geht noch weiter. Sie ermöglichen nicht allein ein Recht, das der funktional ausdifferenzierten Gesellschaft angemessen ist, sie ermöglichen deren Ausdifferenzierung selbst. Denn durch sie lässt sich die jeweils erreichte Differenzierung erhalten. Luhmann führt dies in seinem Buch *Grundrechte als Institution* aus. Er zeigt, dass Grundrechte, also die in nationalen Verfassungen positivierten subjektiven Rechte, keineswegs ewige Rechte des Menschen darstellen, sondern dem Stand der Gesellschaft angepasst sind. Ihre Funktion sieht er darin, der »Gefahr der Entdifferenzierung« entgegenzuwirken. (Luhmann 1965, 23) In ihrer Pluralität richten sich die Grundrechte auf die verschiedenen Bereiche der Gesellschaft – Religion, Wirtschaft, Politik etc. – und sichern mit der Freiheitssphäre der Individuen auch die bereichsspezifische Form der Kommunikation: »Die Garantie von Freiheiten ist nichts anderes als eine Garantie von Kommunikationschancen.« (ebd.) Dadurch, dass die unterschiedlichen Rechte den Kommunikationstyp der verschiedenen Bereiche schützen, bewahren sie die Differenz der Bereiche und damit deren Existenz.⁵⁸

Kommen wir zurück auf die Frage der Abstraktion und fassen hier zunächst zusammen. Erstens: Für die Modernisierung des Rechts, das heißt seine Positivierung und die damit verbundene Änderbarkeit, leisten die subjektiven Rechte eine Abstraktion von der ständebedingten Position. Zweitens: Für die rechtliche Organisation der modernen, das heißt funktional ausdifferenzierten Gesellschaft leisten die subjektiven Rechte außerdem eine Abstraktion von direkten Verbindlichkeiten zwischen den Individuen. Der Punkt, auf den es mir hier ankommt und den Luhmann so nicht expliziert, liegt darin, dass der juridische Begriff der subjektiven Rechte und der Menschenrechte – Luhmann wählt gelegentlich die Formulierung »subjektive Menschenrechte« (vgl. Luhmann 1981, 76) – systematisch auf den Begriff der »Person« verwiesen ist, die diese Rechte hat: Die Abstraktion, die subjektive Rechte leisten, bedeutet immer auch eine Abstraktion des Menschen im Begriff der Person.

Die Zerschlagung der Stände (sowie der Privilegien und der Feudalität insgesamt) durch die bürgerliche Revolution hat Marx zufolge die

58 Weil Freiheiten ein Nicht-Festgelegtsein bedeuten, können die Grundrechte *neben* der Aufrechterhaltung der Differenz der Teilsysteme auch deren »wechselseitige Beeinflussbarkeit und Anpassungsfähigkeit« sicherstellen. (Luhmann 1965, 36) Zur Rolle der subjektiven Rechte bei der strukturellen Kopplung der Funktionssysteme, etwa der Kopplung des Wirtschaftssystems und des politischen Systems durch Besteuerung, vgl. ferner Luhmann 1993, 487.

Gesellschaft in die Individuen zersplittert. (vgl. Marx 2006, 367f.) Gemeint ist damit ein Verlust sozialer Bindungen.⁵⁹ Diesen Aspekt der Isolation des Menschen vom Sozialen hat Luhmann nun vor allem hinsichtlich des zweiten von mir erläuterten Punkts thematisiert: hinsichtlich des modernen Funktionierens des Rechts. Für dieses Funktionieren ist die isolierende Wirkung subjektiver Rechte bis heute maßgebend geblieben. Zwar sei es eine »Überspitzung« zu meinen, dass die Subjekte in der Form der subjektiven Rechte »miteinander nicht mehr zu tun haben« und sich gegenseitig nur noch die Herrschaft über Sachen einräumen. (Luhmann 1981, 73) Gleichwohl legt Luhmann Gewicht darauf, dass das subjektive Recht eines Rechtsträgers »alle anderen in die Rolle des Stillhaltens [...] hineindefiniert«, weil das Korrelat des Rechts »ein bloßes Erleben [ist], das die Selektionen des Rechtsinhabers hinnimmt«. (ebd., 75) Im Gegenzug erwartet das stillhaltende Individuum vom Gegenüber dasselbe hinsichtlich der eigenen Inanspruchnahme subjektiver Rechte. Durch Abstraktion von Reziprozität und Reduktion auf bloße Komplementarität werden soziale Beziehungen im wörtlichen Sinne »sistiert«: angehalten. War die Rechtsstellung der Einzelnen im Zeitalter der Reziprozität durch ein in sich verwobenes Bündel von Pflichten und Rechten bestimmt, lassen sich die einzelnen Rechtsstellungen nun voneinander isolieren. (vgl. Luhmann 1999, 370) Die Abstraktion

»entwickelt sozusagen soziale Beziehungen, zieht Interessensphären auseinander und macht sie unabhängig voneinander variabel. [...] Das Subjekt hat es dann nur noch mit den auf seine Aktivität genau zugeschnittenen Komplementärrollen zu tun: der Fabrikant mit Arbeitern, der Kaufmann mit Kunden, der Beamte mit Antragstellern. Die soziale Gemeinschaft im übrigen und das gemeinsame Interesse sind auf Distanz gebracht.« (Luhmann 1981, 79)

Dem »Schweif von Klagen« (ebd.), der sich an diese Entwicklung anschließt, hält Luhmann entgegen, was die Abstraktion für ein hochkomplex gewordenes Gesellschaftssystem leistet. Fraglich ist für ihn allerdings, weshalb man auf Individuen abstellt – auf sie verweist die Semantik der subjektiven Rechte –, wenn es um die Umstrukturierung der Gesellschaft, das heißt der Bedingungen und Strukturen von Kommunikation geht. (vgl. ebd., 80f.)

An dieser Stelle kommt der zweite Aspekt ins Spiel, den ich innerhalb der Spannung menschenrechtlicher Freiheit markiert habe: die Verknüpfung der Individuen mit der gesellschaftlichen Ordnung, welche, so lautet

- 59 Auf die Auflösung der Beziehungen der alten Gesellschaft folgte, so Marx, keine neue Integration, sondern es blieben »die unabhängigen *Individuen* – deren Verhältnis das *Recht* ist, wie das Verhältnis des Standes- und Innungsmenschen das *Privilegium* war«. (Marx 2006, 369, Hervorh. im Original)

die These, durch die Abschirmung vom Sozialen erfolgt. Subjektive Rechte, welche die Individuen als Rechtspersonen aus den sozialen Beziehungen isolieren, dienen Luhmann zufolge zugleich der »Inklusion«. Dies ist weniger paradox, als es klingt. Denn es geht hier *nicht* um die Inklusion in die soziale Gemeinschaft, sondern um jene in die verschiedenen Funktionssysteme: Politik, Wirtschaft, Recht, Erziehung etc. Um alle in alle Funktionsbereiche inkludieren zu können, müssen Individuen »stärker aus sozialen Bindungen herausgelöst« werden. (ebd., 83) Zu dieser Aufgabe tragen subjektive Rechte bei, können sie allerdings nicht voll erfüllen, sondern nur als Pendenz markieren: »Die *Inklusion* der Bevölkerung in das Gesellschaftssystem muß auf neue Formen gebracht werden, und dies *Desiderat* wird in die Form subjektiver *Rechte* gekleidet, weil es noch nicht realisiert ist.« (ebd., 84, Hervorh. im Original) Die Frage, weshalb die Rechte die Inklusion, die sie leisten sollen, nicht leisten können und somit nur als Desiderat kennzeichnen, gilt es im Folgenden zu klären. Zu fragen ist nach den Konsequenzen jener Abstraktion, durch die Inklusion erreicht werden soll. Die Folgen für Recht und Gesellschaft sind bereits deutlich geworden: Die Abstraktion der Person ermöglicht die Modernisierung des Rechts sowie sein Funktionieren im Rahmen der modernen, funktional ausdifferenzierten Gesellschaft; sie ermöglicht ferner, durch den Schutz vor Entdifferenzierung, auch den Erhalt dieser Gesellschaft. Was aber bedeutet diese Abstraktion für die Einzelnen? Das muss interessieren, wenn es zu klären gilt, warum die Inklusion der Individuen und damit der Bevölkerung ein Desiderat bleibt.

Die Inklusion der Individuen ins Gesellschaftssystem bedeutet nicht ihre Inklusion als Menschen. Systemtheoretisch sind das Gesellschaftssystem und seine Subsysteme als Zusammenhang kommunikationsförmiger Operationen aufzufassen. (vgl. Luhmann 1993, 35 und 54f.) Gegenüber diesen Kommunikationen treten die Menschen, die ihre Voraussetzung sind, in den Hintergrund. (vgl. ebd., 482) Für das Recht (und alle anderen Systeme) sind Menschen nicht Teil des Systems, sondern gehören zu seiner Umwelt. In den Systemen – dies zeigt der Blick auf subjektive Rechte – kommen Individuen *allein* als Abstraktionen vor. Im Kontext der Differenz zwischen dem »ganzen Menschen« und dem abstrakten Individuum kommt auch für Luhmann der Begriff der Person ins Spiel: »Ein solcher Schrumpfbegriff von Individualität ist jedoch nichts anderes als der Begriff der Person, nämlich eine in der Kommunikation produzierte Auswahl von Merkmalen«. (ebd., 48f., Fn. 19) Luhmann geht es an dieser Stelle darum, dass der Begriff der Person von den Idiosynkrasien der einzelnen Individuen abstrahiert. Gerade weil die Theorie autopoietischer Systeme die im System »gehandelten« Personen nicht mit dem lebenden und bewussten Menschen verwechseln würde, nehme sie Individuen ernst: »›Taking individuals seriously‹, könnte man sie überschreiben.« (ebd., 49, Fn. 19) Die realen Individuen bleiben dem System und daher auch der Theorie über

dieses System äußerlich. Sie werden, ließe sich folgern, daher auch von der Abstraktion verschont. Eben dies wird vor dem Hintergrund des zuvor Erläuterten zweifelhaft.

Mit der Figur der subjektiven Rechte abstrahiert das Recht nicht nur von den individuellen Merkmalen, sondern auch von den sozialen Beziehungen des Individuums. Das Individuum wird, begriffen als Rechtsperson, für das System anders handhabbar, nämlich unbesehen seiner sozialen Beziehungen. Dies ist im Fall der Stände zweifellos begrüßenswert, problematisch ist es hingegen, wenn durch subjektive Rechte außerdem das gemeinsame Interesse und die soziale Gemeinschaft überhaupt »auf Distanz gebracht« (Luhmann 1981, 79) werden.⁶⁰ Die Abstraktion von sozialen Bindungen bringt die Möglichkeit, von Sozialität überhaupt zurückzutreten. Indem die subjektiven Rechte die Abstraktion der Rechtsperson erzeugen, können sie sozial desintegrativ wirken. Zugleich allerdings erwirken die Rechte durch eben diese Abstraktion die Anbindung der Individuen an die einzelnen Funktionssysteme.

Damit ist nun nicht allein deutlich, in *welchen Bereich* die Inklusion erfolgt: nicht in irgendeine Art sozialer Gemeinschaft, sondern in die verschiedenen Teilsysteme der modernen Gesellschaft. Es ist auch klar, *wie* die Individuen in die Gesellschaft inkludiert werden: nicht als konkrete Individuen, sondern als abstrakte Personen – nicht in Rücksicht auf ihre jeweiligen sozialen Verwobenheiten, sondern in der Form ihrer Entquickung aus dem Sozialen. Durch die Figur der subjektiven Rechte leistet das Recht Luhmann zufolge – darin liegt eine wesentliche Differenz zu Habermas – nicht die soziale *Integration* der Gesellschaft, sondern die *Inklusion* der Individuen in Teilsysteme. Nach Luhmann besteht die Funktion des Rechts in der Stabilisierung von Verhaltenserwartungen: Es ermöglicht eine prospektive Berechenbarkeit der Konsequenzen eigenen Verhaltens. Mit der Betonung dieses *zeitlichen* Aspekts stellt Luhmann sich selbst in Kontrast zu einer Rechtssoziologie, »die den Akzent auf die *soziale* Funktion des Rechts gelegt hatte mit Begriffen wie ›soziale Kontrolle‹ oder ›Integration‹.«⁶¹ (Luhmann 1993, 125, Hervorh. im Original)

Die gesellschaftliche Inklusion, die Luhmann beschreibt, ist sozial desintegrativ: Die Inklusion in die Gesellschaft bedeutet die Trennung vom

60 Dass soziale Beziehungen, um diese Distanz zu vermeiden, nicht auf eine allein rechtliche Basis gestellt werden dürfen, ist, wie bereits angedeutet, eines der zentralen Argumente Honneths in seinem Kapitel über *Rechtliche Freiheit*, Honneth 2011, 129–172.

61 Als zeitgenössischen »Vertreter einer sozialintegrativen Funktion des Rechts« nennt – und kritisiert – Luhmann vor allem Habermas. Dieser hatte in *Faktizität und Geltung*, das ein Jahr früher (1992) erschien, entschiedene Kritik an Luhmanns systemtheoretischer Beschreibung des Rechts geübt: Sie stelle die Subjektphilosophie »auf einen radikalen Objektivismus um« (Habermas

Sozialen, wenn wir unter Sozialen hier diejenigen »sozialen Bindungen« verstehen, aus denen die Individuen »herausgelöst« werden, wenn sie »mit Rechten und Ansprüchen auf Teilnahme an Politik, Wirtschaft, Recht, Erziehung usw. versorgt werden«. (Luhmann 1981, 83) Desintegration und Inklusion geschehen im selben Schritt. So ist es zu verstehen, wenn Luhmann von einem »Doppelbezug« in der Symbolik der subjektiven Rechte spricht:

»Daß es um *subjektive* Rechte [...] geht, symbolisiert, daß Individuen jetzt stärker personalisiert und stärker unabhängig von sozialen Positionsprägungen begriffen werden müssen. Daß es um subjektive *Rechte* [...] geht, symbolisiert, daß Inklusion aller in alle Funktionsbereiche ein noch unerfülltes Desiderat ist und daß die neu sich entwickelnde Ordnung die für sie nötigen Teilnahmegarantien noch nachzuliefern hat.« (ebd., 84, Hervorh. im Original)

Der Doppelbezug liegt in den beiden Komponenten »subjektiv« und »Rechte«. Die subjektive Seite symbolisiert das isolierte Individuum, die Seite der Rechte den (unerfüllten) Anspruch auf Inklusion. Um die Individuen in die Funktionssysteme einzubinden, ist die Form der Rechte nach Luhmann, eben weil sie sich auf die einzelnen Subjekte statt auf Kommunikationen bezieht, nicht adäquat. Zu Luhmanns Beurteilung der Rechte gehört freilich noch eine andere Seite. Denn subjektive Rechte reduzieren den Menschen nicht nur darauf, eine gleiche Person zu sein, sie ermöglichen zugleich persönliche Plastizität: Subjektive Rechte haben neben einer *abstrahierenden* auch eine

1992, 67). Das Problem sieht Habermas eben darin, dass die »Kommunikation über Recht und Unrecht ihres *sozialintegrativen* Sinnes beraubt« werde (ebd., 70, Hervorh. im Original), wenn das Recht zu einem selbstgesteuerten System objektiviert werde. Dann nämlich verlieren die Subjekte ihren Ort »und mit ihnen verlieren alle intentionalen, durch das Bewußtsein der Akteure selbst vollzogenen Integrationsleistungen ihr Recht«. (ebd., 67) Der Verlust des sozialintegrativen Charakters ergibt sich von zwei Seiten, die Habermas benennt: Einerseits wird das Recht unter den Bedingungen gesellschaftlicher Dezentrierung zu einem entkoppelten Teilsystem unter anderen; damit bleiben ihm »[g]esamtgesellschaftliche Steuerungsfunktionen« versagt. (ebd., 69) Andererseits verzichtet Luhmanns Beschreibung von Rechtsgeltung auf jede interne Beziehung zur Moral und damit auf eine von Legalität verschiedene Legitimität oder »Gültigkeit« rechtlicher Geltung. (vgl. ebd., 70) Dieser zweite Punkt trifft vollständig zu. (vgl. dazu auch Luhmann 1993, 192, 232, 317 sowie, mit direkter Bezugnahme auf Habermas, 99f., 518 und 558) Was den Einwand der Entkopplung betrifft, so wurde oben bereits auf die Rolle hingewiesen, die Luhmann den subjektiven Rechten – und damit dem Rechtssystem – für die strukturelle Kopplung von Funktionssystemen beimisst. Gleichwohl ist festzuhalten, dass sich die Ansätze von Habermas und Luhmann wenig veröhnlich gegenüberstehen.

individualisierende Funktion: Sie dienen nicht nur der Abstraktion zur Person, sondern zugleich der Entfaltung einer individuellen ›Persönlichkeit‹.⁶² Luhmann entwickelt diesen Gedanken in seinem Buch *Grundrechte als Institution*.

Um eine Pluralität an heterogenen Rollen einnehmen zu können, wie es die ausdifferenzierte Gesellschaft verlangt, muss sich das Individuum als Einheit oder »Knotenpunkt« (Luhmann 1965, 55) erfahren können: als *jemand*, die diese Rollen erfüllt. (vgl. ebd., 70f.) Dieser Knotenpunkt ist die ›Persönlichkeit‹. Sie wird hinter den sozialen Rollen nicht vollständig verdeckt, sondern bleibt in der Weise, wie sie die Rollen »konkret moduliert« und variiert, »persönlich sichtbar«. (ebd., 66) Entsprechend ist die moderne Gesellschaft nicht durch den anonymen Massenmenschen, sondern durch bewusstere, je eigene Selbstdarstellungen geprägt. (vgl. ebd., 55f.) Diese werden nicht in der stillen Kammer eingeübt, sondern im sozialen Verkehr ausgebildet: Sozialisierung und Individualisierung gehen miteinander einher. Die individuelle Persönlichkeit leistet nicht nur die Kohärenz der sozialen Rollen. Durch sie kann der Mensch zudem anderen vermitteln, »daß er als Individuum konsequent, erwartbar, zuverlässig auftreten wird: daß er in seiner Individualität konsistent bleibt«. (ebd., 61) Kohärenz der Rollen und Konsistenz des Handelns; dies sind die beiden zentralen ›Kompetenzen‹ einer entfalteten Persönlichkeit. Ihre Entwicklung wird durch die Handlungsfreiheiten ermöglicht, die in (subjektiven) Grundrechten garantiert werden. Eben darin sieht Luhmann, zumindest in *Grundrechte als Institution*, eine ihrer wesentlichen Funktionen.⁶³ (vgl. ebd., 71f.)

»Sinn der Freiheitsrechte, die das Grundgesetz mit einem glücklichen Griff in Art. 2. Abs. 1 wie in einem Brennpunkt zusammengezogen und

62 Auch das Konzept der Persönlichkeit, und nicht nur dasjenige der Rechtsperson, verdankt Kant wichtige Impulse. Für die Idee der Menschenrechte ist dieses Konzept von erheblicher Bedeutung. Matthias König hat in diesem Kontext den Nachweis versucht, dass die zentrale Stellung, welche das Konzept der Persönlichkeit in der Soziologie Émile Durkheims und Max Webers hat, durch deren »Bezugnahme auf den philosophischen Menschenrechtsdiskurs« (König 2002, 147) erklärt werden kann. (vgl. ferner ebd., 94f., 101–104, 79f. Fn. 101 und 146f.)

63 In *Das Recht der Gesellschaft* lässt Luhmann dagegen allein die *gesamtgesellschaftliche* Funktion der Grundrechte gelten und weist jede Funktion für den Menschen als ›Überinterpretation‹ ihrer verfassungsrechtlichen Funktion zurück: Wer in den Grundrechten eine allgemeine Werteinstellung dokumentiert sieht, »mit der das Recht sich dem Dienst am Menschen verpflichtet« (Luhmann 1993, 536), missverstehe ihre Funktion. Demgegenüber weist Luhmann in *Grundrechte als Institution* den Grundrechten insofern eine Dienstfunktion für den Menschen zu, als sie ihm eine gesellschaftstaugliche ›Persönlichkeit‹ individuell ermöglichen.

als Recht auf die freie Entfaltung der Persönlichkeit umschrieben hat, ist vor allem die Gewährleistung eines Handlungsspielraums, dessen Ausfüllung dem Menschen als Person zurechenbar ist. Ihm ist dadurch die Möglichkeit gegeben, sich selbst nicht nur als veranlaßte Handlungsreihe, sondern als identische Persönlichkeit zu begreifen und in den symbolischen Implikationen seines Handelns sozial zu konstituieren.«⁶⁴ (ebd., 78)

Die subjektiven Rechte bringen neben der Rechtsperson und durch diese auch die Persönlichkeit hervor. Erstere entsteht durch Abstraktion, letztere durch gewährte Individualisierung, also ›Besonderung‹. Beide, die Rechtsperson wie die Persönlichkeit, sind Möglichkeitsbedingungen für die Übernahme sozialer Rollen. Durch die Rechtsperson lassen sich soziale Beziehungen entquicken, so dass das Nebeneinander heterogener sozialer Rollen rechtlich handhabbar wird. Während die Rechtsperson dieses *Nebeneinander* gewährleistet, ermöglicht die Persönlichkeit ihr *Miteinander*: Sie garantiert ihre Einheit im Individuum.

Im Unterschied zur rechtlichen Person ist die Persönlichkeit, selbst wenn ihre Ausbildung rechtlich gefördert oder gar ermöglicht wird, etwas Außerrechtliches. Auch das Recht auf Entfaltung der Persönlichkeit, das sich im deutschen Grundgesetz findet, ist ein Recht der Person, kein Recht der Persönlichkeit. Daher wird auch nicht das Individuum als entfaltete Persönlichkeit, sondern nur als Person in die gesellschaftlichen Funktionsbereiche inkludiert. Die Persönlichkeit, das Individuelle des Individuums samt seiner sozialen Bezüge, bleibt von der Inklusion ausgeschlossen, ja gerade um der Inklusion willen wird davon abstrahiert. Dies gilt nicht nur für die Inklusion in die anderen Systeme, sondern auch für die Inklusion ins Rechtssystem. Im Recht gibt es keine Persönlichkeiten, und eben dieses Fehlen des ›ganzen Menschen‹ im Recht wird durch die Figur der subjektiven Rechte angezeigt: »In der im objektiven Recht vorgesehenen Form der subjektiven Rechte macht das Rechtssystem sich selbst auf die Problematik der Inklusion von Personen ins Rechtssystem aufmerksam«. (Luhmann 1993, 487)

Wenn die Menschenrechte diejenigen subjektiven Rechte sind, in denen es um den Status der Träger_innen der Rechte geht, um den Status des Menschen als Person, dann sind genau sie der Ort, an dem sich das Problem der Inklusion des Menschen ins Recht besonders deutlich stellt. Dies gelangt auch bei Luhmann zum Ausdruck: Im Dogma der Menschenrechte geht es ihm zufolge »um die Unterscheidung von Individuum und Recht« (Luhmann 2008a, 219) bzw. eben um die Frage, wie diese Differenz überbrückt und das Unterschiedene in eine Einheit gebracht

64 Das von Luhmann genannte allgemeine Persönlichkeitsrecht ist freilich eine Besonderheit der jüngeren deutschen Verfassungsgeschichte. Vor dem Grundgesetz der Bundesrepublik Deutschland findet es sich »in einer vergleichbaren Form in keiner der bekannteren Verfassungsurkunden«. (Klippel 1987, 273)

werden kann. Darauf sollen die Menschenrechte die Antwort sein: Sie werden als »Rechtsform für die Einheit der Differenz von Individuum und Gesellschaft« (Luhmann 2008a, 220) in Anspruch genommen. Das von ihnen Erwartete können die Menschenrechte allerdings nicht einlösen – eben deshalb, weil der Mensch *als Individuum* nicht mit dem Recht verbunden werden kann. Luhmann beschreibt das so:

»Wenn das Individuum *sein* Recht als *eigenes* Recht in Anspruch nimmt, scheitert es daran wie Michael Kohlhaas [...] Wenn das Recht seinerseits das Individuum berücksichtigt, das nicht mehr als Entität Teil der Gesellschaft ist, dann mit psychisch nicht validierten Abkürzungen, etwa über den Begriff der Person.« (ebd., 219, Hervorh. im Original)

Wenn das Individuum *als Person* ins Recht inkludiert wird, dann bleibt es *als Individuum* davon ausgeschlossen. Dasselbe gilt folglich für die Inklusion der Individuen in andere Bereiche der Gesellschaft. Denn wenn diese Inklusion über subjektive Rechte stattfindet, so kommt auch hier nicht das Individuum, sondern nur die Person in Betracht. Luhmann schreibt, das Rechtssystem fungiere in weitem Umfang »als Auffangsystem für die Folgen, die die Umstrukturierung der Gesellschaft in Richtung auf funktionale Differenzierung für das Individuum hat. Es wird, zur Entschädigung für den Verlust aller festen Positionen, mit subjektiven Rechten ausgestattet.« (Luhmann 1993, 487f.) Die Annahme, dass »das Problem in derselben Rechtsform [der Rechtsform der Rechte, J.H.] durch bloße Zugaben gelöst werden könnte« (ebd., 488), muss sich als Irrtum erweisen. Denn gerade die Art, in welcher der Mensch mit dem Recht in Verbindung tritt, trennt ihn vom Recht: Das Individuum, das heißt der Mensch in seiner Sozialität, tritt zugunsten der ›Person‹ zurück. Hinsichtlich der Folgen stellt sich das Problem ähnlich dar wie bei Arendt und Agamben: als fehlende Anbindung ans Soziale oder, in anderer Terminologie, ans Politische. In der Figur der Rechtsperson und durch deren Rechte werden die Individuen in einer Weise an das Recht und die Gesellschaft gebunden, die sie vom Sozialen trennt. Diese Trennung vom Sozialen erfolgt allerdings nicht über ihre Reduktion auf eine abstrakte, ›nackte‹ Körperlichkeit, sondern in ihrer Qualität als Person.

Das Potential der Person

Dem Begriff der Person eignet allerdings auch erhebliches positives Potential, insofern die Allgemeinheit der ›Person‹ nicht nur als eine vom politischen Zusammenhang trennende *Abstraktion* zur Geltung kommt, sondern zugleich als *Unbestimmtheit*, welche die Möglichkeit der Politisierung enthält. So hat in der Theorie der Menschenrechte das Moment

der Unbestimmtheit des Menschen gerade im Zusammenhang mit einer *Politik* der Menschenrechte Bedeutung erhalten. Unter anderen haben, mit je verschiedener Akzentuierung, Claude Lefort, Étienne Balibar und Jacques Rancière argumentiert, die Menschenrechte nicht als abschließend fixierte Rechte eines auf irgendein Wesen festgelegten Menschen zu verstehen, sondern im Hinblick auf ihre immer neu ansetzende politische Erklärung und Entfaltung.⁶⁵ Weil der Mensch, auf den die Menschenrechte rekurrieren, sich jeder definitiven Bestimmung entzieht, können auch die Rechte dieses Menschen nicht letztgültig formuliert werden. Nur in ihrer dauernden Transformation können sich die Menschenrechte realisieren. Indem sie für ihre ständige Neubestimmung offen bleiben, öffnen sie auch die rechtliche Ordnung, deren Fundament sie bilden, einer jederzeitigen *politischen* Umgestaltung. (vgl. Lefort 1990, 262) Die Menschenrechte nötigen so das positive Recht, von seiner Variabilität Gebrauch zu machen, um eine Transformation der Ordnung einzuleiten und fortzusetzen. Dass der Grund dafür in der Idee eines unbestimmten Menschen, eines »Menschen ohne Bestimmungen« liegt, findet sich bei Lefort explizit formuliert:

»Nun ist aber die Idee des ›Menschen ohne Bestimmungen‹ nicht von der des Unbestimmbaren zu lösen. Die Menschenrechte führen das Recht auf eine Grundlage zurück, die ungeachtet ihrer Benennung keine Gestalt annimmt. Sie stellt sich als das Innere des Rechts dar und entzieht sich damit jeder, sei es religiösen oder mythischen, monarchischen oder Volksmacht, die sich ihrer bemächtigen will. Folglich gehen die Menschenrechte stets über jede einmal gegebene Formulierung hinaus, was überdies bedeutet, daß jeder Formulierung die Forderung der Reformulierung innewohnt bzw. daß die einmal erworbenen Rechte notwendigerweise aufgerufen sind, die Forderung nach neuen Rechten zu unterstützen.« (ebd., 262)

Insofern das Konzept der Person durch Freiheit und somit durch Unbestimmtheit – nämlich durch die Möglichkeit, eine vorgestellte Handlung zu realisieren oder nicht zu realisieren (vgl. Setton 2012, 263) – bestimmt ist, enthält dieses Konzept nicht nur entpolitisierendes Potential, sondern auch ein Potential zur Politisierung. Die Ambivalenz der ›Person‹ gilt es auch in diese positive Richtung hin verständlich und produktiv zu machen, statt das Konzept einseitig negativ aufzufassen.

Dass die Menschenrechte sehr wohl eine berechtigende und nicht allein eine entrechtende Funktion haben, gilt es dabei besonders gegenüber Agamben kritisch stark zu machen. Diese Berechtigung knüpft sich an den Begriff der Person, der eben den Menschen bezeichnet, insofern er Rechte hat. Wenn die Menschenrechte gleichwohl nicht frei von einem entrechtenden Moment sind, gilt es dieses Moment der Entrechtung

65 Vgl. dazu Lefort 1990, Balibar 1993 und Rancière 2011.

doch anders – aus anderer Richtung – zu verstehen. Die Entrechtung des Menschen erfolgt dort, wo er *allein* als Materie in Betracht kommt. Nach Agamben bedeutet dies: Wenn das Leben des Menschen von seiner Form getrennt ist, wenn ihm somit jede Form fehlt, ist er als Materie absolut formbar. In diesem Sinn ist Agamben zufolge das nackte Leben zu verstehen: Es ist ein absolut tötbares Leben – formbar bis zur Vernichtung –, weil es nichts weiter mehr ist als *physis*, bloße Materie. Zu einer solchen Materie wird der Mensch im Ausnahmezustand: Er ist seiner Freiheit beraubt und systematisch entrechtet. Der Mensch ist, in der Perspektive Agambens, Materie, weil ihm seine Freiheit genommen ist. Die folgenden Überlegungen dienen dem Nachweis, dass eher das Gegenteil zutrifft: Der Mensch wird Materie, indem ihm Freiheit in bestimmter, *einseitiger* und damit einschränkender Weise verliehen wird. Das Materie-Werden des Menschen ist nicht von einer menschenrechtlichen Reduktion auf den Körper her, sondern von der menschenrechtlichen Berechtigung der Person – aus *dieser* Richtung – zu begreifen. Wie der Mensch über subjektive Rechte Materie wird, kann aus der Vorgeschichte der Menschenrechte verständlich werden. Beginnt die Geschichte der Menschenrechte im 18. Jahrhundert, so muss für ihre Vorgeschichte bis zum Beginn des 16. Jahrhunderts zurückgegangen werden.

4.3 Von der Geschichte zur Vorgeschichte: Ausnahmezustand und Menschenrechte im Licht des frühneuzeitlichen ›Aktionsrechts‹

Der Frühneuzeithistoriker Winfried Schulze hat dafür plädiert, Entstehung und Gehalt der Erklärungen von 1776 (*Virginia Bill of Rights*) und 1789 (*Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*) aus ihrer Vorgeschichte seit dem 16. Jahrhundert zu verstehen. Die »Vorgeschichte der Grund- und Menschenrechte« (Schulze 1987, 170) ist nicht ihre Geschichte, denn diese beginnt im Zeitalter der vollen Positivierung des Rechts seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts. Der Phase der Vollpositivierung geht die Phase der Verrechtlichung voraus: Seit dem 15. und 16. Jahrhundert, seit Beginn der Frühen Neuzeit also, werden religiöse, soziale und politische Beziehungen zunehmend Gegenstand einer dichten rechtlichen Normierung. In der Geschichtswissenschaft gilt diese als ein epochenspezifisches Merkmal der frühneuzeitlichen Periode.⁶⁶ Entstehen die ersten Menschenrechtserklärungen zur Zeit der

66 Prozesse intensiver Verrechtlichung lassen sich allerdings auch im 19. Jahrhundert feststellen; sie sind nicht nur auf die Frühe Neuzeit beschränkt, sondern für die Neuzeit insgesamt prägend. (zum Begriff »Verrechtlichung« vgl. Schulze 2002, 80–82)

Rechtspositivierung am Anfang der Moderne, bilden sich subjektive Rechte mit der zunehmenden Verrechtlichung am Anfang der Neuzeit heraus. Auch Luhmann betont, dass es für eine Analyse der Figur der subjektiven Rechte zwar nicht notwendig sei, »den Anfang des Gedankens und seiner Vorläufer« zu suchen, doch müsse »bis ins 16. Jahrhundert zurückgegriffen« werden.⁶⁷ Als Grund dafür nennt er mitunter die stärkere Systematisierung des Rechts. (Luhmann 1981, 48f.)

Ich möchte an dieser Stelle zunächst die These erläutern, von der die folgenden Ausführungen ausgehen: Im modernen Recht besteht ein enger Zusammenhang zwischen Menschenrechten, Ausnahmezustand und positivem Recht. Dem positiven Recht kommt dabei in der Verbindung von Menschenrechten und Ausnahmezustand eine Scharnierfunktion zu. Mit der Entwicklung des modernen positiven Rechts ist die souveräne Ausnahme ebenso verbunden, wie es die Menschenrechte sind: »Souveränität, positives Recht und subjektive Rechte sind gleichursprünglich.«⁶⁸ (Brunkhorst 2000, 202) Dieser moderne Zusammenhang, der in der Vollpositivierung des Rechts gründet, lässt sich, so die These, aus einer früh- bzw. vormodernen⁶⁹ Konstellation, eben der frühneuzeitlichen Verrechtlichung erschließen, denn auch der Verrechtlichung kommt eine Scharnier- oder Mittlerposition zwischen zwei gegensätzlich anmutenden Phänomenen zu: den sich herausbildenden, mit Klagemöglichkeiten ausgestatteten individuellen Rechten auf der einen, den in zunehmender Zahl erlassenen rechtlichen Verordnungen (»Policeyordnungen«) auf der anderen Seite. Diese vormoderne Konstellation und jener moderne Zusammenhang stehen in einer Relation der Entsprechung: Den frühneuzeitlichen Individualrechten korrespondieren die modernen Menschenrechte, den frühneuzeitlichen Policeyordnungen die Maßnahmen des Ausnahmezustands. Der moderne Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten lässt sich demnach aus dem vormodernen Verhältnis von Policeyordnungen und Individualrechten verstehen. Dabei ist kein historisches, sondern ein

67 Mit Wilhelm von Ockham greift er freilich doch weiter zurück; dies aber nur, um aufzuweisen, dass die subjektiven Rechte nicht für ihre spätere Funktion erfunden wurden. Diese Funktion bahnte sich dann eben im 16. Jahrhundert an; vgl. dazu das vorangehende Kapitel.

68 In vergleichbarer Weise betont Agamben das Hervorgehen des Ausnahmezustands aus der demokratisch-revolutionären Tradition, eben jener Tradition, aus der auch die Menschenrechte entstanden sind und die mit der Vollpositivierung und zunehmenden verfassungsrechtlichen Kodifikation des Rechts einherging. (vgl. AZ, 12)

69 Die Bezeichnung »vormodern« hat gegenüber »frühmodern« den Vorzug, dass sie die Eigenständigkeit der Frühen Neuzeit anerkennt, statt sie teleologisch oder auch nur linear als ein Schritt auf dem Weg zur modernen Gesellschaft zu verstehen. (vgl. dazu Holenstein 2000, 42, Fn. 103)

systematisches Verstehen gemeint. Gemeint ist nicht, dass das moderne Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten in seiner Genese auf das Verhältnis von Policyordnungen und Individualrechten zurückgeht und sich aus diesem Verhältnis historisch herleiten und erklären ließe. Es geht nicht um das Erzählen einer Geschichte, sondern um einen systematischen Rückgriff auf die Vorgeschichte, die Geschichte davor.

In Auseinandersetzung mit dieser Vorgeschichte, der Verrechtlichung seit dem 16. Jahrhundert, sollen nun vier Aspekte Kontur erhalten, die auch für das gegenwärtige Recht maßgebend sind und den Zusammenhang erhellen können, in dem Ausnahmezustand und Menschenrechte stehen. Beim *ersten Aspekt* handelt es sich um den *Handlungsscharakter* des neuzeitlichen *und* modernen Rechts: Im Zuge und seit der frühneuzeitlichen Verrechtlichung wird das menschlich gesetzte Recht zu einem Mittel der Gestaltung und Veränderung einer nunmehr als gestalt- und veränderbar verstandenen sozialen Wirklichkeit. Es lässt sich zeigen, wie die Policyordnungen und frühneuzeitlichen Individualrechte jeweils als Instrumente dieses neuen, gestaltenden Rechts in Anschlag kommen. Eben dieser Gestaltungsaspekt eignet auch den modernen Rechtsfiguren von Menschenrechten und Ausnahmezustand als ein gemeinsames Merkmal. Der *zweite Aspekt* bezieht sich auf den Gegenstand rechtlichen Handelns und Gestaltens. Dieser Gegenstand ist seit der frühneuzeitlichen Periode und bis in die Gegenwart das Kollektiv der – zunächst territorial-, später nationalstaatlichen – *Bevölkerung*. Ich werde in diesem Kapitel in Auseinandersetzung mit den frühneuzeitlichen Verhältnissen insbesondere des deutschen Sprachraums zeigen, wie diese Bevölkerung *durch* die individuellen Rechte als Gegenstand staats-rechtlichen Handelns hervorgebracht wurde. Dabei spielt, dies ist der *dritte Aspekt*, vor allen Dingen der Bereich der Ökonomie eine zentrale Rolle. Mit dem Auftauchen der Bevölkerung wird auch die Wirtschaft zu einer eigenständigen Größe. Diese ›Gesamtwirtschaft‹ ist nichts anderes als die Produktivität der Bevölkerung. Die Regulierung der Bevölkerung zielt auf die Erhaltung oder Steigerung ihrer Produktivität und erfolgt nach ökonomischen Gesichtspunkten.⁷⁰ Als Mittel dieser Regulierung dienen dem frühneuzeitlichen Territorialstaat, der von einer produktiven Bevölkerung profitiert, sowohl die policeylichen Verordnungen wie die individuellen Rechte: Der frühneuzeitliche Staat regiert durch Normen ebenso wie durch Freiheiten. Zwischen Individualrechten und Policyordnungen, darin liegt der *vierte Aspekt*, besteht daher nicht nur eine Relation des Gegensatzes: Die beschränkenden

70 Zu aktuelleren Ausprägungen eben dieses systematischen Bezugs zwischen Bevölkerungspolitik und ökonomischem Wachstum vgl. eindrücklich Murphy 2017.

Verordnungen und die befreienden Rechte kommen beide als Mittel staatsrechtlichen Handelns in Betracht. In dieser Gemeinsamkeit, rechtliche Mittel des Staates zu sein, liegt auch ein Zusammenhang zwischen den modernen Menschenrechten und dem Ausnahmezustand. Insbesondere auf die Erhellung dieses letzteren Zusammenhangs zielt das vorliegende Kapitel.

Ich werde diese vier Aspekte in acht kürzeren Schritten entwickeln. Zunächst werde ich das frühneuzeitliche Phänomen der Verrechtlichung erläutern, indem ich die verschiedenen Dimensionen darstelle, die es umfasst. In einem zweiten Schritt werde ich zeigen, in welcher Weise die individuellen Rechte als ein Gegengewicht und eine Begrenzung der zunehmenden Normierung wirkten. Dabei werde ich zugleich verdeutlichen, in welcher Weise auch die modernen subjektiven Rechte als Gegeninstanz der positiv-rechtlichen Normierung fungieren. In einem dritten Schritt erläutere ich, wie sich in der Frühen Neuzeit der Diskurs um individuelle Rechte von der Frage des allgemeinen Wohls zum individuellen Nutzen verschob. Im vierten Schritt lege ich dar, inwiefern dieser Fokus auf den ›Eigennutz‹ maßgebend für die Herausbildung des Phänomens der Bevölkerung war und wie diese Bevölkerung gerade durch die Einräumung von Freiheiten regulierbar und für das staatliche Interesse nutzbar wurde. In einem kurzen fünften Schritt wende ich mich Foucaults Überlegungen zur Freiheit als einer Technik des Regierens zu und schlage dabei in zwei Punkten eine Revision von Foucaults Argument vor. Im sechsten Schritt werde ich die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung darstellen, die sich aus dem Handlungscharakter des neuzeitlichen Rechts ergibt. Im siebten Schritt ist thematisch, inwiefern sich die zunehmende Normierung durch Policyordnungen und die Regulierung durch Gewährung von Freiheit als zwei Teile *einer* Regierungsstrategie verstehen lassen – einer Strategie, die vornehmlich ökonomische Ziele verfolgte. Abschließend wende ich mich der Frage zu, in welcher Weise ein solcher regierungsstrategischer Zusammenhang auch hinsichtlich des Ausnahmezustands und der modernen Menschenrechte besteht. Das in jüngerer Zeit vielfach benannte Verhältnis von Sicherheit und Freiheit erscheint unter diesem Gesichtspunkt in einem veränderten Licht.

*Potestas legislativa: Verrechtlichung des Lebens im
entstehenden Steuerstaat*

Der Wandel von der ständischen zur bürgerlichen Gesellschaft kann nicht ohne das Phänomen der Verrechtlichung verstanden werden. Gerade an diesem Phänomen wird deutlich, dass der Wandel nicht abrupt

mit den Revolutionen am Ende des 18. Jahrhunderts und dem Beginn konstitutioneller Staatlichkeit erfolgte, sondern sich in den Jahrhunderten davor abzeichnete. Die Arbeiten des Frühneuzeithistorikers Winfried Schulze bieten hier einen geeigneten Ausgangspunkt. Zum einen richtet sich sein Interesse auf die Frage, wie soziale Konflikte zwischen Untertanen und Herrschenden seit dem 16. Jahrhundert zunehmend in die Form des Rechts gebracht wurden.⁷¹ Zum anderen zeigt er auf, wie dabei individuelle Rechte entstanden, die nicht nur gegen die staatliche Herrschaft gewandt, sondern von dieser auch gefördert und genutzt wurden. Auf dieser staatlichen Nutzung individueller Rechte liegt im Folgenden der Fokus. Dass die entstehenden Individualrechte auch ein kaum zu überschätzendes widerständiges und emanzipatorisches Potential freisetzen, steht dabei außer Frage.⁷² Die Problematik der Rechte setzt demgegenüber gerade dort ein, wo dieser emanzipatorische Zweck der Rechte hinter ihrer Mittelfunktion zugunsten des Staates zurücktritt. Auf diese Problematik komme ich im Zusammenhang mit Ausnahmezustand und Menschenrechten am Ende dieses und des darauf folgenden Schlusskapitels zu sprechen.

Mit dem genannten Begriff der ›Verrechtlichung‹ ist zunächst eine Expansion rechtlicher Regulierung bezeichnet, die sich in der frühneuzeitlichen Periode in mindestens drei Hinsichten vollzieht. Dabei bezieht sich der Begriff nicht bloß auf den Anstieg rechtlicher Normierung, sondern zugleich auf die Weise, wie und durch welche Instanz normiert wird.⁷³ Die *erste* Dimension der Verrechtlichung liegt darin, dass die Kompetenz der Gesetzgebung, die *potestas legislativa* oder *legislativa*, in den entstehenden Territorialstaaten der Frühen Neuzeit

71 Die These der »Verrechtlichung sozialer Konflikte«, die in seinen Arbeiten einen wichtigen Stellenwert einnimmt, ist ausführlich dargelegt in Schulze 1975.

72 Einen ebenso quellen- wie thesenreichen Zugang zum Thema des bäuerlichen Widerstands im Alten Reich und zur Emanzipation durch Rechte verschaffen die Arbeiten von Peter Blickle; vgl. insbes. Blickle 2003 sowie Blickle 1980. Während Schulze den Fokus darauf legt, wie die Bauern Individualrechte gegen herrschaftliche Rechtsverstöße in Anspruch nahmen, betont Blickle, wobei er auch die Quellenlage dafür verantwortlich macht, die Bedeutung der Rechte für den Kampf der Bauern gegen die zunehmend als überkommenes Herrschaftsrecht wahrgenommene Leibeigenschaft. Die Ergebnisse von Blickle und Schulze zusammengekommen, lässt sich schließen: Individualrechte werden sowohl zur Durchsetzung des geltenden Rechts wie auch – unter stärkerem naturrechtlichen Einfluss – zur Abschaffung geltender herrschaftlicher Rechte (Privilegien), d.h. zur Veränderung geltenden Rechts in Anschlag gebracht.

73 Die folgenden historischen Daten, die nicht allein für die deutsche Entwicklung charakteristisch sind, finden sich, allerdings nicht in der von mir

theoretisch wie praktisch zum wichtigsten Signum herrschaftlicher Macht wird.⁷⁴ Damit geht ein deutlicher Anstieg in der Produktion von Normen einher. Entscheidend ist dabei nicht allein, dass neues Recht erzeugt wird, denn dies kann auf verschiedene Weisen erfolgen.⁷⁵ Worauf es ankommt, ist vielmehr, dass es in Form von Gesetzen geschieht.⁷⁶ Mit den entstehenden Gesetzbüchern in Zivil- und Kriminalangelegenheiten wurde auch die Gerichtsbarkeit zentralisiert. Das Fehdewesen und die private Rechtssuche insbesondere des Adels wurden zurückgedrängt, kurz: Es etablierte sich ein *Rechtsmonopol* – samt einer Monopolisierung der Gewalt zu Zwecken der Rechtsdurchsetzung – in den Händen der frühneuzeitlichen Staatlichkeit. Eine wichtige Rolle spielen für dieses Monopol die vielfältigen ›Policeyordnungen‹, die seit dem 15. Jahrhundert in kontinuierlich steigender Zahl von den Obrigkeiten erlassen wurden.⁷⁷ Auf die rechtliche Funktion der Policeyordnungen werde ich in der Mitte dieses Kapitels ausführlich eingehen. Zum Begriff der Policey sei allerdings schon hier bemerkt, dass er nicht nur im

vorgeschlagenen Systematisierung, bei Schulze 2002, 79–83 sowie Schulze 1987, 167f.

- 74 Das Gesetzgebungsrecht gewinnt so einen bislang ungekannten Vorrang vor der Rechtsprechung, die im Mittelalter das zentrale Kennzeichen der Herrschergewalt bildete. Als Gesetzgeber tritt der Regent in der Theorie erstmals bei Bodin in Erscheinung. (vgl. Mohnhaupt 1972, 188–191) Nicht zufällig ist Bodin zugleich der erste Theoretiker des Ausnahmezustands, d.h. der souveränen Suspension der Gesetze. Auf diesen Zusammenhang gehe ich weiter unten ein.
- 75 Zu den verschiedenen Arten staatlicher Rechtserzeugung – neben Gesetzgebung auch Rechtsprechung, (rechtsproduzierendes) Verwaltungshandeln und Verfassungsgebung – vgl. Müller-Mall 2012, 16f.
- 76 »Gesetz« meint dabei allerdings den Gesetzesbefehl der Obrigkeit, in dem sich der herrschaftliche Wille ausdrückt. Der moderne Begriff des Gesetzes, zu dem »allgemeine und gleichförmige Geltung und Anwendung« (Holenstein 2000, 8) gehört, entsteht dagegen erst im 19. Jahrhundert und ist mit dem vormodernen Gesetzesbegriff nicht gleichzusetzen. Die frühneuzeitliche Verrechtlichung erfolgt demnach mehr in materialer als in formaler Richtung. (zur Differenz von formaler und materialer Rationalität im Recht vgl. Neuhann 2018 (im Erscheinen), Abschnitt II.1)
- 77 Auf den engen Zusammenhang von Policey und Verfassungsbildung hat unter anderen Kolja Möller hingewiesen. (vgl. Möller 2015, 131–138) Historisch habe der Konstitutionalismus einen »policeylichen Anteil« (ebd., 136) und sei folglich nicht nur herrschaftsbegrenzend, sondern zugleich herrschaftsformend. Da die zeitgenössische (insbes. völkerrechtliche) Verfassungstheorie die Grundlagen des Konstitutionalismus allein im 19. Jahrhundert suche, verdränge sie zusammen mit der policeylichen Tradition seit dem 16./17. Jahrhundert auch das herrschaftsformende und -förmige Moment des Konstitutionalismus, das noch heute wirksam ist.

deutschsprachigen Raum große Bedeutung hatte, sondern im frühneuzeitlichen Europa weit verbreitet war; aufgrund seiner breiten Verwendung und historischen Entwicklung ist der Begriff semantisch nicht auf eine eindeutige Bestimmung zu bringen. Grundsätzlich lässt er sich in zwei Richtungen verstehen. Zum einen bezeichnet der Begriff ›Policey‹ oder auch ›gute Policey‹ die von der Obrigkeit erlassenen Verordnungen, die sich auf die Herstellung eines politisch, wirtschaftlich, rechtlich, sittlich und religiös intakten Zustands des Gemeinwesens richteten. Zum anderen bezeichnet er diesen angestrebten Zustand selbst: »Policey verweist also sowohl auf die obrigkeitlich erlassenen Verordnungen als auch auf das soziopolitische Ziel, welches durch diese Verordnungen erreicht werden sollte.« (Landwehr 2000a, 60; vgl. ebenso Landwehr 2008, 45f.)

Eine *zweite* Dimension der Verrechtlichung besteht darin, dass neben der dichterem gesetzlichen Normierung rechtlich schon erfasster Gebiete auch eine Erschließung bisher gar nicht normierter gesellschaftlicher Bereiche erfolgte. So treten das Verhältnis von Obrigkeiten und Untertanen, aber auch etwa Schul- und Hochschulrecht in den Fokus des staatlichen Rechts.⁷⁸

Die *dritte* Dimension liegt darin, dass die staatliche Verrechtlichung nicht nur neue Sozialbereiche erschloss, sondern auch territorial weitere Gebiete, in Besonderen die ländlichen Gemeinden, was für die nun regelmäßig durchgeführte Erhebung von Steuern bedeutsam war.⁷⁹ Dieser Aspekt einer durch das Recht und die Rechte ermöglichten individuellen Besteuerung kann kaum überschätzt werden. Auf die Rolle, welche die Staatsfinanzierung in der Genese des neuzeitlichen Staates spielte – eines »Schulden- und Steuerstaates« (Vogl 2015, 90) – hat in jüngerer Zeit Joseph Vogl Gewicht gelegt. Die Herausbildung souveräner staatlicher Strukturen führt Vogl wesentlich darauf zurück, dass die zuvor nur im *äußeren* Notstand (Krieg) erhobenen Steuern nun zum *inneren* Normalfall des staatlichen Verwaltungsbedürfnisses wurden. Grund für diese Normalisierung der Steuern ist die Normalität fürstlicher Verschuldung:

- 78 Eine Ausnahme bildet die besondere Universitätsgerichtsbarkeit, d.h. die Kompetenz der Universitäten, in Disziplinar-, Zivil- und Strafsachen eine eigene Rechtsprechung zu unterhalten. Sie verschwand erst im 19. Jahrhundert vollständig, was mitunter von den deutschen Studentenschaften im Rahmen der Revolution von 1848 gefordert worden war. (vgl. Stolleis 1992, 268)
- 79 Zur Steuerpolitik der deutschen Territorialstaaten im 16. und 17. Jahrhundert vgl. Schulze 1986, 616–618. Zur Entwicklung des modernen Steuerstaats im 16. Jahrhundert, die vor allen Dingen darauf beruht, dass Steuererhebungen normalisiert, d.h. zur Regel wurden, vgl. ferner prägnant Schulze 1980, 66–69.

»Der Zusammenhang von Staatsschuld und kontinuierlicher Steuererhebung konnte dabei insgesamt als eine fiskalische und administrative Verstetigung von Not- und Ausnahmelagen im Zeichen souveräner Staatsgefüge wahrgenommen werden. Aus dieser Perspektive wird mit den Anforderungen des Fiskus und der Staatsfinanzierung das Diktat permanenter *necessitas* oder Not im Zentrum der Verwaltungsarchitektur installiert.« (ebd., 92)

Entsprechend muss, so Vogl, »das Steuerrecht und seine Usurpation durch den Regenten [...] als essentielles Souveränitätsmerkmal angesehen werden«. (ebd., 92) Das souveräne Steuerrecht bewirkt sowohl die administrative Durchflutung der Gebiete wie auch den Ausbau zentraler staatlicher, ja staatsrechtlicher⁸⁰ Strukturen.

Mit der Verrechtlichung geht ein erhöhter Zugriff auf die herrschaftsunterworfenen Bevölkerung einher: »Man muss [...] zunächst davon ausgehen, dass die Frühe Neuzeit natürlich die Durchsetzung des modernen Finanz-, Militär und Wirtschaftsstaats bedeutet und insofern ein Vorgang ist, der die Untertanen in erhöhtem Maße beansprucht.« (Schulze 1987, 82) Individuelle Rechte ermöglichen den rechtlichen Zugriff auf die Untertanen, indem sie diese, wie im letzten Kapitel dargelegt, auf dem Weg des Rechts generell, das heißt unabhängig von ständischen und anderen Differenzen adressierbar machen. Zugleich haben die Rechte aber eine limitierende und schützende Wirkung, die der steigenden rechtlichen Normierung der Lebenswelt gerade entgegensteht. Diesem Aspekt wende ich mich im Folgenden zu.

Rechte gegen Verrechtlichung

Die Bedeutung, die den subjektiven Rechten für die Positivierung des Rechts zukommt, habe ich oben bereits beschrieben.⁸¹ Wichtig ist hier, dass die Rechte zugleich in der anderen Richtung wirken: Sie dienen nicht nur der wachsenden Verrechtlichung des frühneuzeitlichen Staatssystems, sondern sie reagieren auch auf die damit verbundene

80 Unter *staatsrechtlichen* sind hier nicht *rechtsstaatliche* Strukturen zu verstehen. Mit moderner Rechtsstaatlichkeit ist die Verrechtlichung der sozialen Beziehungen und geographischen Gebiete nicht gleichzusetzen. (so explizit auch Schulze 1987, 179 und Schulze 1980, 84)

81 Maßgebend ist Luhmann zufolge, wie gesehen, die durch Rechte ermöglichte Nicht-Rezeption ständischer Differenzen im Recht. Den Zusammenhang von subjektiven Rechten und Ständegesellschaft betont auch Schulze; allerdings betrachtet er die Rechte nicht als Mittel zum Ignorieren von Ständen, sondern umgekehrt die Auflösung der Stände als Voraussetzung für die Entstehung der modernen Grund- und Menschenrechte. (vgl. Schulze 1987,

Legalisierung des Lebens; sie reagieren darauf, indem sie sich dagegen wenden.

Dies tun sie auf mindestens zwei Weisen. *Erstens* schaffen sie Zonen rechtlicher Unbetroffenheit: Zonen, in welche die rechtliche Regulierung nicht vordringen kann und die damit den Individuen zur beliebigen Ausgestaltung überlassen bleiben. Subjektive Rechte, so formuliert Luhmann diesen erstmals bei Hobbes ausgedrückten und in der Literatur bis heute vielfach hervorgehobenen Punkt, »hatten immer auch Schranken der Detailregulierung markiert, sozusagen Grenzen des Wachstums nach innen.«⁸² (Luhmann 1981, 91) Ähnlich spricht Honneth, wie dargestellt, mit Blick auf subjektive Freiheits- und Teilhaberechte von einem »Schutzwall« (Honneth 2011, 143, 145 und 152), hinter dem die Individuen einen privaten Rückzugsraum finden. *Zweitens* verleihen die Rechte den Untertanen überall dort juristische Handlungsmacht, wo eine Abschirmung gegen die Verrechtlichung unmöglich ist. Die Legalisierung des Lebens wird durch die Möglichkeit kompensiert, vor das Gesetz treten und seine Autorität anrufen zu können. Mit Bezug auf die deutschen Territorialstaaten und das Reich hält Schulze fest: »Für die große Masse der Untertanen in den Territorialstaaten bedeutete der jetzt eingeleitete Prozeß der Neuordnung des Rechtswesens in der Hand des Landesfürstentums und durch die Reichsgerichte auch die Fixierung von Klagemöglichkeiten gegen die eigene Herrschaft.« (Schulze 1987, 168f.) Im deutschen Sprachraum werden dadurch seit dem Bauernkrieg (1524/25) – dem gewaltsamen Widerstand der Bauern gegen den Adel – die Konflikte mit der Obrigkeit zunehmend verrechtlicht, das heißt von bewaffneter auf gerichtliche Austragung umgestellt.⁸³

Auf die Legalisierung des Lebens reagieren die Rechte also erstens dadurch, dass sie den Gesetzen Schranken setzen; zweitens, indem sie den Rechtsweg eröffnen. Im ersten Fall halten sie Gesetze auf Distanz,

164) Das Begründungsverhältnis ist damit jenem bei Luhmann entgegengesetzt.

82) Dieser Aspekt subjektiver Rechte wird Luhmann zufolge im Wohlfahrtsstaat zurückgedrängt. An den durch subjektive Rechte garantierten Anspruch werden hier soziale Programme geknüpft, die hochgradig normalisierende Effekte zeitigen. Freiräume, die subjektive Rechte garantieren sollten, werden so gerade getilgt. Mittels subjektiver Rechte erfolgt dann nicht mehr die Sicherung individueller Möglichkeiten, sondern die »Zuweisung« von Chancen. Auf diesem Weg werden mitunter geschützte Ansprüche geschaffen, die gar nicht im Interesse der einzelnen Individuen liegen; der verpflichtende Anspruch läuft den eigenen Interessen entgegen, die Idee der Rechte wird verkehrt. (Luhmann 1981, 90f.)

83) Die Verrechtlichung wurde im deutschsprachigen Raum im 16. und 17. Jahrhundert begünstigt durch die anhaltende Krise des Reichs. Sie nötigte die Territorialstaaten, eine stabile *innere* Ordnung zu errichten. Stabilität

im zweiten Fall verschaffen sie Zugang zum Gesetz. Die beiden Weisen setzen auf unterschiedlichen Ebenen an. Die Begrenzung der rechtlichen Normierung betrifft die materiellen Rechtsnormen: Hier geht es um die *Exklusion* von Gesetzen aus einer geschützten Sphäre der Individuen. Die Eröffnung des Rechtswegs dagegen etabliert formales oder Verfahrensrecht: Hier geht es um die *Inklusion* der Individuen ins System des Rechts und seiner Gesetze. Die beiden Weisen richten sich auf die zwei Arten, in denen die neue Staats- und Rechtsmacht herrscht. Sie herrscht einerseits durch die Unterwerfung der Menschen unter das Gesetz, andererseits durch den Versuch, sich selbst der Bindung an die Gesetze zu entziehen. Während sich die Begrenzung (die Exklusion) der Gesetze gegen die erste Art der Herrschaft richtet, wendet sich die Eröffnung des Rechtswegs (die Inklusion der Individuen) gegen die zweite. Die individuellen Rechte leisten damit beides: Sie schützen gegen *rechtliche* Herrschaft und sie schützen *rechtlich* gegen Herrschaft. Schutz gegen die *Herrschaft des Gesetzes* und *Schutz gegen gesetzlose Herrschaft* sind zwei zentrale Funktionen, die Individualrechte schon vor der Zeit der Vollpositivierung des Rechts und der Menschenrechts-erklärungen, schon vor dem 18. Jahrhundert also, in wachsendem Maß übernehmen.

Aus diesen beiden Funktionen ergeben sich, wenn auch nicht unmittelbar historisch, so doch systematisch zwei Linien, die für die weitere Geschichte der Rechte von zentraler Bedeutung sind. Ich nenne sie hier die Linie der *bürgerlichen Rechte* und die Linie der *Rechte des Bürgers*. Unter *bürgerlichen Rechten* verstehe ich dabei die liberalen Freiheitsrechte, die zum Genuss des je Eigenen – der privaten Sphäre oder des privaten Besitzes – ermächtigen. Mit den *Rechten des Bürgers* meine ich hier die Klagerechte gegen den Staat, die es ermöglichen, ihm rechtlich entgegenzutreten.

Zur ersten Linie, der Linie der bürgerlichen Rechte, gehören ihrer Logik nach auch die *sozialen Teilhaberechte*. Denn zu einer Sphäre, in welcher der eigene Wille herrschen darf, müssen die Mittel kommen, um diesen Willen auch tatsächlich verwirklichen zu können. Das historisch spätere Auftreten der sozialen Rechte darf über den systematischen Zusammenhang nicht hinwegtäuschen, der die beiden Typen von Rechten verbindet. Auf diesen Zusammenhang weist unter anderem Honneth hin, wenn er betont, »daß der normative Sinn dieser sozialen Rechte sich aus der Aufgabe ergibt, es dem einzelnen materiell zu ermöglichen, die mit den

wurde durch die Einrichtung dichter Verwaltungsstrukturen angestrebt. Der Schwerpunkt auf Verwaltung leistete einer systematisierenden Rechtstätigkeit Vorschub. Dass der Begriff »Staat« zuerst auf die – intensiv verwalteten – Territorialstaaten, nicht auf das Reich Anwendung fand, wird aus diesem Zusammenhang verständlich. (vgl. dazu Maier 1980, 130f.)

liberalen Rechten verbürgte Privatautonomie tatsächlich effektiv auszuüben.«⁸⁴ (Honneth 2011, 142f.)

Im selben, nicht unmittelbar historischen, sondern systematischen Sinn schließen an die Linie der Rechte des Bürgers die *politischen Teilnahmerechte* an. Die Möglichkeit der Beschwerde, das heißt der Zugang zu rechtlichen Verfahren, schafft erstmals ein System, »das die konfligierenden Parteien gleichstellt«. (Schulze 2002, 82) Durch diese Gleichstellung ist ein politischer Raum eröffnet, in dem die Individuen der Rechtsmacht, dem Staat, auf einer Ebene begegnen können. Ihnen wird so die Möglichkeit gegeben, im Recht aktiv zu werden und gestaltend auf es einzuwirken: Sie erhalten durch diese Art von Rechten einen öffentlichen, ja politischen Auftritt auf der Bühne des Rechts.⁸⁵ Dies gilt zunächst für den Auftritt vor Gericht. Damit ging die Erfahrung einher, dass sich das Recht durch eigenes Einwirken auch gegen den Staat mobilisieren und sich der Gang des Rechts verändern ließ. Die Idee einer öffentlichen Beteiligung der Individuen an der politischen Hervorbringung des Rechts manifestiert sich heute in den politischen Teilnahmerechten, die allerdings im Unterschied zu Klagerechten weitgehend den Angehörigen der jeweiligen politischen Gemeinschaft, den Bürger_innen im exklusiven Sinn, vorbehalten sind.⁸⁶

In der geschichtlichen Praxis wirken die beiden hier skizzierten gedanklichen Linien der Rechte nicht isoliert voneinander. So dient die

84 Honneth stützt sich hier insbesondere auf Jeremy Waldron. (vgl. Waldron 1993) Auch Christoph Menke argumentiert, dass die im 18. Jahrhundert institutionalisierten bürgerlichen Rechte und die im 20. Jahrhundert etablierten sozialen Rechte ungeachtet ihrer historischen Distanz »*dieselbe* Grundidee subjektiver Rechte, also die Grundidee des bürgerlichen Rechts« zum Ausdruck bringen. (Menke 2015, 222, Hervorh. im Original) Gleichermaßen, wenn auch nicht in gleicher Weise, liegt beiden Typen von Rechten der private Eigenwille des Subjekts zugrunde. Aus der rechtlichen Ermächtigung des Eigenwillens folgt, so Menke, das Recht auf soziale Teilhabe. Denn diese ist ein Recht auf die gesellschaftlichen Mittel zur Verwirklichung des individuell Gewollten. (vgl. ebd., 221–223)

85 Zur Bedeutung der rechtlichen Klage als Mittel der Gegen-Politik in der Demokratie vgl. Sheplyakova 2016. Den öffentlichen oder politischen Charakter der Klagerechte und damit das ihnen inhärente Moment aktiven Teilnehmens an der Rechtsordnung stellt ebenfalls Menke heraus. (vgl. Menke 2015, 232f.)

86 Während die bürgerlichen Freiheitsrechte und die sozialen Teilhaberechte eine negative Freiheit garantieren, ermöglichen die politischen Teilnahmerechte eine Kooperation im Sozialen. Nicht Eigenwille, sondern Intersubjektivität wird hier realisiert. Zum Zusammenhang von Freiheits- und Teilhaberechten einerseits, politischen Teilnahmerechten andererseits vgl. Habermas 1996, der zwischen subjektiver Handlungsfreiheit und öffentlicher Autonomie, zwischen Privatrechtssubjekt und Staatsbürger ein

Möglichkeit der Klage nicht nur allgemein der Sicherung gegen gesetzlose oder gesetzübertretende Herrschaft, sondern wird zunehmend dort in Anspruch genommen, wo es um die Sicherung des je Eigenen der Individuen, um den Schutz ihrer individuellen Freiräume gegen jedweden Eingriff geht. Dieser individuellen Seite der Klage wende ich mich nun etwas genauer zu.

Vom gemeinen zum eigenen Nutzen: Die Rechte der Ökonomie

In der Weise, wie Klagen rechtlich vorgebracht werden, ist seit dem 16. Jahrhundert eine Verschiebung in der Argumentation zu verzeichnen, die von großer Bedeutung für die Etablierung eines individuellen rechtlichen Status ist. Gemeint ist die argumentative Verlagerung vom ›Gemeinnutz‹ zum ›Eigennutz‹. Sie hat zur Individualisierung des Rechtsanspruchs entscheidend beigetragen.

Noch im Bauernkrieg von 1524/25 wurden bauerliche Klagen mit dem Hinweis formuliert, dass die Herrschaft die Orientierung am ›Gemeinnutz‹ verloren habe. ›Gemeinnutz‹ oder ›gemeiner Nutz‹ gilt seit dem Ende des Mittelalters und bis ins 18. Jahrhundert als Inhalt guter Politik: »›Gemeiner Nutz‹ ist der Kern der ›guten Policey‹, ist Rechtfertigung, zuweilen auch Überhöhung der Tätigkeit des frühmodernen Staates.« (Schulze 1987, 171) Einerseits ist ›Gemeinnutz‹ somit als Synonym gerechter Herrschaft zu verstehen, wobei mit gerechter Herrschaft sowohl der normativ richtige Zustand als auch die normativ richtige Praxis gemeint ist. Andererseits bezeichnet der Begriff des Gemeinnutzes zugleich, wie der lateinische Begriff *res publica*, das Gemeinwesen selbst in einem schlicht deskriptiven Sinn, also unabhängig von der normativen Frage guter Herrschaft. In der ersten Bedeutung, als normatives Kriterium, ließ sich der Begriff in zweierlei Weise in Anspruch nehmen: Er diente als Legitimationsformel obrigkeitlicher Maßnahmen, konnte aber zugleich durch die Untertanen herrschaftskritisch gegen den Staat in Stellung gebracht werden, etwa im Rahmen rechtlich geführter Klagen.⁸⁷ (vgl. Schulze 1988, 273) Am Gemeinnutz hatte sich ferner nicht nur das Handeln des Staates, sondern auch jenes der

wechselseitiges Bedingungsverhältnis postuliert. In ähnlicher Richtung argumentiert Brunkhorst 1999; im Hinblick auf eine neue Form von Rechten wird der Zusammenhang dagegen von Menke 2015, Teil IV, insbes. Kap. 14 entwickelt.

- 87 Darin, dass der Begriff des Gemeinnutzes auch gegen die staatliche Herrschaft gerichtet und nicht nur zur Legitimation ihres Handelns gebraucht werden konnte, unterscheidet er sich vom späteren Begriff der Staatsräson. (vgl. Schulze 1986, 600; zur frühneuzeitlichen Staatsräson näherhin v.a. Stolleis 1990) Später gebräuchliche Begriffe, die auf der semantischen

Individuen zu orientieren. (vgl. Schulze 1986, 597–599) Der Wertschätzung des Gemeinnutzes steht der Misskredit des eigennützigen Verhaltens gegenüber:

»Der Eigennutz ist in der ständischen Gesellschaft der verbreitetste Negativbegriff sozialen Verhaltens. [...] Insbesondere der Bereich des modernen Wirtschaftsverhaltens tendierte zur Charakterisierung durch den Begriff des Eigennutzes, und in den Schriften gegen die Monopolgesellschaften [die ›Monopolia‹ oder ›Monopolien‹, J.H.] zu Beginn des 16. Jahrhunderts taucht kein anderer Begriff häufiger auf als der Vorwurf des Eigennutzes.« (ebd., 600)

Diese Wertskala des lobenswerten Gemeinnutzes und des verächtlichen Eigennutzes war noch intakt, während sich in der Praxis die Auffassung abzuzeichnen begann, die später »den eigentlichen Inhalt bürgerlichen Sozialverhaltens darstellen sollte« (Schulze 1987, 172): der Vorrang des Eigennutzes vor dem Gemeinnutz. Das Konzept des individuellen ›Bedürfnisses‹ gewann entsprechend grundlegende Bedeutung für ein neues Verständnis der Wirtschaftsgesellschaft. (vgl. Schulze 1986, 610f.) Prominent manifestierte es sich in der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts bei Adam Smith sowie im späten deutschen Kameralismus, etwa bei Johann Heinrich Gottlob von Justi. (vgl. Landwehr 2000a, 78f.) Worauf es hier ankommt: Das Konzept einer auf individuelle Bedürfnisse gerichteten Ökonomie setzt nach Schulze wesentlich früher an, früher noch als am Beginn des 18. Jahrhunderts, an dem Bernard Mandevilles *Bienenfabel* einen Ansatzpunkt bietet. (vgl. Schulze 1986, 602–604) Sichtbar wird der Aufstieg des Eigennutzes als ein *normatives Konzept* bereits im 16. Jahrhundert. Prägnantes Beispiel ist die Schrift des Ulmer Bürgers Leonhard Fronsberger, die den Titel *Von dem Lob des Eigennutzen* trägt und 1564 in Frankfurt erschien. Dazu schreibt Schulze: »Man wird kaum umhin können, in Zukunft die Geistesgeschichte des Eigennutzbegriffes vom London des Jahres 1706 [Mandevilles *Bienenfabel*, J.H.] in das Frankfurt am Main des Jahres 1564 zu verlegen, um es etwas zugespitzt zu formulieren.« (ebd., 606) Den Wertewandel deutet Schulze im Zusammenhang mit, ja als Folge von fundamentalen Veränderungen der Lebensbedingungen im sich durchsetzenden Frühkapitalismus. (vgl. ebd., 604f., 613f. und 625f.)

Der Bruch mit dem Primat des Gemeinnutzes manifestiert sich in verschiedenen Bereichen des gesellschaftlichen Lebens: in den sich gegen Ende des 16. Jahrhunderts häufenden Anzeichen für eine stärker individualistische Ethik, greifbar besonders in der Literatur zweiten Ranges,

Linie von ›Gemeinnutz‹ liegen, sind dagegen ›Wohlfahrt‹, v.a. aber ›salut public‹.

die zuweilen direkter auf zeitgenössische Tendenzen reagiert (ebd., 615f. und 619); oder in der Religion, die im Gewissen einen Raum für dissidentierende religiöse Überzeugungen lässt.⁸⁸ Von herausragender Bedeutung ist die steuertheoretische und -praktische Diskussion des späten 16. und frühen 17. Jahrhunderts. (vgl. ebd., 616–619) In ihr findet sich der relevante Zusammenhang zwischen staatlicher Herrschaft, Eigennutz und wirtschaftlichem Profit: Die Relation von *commodum publicum* und *commodum privatum*, die Idee also, dass der staatliche Wohlstand den Wohlstand der Bürger zur Voraussetzung hat, gewinnt in dieser Diskussion an Einfluss. Weil der Staat steuerpolitisch an reichen Bürgern interessiert war, richtete sich sein Interesse auf deren Wohlstand: »Die Steuerliteratur, die Steuerrechtfertigungslehren des 16./17. Jahrhunderts bieten mannigfaches Belegmaterial für die Einsicht, daß die gute Finanzlage des Fürsten nicht durch bloßes Abschöpfen der Erträge, sondern durch Unterstützung der wirtschaftlichen Tätigkeit gesichert werden kann.«⁸⁹ (Schulze 1987, 173) Wendet der Staat sein Interesse auf den Wohlstand der Bürger, dürfen deren Interessen mit dem staatlichen nicht leichthin kollidieren: Gemeinnutz und Eigennutz beginnen sich zu überlagern.⁹⁰

In dieser Überlagerung ist die Voraussetzung zu sehen, dass sie sich unter verkehrter Wertehierarchie wieder voneinander lösen können. Der Eigennutz ist nun nicht mehr das geschmähte Gegenstück des Gemeinnutzes, sondern gibt diesem die Orientierung und wird zum übergeordneten Maßstab. Divergieren die Interessen von Staat und Bürgern, so hat sich nun weniger der Bürger nach dem Gemeinnutz sondern der Staat nach dem Eigennutz zu richten. So überwiegt in der Steuerlehre die »Nothdurft der Untertanen« als Rechtsgut die vermeintliche »Nothdurft des Staates«. Es ist daher die *steuertheoretische*

88 Vgl. Schulze 1988, 282–286 sowie Schulze 1986, 619. In der im Anschluss an den Augsburger Religionsfrieden von 1555 zunehmenden Individualisierung der Konfession sieht Schulze den wichtigsten Bereich eines neu entstehenden privaten Handlungsspielraums. In einer seiner offen antisemitischen Deutungen hatte Carl Schmitt in der Freistellung des inneren Glaubens den Einsatzpunkt für die liberale (in seinem Verständnis: liberal-jüdische) Zerstörung staatlicher Macht, d.h. für die Tötung des Leviathan gesehen. (vgl. Lev, Kap. 5)

89 Vgl. ähnlich Landwehr 2000a, 73f., der allerdings zu Recht betont, dass der Staat bzw. die ihn regierenden Kreise das wirtschaftliche Wohlergehen der Bevölkerung nicht allein aus Eigeninteresse, sondern auch aus Interesse am Wohl der Bevölkerung selbst suchten.

90 »Staatszweck, Freiheit des Individuums und Menschenrechte fallen zusammen«, heißt es bei Diethelm Klippel, allerdings bezogen auf die spätere Situation Ende des 18. Jahrhunderts und das dann entwickelte jüngere Naturrecht. (Klippel 1976, 131f.)

Diskussion, in der sich unabwiesbare Individualrechte herausbilden. (vgl. Schulze 1987, 174f.)

Eben dies hat entscheidenden Einfluss auf die Weise, *wie* gegen die gesetzlose oder gesetzübertretende Herrschaft des Staates Klage erhoben wurde: Die Begründungen verlagern sich von der Ebene des Gemeinnutzes, auf der sie bisher vorgetragen worden waren, auf die Ebene individueller Rechte. (vgl. ebd., 170) Was Luhmann hinsichtlich der Rechte des 18. Jahrhunderts vorbringt, gilt dabei auch für das 16. Jahrhundert: Es geht nicht einfach um die Freiheit der Individuen, sondern um die Funktion dieser Freiheit. In der Frühen Neuzeit tritt weniger die Funktion hervor, welche die Rechte für das Recht und für die Gesellschaft haben (vgl. Kapitel 4.2), als vielmehr ihre Funktion für den Staat. Die Individualrechte erhalten Bedeutung im Zusammenhang mit der Theorie und Praxis der Steuern. Die Steuern sind ein Mittel des Staates und zugleich ein Instrument zur Regulierung der Bevölkerung. Denn durch Steuern wird die Bevölkerung, wie oben mit Vogl angedeutet, administrativ erfasst und dadurch für den Staat und seine Maßnahmen greifbar. Individualrechte, wie sie sich historisch im 16. Jahrhundert herausbilden, entstehen in einem Zusammenhang, der ihre Freiheit nicht allein zum Zweck hat, sondern zugleich als Mittel braucht. Das bedeutet keineswegs, dass die Freiheit nicht auch zugleich von den Untertanen gefordert und zu emanzipatorischen Zwecken in Anspruch genommen worden ist.⁹¹ Die Nutzung der Freiheit als Mittel erfolgt nicht an Stelle, sondern *neben* ihrer Verfolgung als Zweck.

Die Möglichkeit der Nutzung individueller Rechte durch den Staat ergibt sich aus ihrem Zusammenhang mit dem staatlichen Wirtschaftsleben.⁹² Bemerkenswert ist, dass diese Einsicht nicht nur das Handeln des Staates leitet und ihn dazu führt, den Untertanen größere ökonomische Freiheitsräume zuzugestehen. Auch von den Untertanen selbst wird diese Einsicht gegenüber dem Staat schon früh geltend gemacht. Instrukтив ist dafür der Fall des Augsburger Patriziers und Stadtschreibers Konrad Peutingen, der im ersten Drittel des 16. Jahrhunderts verschiedene

91 Eindrücklich wird dies an den *Zwölf Artikeln der oberschwäbischen Bauern* von 1525 (Bauernkrieg) deutlich. Wenn die Artikel auch keine politische Umsetzung erfahren haben (die Bauern haben den Krieg nicht gewonnen), so hatte insbesondere der die Freiheitsforderung enthaltende Art. 3 bei Bauern, Theologen und den Herrschenden unterschiedlichen, aber jeweils großen Nachhall gefunden. Dazu sowie zur Geschichte des Freiheitsbegriffs im Rahmen des Widerstands im deutschen Sprachraum vgl. Blicke 2003, hier 90f.

92 Besonders auffällig ist dies wiederum an der historischen Genese der deutschen Territorialstaaten, die »weniger durch eine endogene Entwicklung von Wirtschaftsgesellschaft als durch eine staatlich organisierte Gesellschaft charakterisiert ist«. (Schulze 1986, 619)

Stellungnahmen zur Monopolfrage verfasst hat. Als ›Monopol‹ galt ihm jede obrigkeitliche Aufhebung der privaten wirtschaftlichen Handlungsfreiheit. Mit einem neuen Wirtschaftsethos, das »in seiner Grundsubstanz völlig individualistisch« ist (Bauer 1954, 193), indem es auf Eigennutz und persönliches Gewinnstreben abstellt, verbindet sich eine Vorstellung der Harmonie des Privaten mit dem Öffentlichen. Bei Peutingeringer erscheint ›die Wirtschaft‹, wie Clemens Bauer hervorgehoben hat, als ein eigenständiges Gebilde, als »Gesamtwirtschaft«, die nur prosperiert, wenn der konstitutiven Beziehung zwischen individueller Freiheit und allgemeinem Wohl Rechnung getragen wird. Eine Einschränkung der Freiheit – der privaten ökonomischen Initiative – beeinträchtigt unter diesem Gesichtspunkt das Funktionieren der Gesamtwirtschaft und schmälert dadurch das allgemeine Wohl. Denn, so resümiert Bauer Konrad Peutingers Standpunkt: »Das allgemeine Wohl, die *utilitas publica*, erwächst ganz selbstverständlich aus der konsequenten Verfolgung des Privatwohls, d.h. der privaten Interessen und des Eigennutzes im Spiel der Interessen; Reichtum und Wohlfahrt des einzelnen verbürgt den allgemeinen Wohlstand und damit das Gemeinwohl.« (ebd., 194) Das Gemeinwohl ist, ökonomisch gesprochen, nichts anderes als das sich auf Seiten der Bevölkerung äußernde Funktionieren der ›Gesamtwirtschaft‹. Die Freiheitsrechte der Individuen zu fördern verspricht, aus Sicht des Staates, eine größere Wirtschaftsleistung der Bevölkerung und damit höhere steuerliche Erträge. An den individuellen Rechten hat der Staat nicht nur, aber auch deshalb ein Interesse, weil sie die *Bevölkerung* als Phänomen auftauchen lassen und produktiv machen. Letzteres tun die Rechte in einer doppelten Weise. Erstens trägt die durch Rechte etablierte ökonomische Freiheit dazu bei, dass sich die Produktivität der Bevölkerung steigert. Zweitens erhält der Staat durch den über Rechte installierten Status der Rechtsperson Zugang zur Produktivität der Untertanen, denn es wird ihm möglich, sie als gleiche Individuen steuerrechtlich zu adressieren.

Verwaltung durch Freiheit: Die Bevölkerung als ›materia reipublicae‹

Mit dem Phänomen ›Bevölkerung‹ ist hier eine Relation bezeichnet: ›Bevölkerung‹ meint eine Weise, in welcher der Staat die Individuen als Kollektiv sieht und behandelt. ›Bevölkerung‹ sind die Individuen insofern, als sie dem Staat als Gegenstand seines – vorzugsweise ökonomischen – Interesses und Handelns erscheinen. Deutlich wird diese Sicht des Staates auf die Individuen insbesondere in Werken der *Arcana*-Literatur. (vgl. Kapitel 2.1) Im Hinblick auf die 1617 erstmals privat gedruckte und 1644 öffentlich herausgebrachte Schrift *Fünff Vnderschiedliche Secreta Politica* des Straßburger Universitätsvorstehers und Ratsherrn Georg

Obrecht hat Hans Maier bemerkt: »Zum ersten Mal wird das aus seinen ständischen Bindungen gelöste Individuum, die abstrakte ›Bevölkerung‹ als Gegenstand der Verwaltung entdeckt.«⁹³ (Maier 1980, 130) Diese Verwaltung orientiert sich nicht mehr am gemeinen Nutzen, sucht weniger die gute und gerechte Ordnung des Gemeinwesens als die materielle Steuerkraft der Einwohner. Die »alte Verbindung von Politik und Ethik« lockert sich, die ›gute Policey‹ wird bloße Polizei, ein oder *das* Instrument »zur Steigerung des ›Staates‹«. (ebd.) Der normative Inhalt des Staates tritt hinter seiner technischen Form zurück, einer verwalteten und verwaltenden Form, die der Hervorbringung und Erhaltung staatlicher, staatsökonomischer und staatsfinanzieller Potenz dient. Dazu Maier:

»So ist es im Grunde gleichgültig, *was* die Polizeiordnungen im einzelnen befehlen: nur auf die pünktliche Durchführung, das lückenlose Funktionieren des Verwaltungsapparates, das Wie des Vollzugs kommt es an. Es ist daher kein Fehler im System und auch kein Zufall, daß bei Obrecht die Verwaltungstechnik schließlich den Sieg über jede – wie immer geartete – *inhaltliche* Vorstellung von ›guter Polizei‹ davonträgt.« (ebd., Hervorh. im Original)

Obrecht habe, so Maier weiter, »den Staat als verwaltungstechnische und ökonomische Einheit neuentdeckt« und den historischen Zusammenhang von territorialer Staatswerdung und Verwaltungstechnik formuliert: »Die Technizität, die seine Schriften beherrscht, ist auch die des werdenden Territorialstaats. Hier wie dort schrumpft das Politische auf die Maße des Polizeilichen, der Staat auf die Staatsapparatur zusammen.« (ebd., 131) Die Bevölkerung wird so zur polizeilich geformten Materie des Staates.

Dass dies keine nachträgliche Einschätzung ist, sondern im 17. Jahrhundert als empirische Einsicht verbreitet war, zeigen lateinisch verfasste Abhandlungen des Wissenschaftsbetriebs. Maßgebend ist dabei die Unterscheidung zwischen *republica* und *civitas*, der die Unterscheidung von *forma* und *materia* entspricht. So schreibt der Gießener Politikwissenschaftler Christian Liebenthal 1619: »Distinguitur proinde civitas a republica ut materia a forma«⁹⁴ – »Folglich wird die *civitas* (die Bürgerschaft, Bevölkerung) von der *republica* (Gemeinwesen, Staat) unterschieden wie die Materie von der Form«. Dass die Bevölkerung *materia reipublicae* – Materie der Republik – ist, deutet darauf hin, dass es

93 Zum Auftauchen der Bevölkerung als Objekt der Politik vgl. auch Foucault 2006a sowie Foucault 1999, insbes. die Vorlesung vom 17. März 1976.

94 Christian Liebenthal, *Collegium politicum in quo de societatibus, magistratibus, iuribus majestatis, et legibus fundamentalibus [...] tractatur*, Giessen 1619; hier zitiert nach Schulze 1987, 175.

zur Differenz von Staat und Gesellschaft nicht erst im späten 18. Jahrhundert kam, sondern deren Trennung ökonomisch bedeutend früher vorbereitet wurde. (vgl. Schulze 1987, 176) Die Bevölkerung als eine eigenständige, vom Staat verschiedene Größe entsteht in einem bemerkenswerten doppelten Prozess: durch ihre zunehmende normative Regulierung *und* durch die Einräumung neuer Freiheiten, das heißt durch Rechte. Bei der Regulierung durch Normen und der Freistellung durch Rechte handelt es sich nicht um zwei einander äußerliche Vorgänge. Sie sind vielmehr innerlich miteinander verbunden. Auf der einen Seite eröffnet die zunehmende Normierung auch neue Handlungsoptionen, etwa durch die Instrumentalisierung der Polizeyordnungen zu individuellen Zwecken, die mit den Zielen der Obrigkeit keineswegs übereinstimmen mussten.⁹⁵ Auf der anderen Seite ließen sich, wie angedeutet, individuelle Rechte zur Regulierung und Normalisierung der Bevölkerung nutzen. Auf dieser zweiten Seite liegt in unserem Zusammenhang der Fokus.

›Subjekt-Objekt‹: Zur Regierung von Naturalität bei Foucault

Foucault hat darauf aufmerksam gemacht, dass Freiheit eine »Technik der Regierung« darstellt, dass Macht als eine »Steuerung« auftreten kann, die sich »nur durch die Freiheit und auf die Freiheit eines jeden sich stützend« vollziehen kann, und er hat argumentiert, dass das Objekt dieser Regierung und das Ziel dieser Steuerung insbesondere die ›Bevölkerung‹ ist. (Foucault 2006b, 78f.) Dieses Regieren, das die Dinge mehr zu steuern denn zu reglementieren sucht, nennt Foucault »Verwaltung«.⁹⁶ (vgl. ebd., 161 und 506–508) Die Bevölkerung zu regieren, heißt, sie zu verwalten: die Freiheit der Individuen zu steuern, aus denen sie sich zusammensetzt. Dass Verwaltung in diesem Sinn als angemessene Form des Regierens verstanden werden kann, hat mit der Beschaffenheit des regierten Objekts zu tun. Die Bevölkerung wird als ein naturhaftes Phänomen begriffen, ihr eignet eine »intrinsische Naturalität«. (ebd., 504) Sie erscheint so nicht als eine Menge anweisungsempfänglicher Untertanen, sondern als eine Gesamtheit natürlicher Prozesse. Diese lassen sich nicht von außen bestimmen, sondern nur von innen durchdringen und modulieren. Voraussetzung dafür ist die Kenntnis der natürlichen Gesetzmäßigkeit der Bevölkerung, ihrer ›Ökonomie‹: »Die Bildung eines

95 Beispiele dafür gibt Landwehr 2000b, 57, 63, 67 und 69.

96 Ähnlich hat Albert O. Hirschman die Idee solchen Steuern beschrieben, deren Aufkommen er ins 17. Jahrhundert datiert: Steuerbar erschienen die Menschen dadurch, dass ihre Leidenschaften durch ihre ökonomischen Interessen angeleitet und dadurch eingedämmt wurden. (vgl. Hirschman 1980, 49–51)

Regierungswissens ist absolut untrennbar von der Bildung eines Wissens über all die Vorgänge, die sich im weiten Sinne um die Bevölkerung drehen, nämlich über genau das, was man die ›Ökonomie‹ nennt.« (Foucault 2006b, 159) ›Verwaltung‹ heißt, die Ökonomie der Bevölkerung zu kennen und zu fördern. Es bedeutet, den selbsttätigen Lauf der Dinge zu respektieren und in produktive Richtungen zu lenken. Insofern der Bevölkerung ihr Lauf gelassen wird, erscheint sie nicht als bloßes, passiviertes Objekt der Regierung, sondern als aktives und aktiviertes Subjekt. Zum *Objekt* des Regierungshandelns wird die Bevölkerung, indem ihre *Subjektqualität*, ihre *freie* Entfaltung, positiv aufgegriffen und gesteuert wird. Foucault spricht in diesem Sinn von der Bevölkerung als einem »Subjekt-Objekt«. (ebd., 117) Zum Subjekt-Objekt wird die Bevölkerung, indem sie als frei *konstituiert* und ihre Freiheit anverwandelt wird. Mit Blick auf das 18. Jahrhundert schreibt Foucault, »daß die Freiheit nicht nur als Recht der Individuen, das legitimerweise der Macht entgegensteht, gegenüber den Übergriffen und dem Machtmißbrauch des Souveräns oder der Regierung geltend gemacht wird, sondern die Freiheit ist nun zu einem unverzichtbaren Bestandteil der Gouvèrnementalität selbst geworden.« (ebd., 506) Die Verwaltung der Freiheit dient der »Steigerung der Staatskräfte«. (ebd., 500) Der Staat verwandelt sich die Freiheit an, um sich die Produktivität der Bevölkerung zunutze und zu eigen zu machen.

Foucault verortet das Auftauchen der Bevölkerung allerdings nicht im 16., sondern erst im 18. Jahrhundert. (vgl. ebd., 103 und 159) Und er sieht in der Bevölkerung »keine Menge von juristischen Subjekten«, vielmehr »eine ganz andere Sache [...] als eine Menge von Rechtssubjekten«. (ebd., 114f.) Dieses ganz Andere, das mit der Bevölkerung erscheint und Foucault zufolge das Rechtssubjekt ablöst, ist der »Mensch«. (ebd., 120 sowie Foucault 1974) Diese zwei Punkte treffen meines Erachtens nicht zu. Ich möchte dagegen argumentieren, dass das Phänomen der Bevölkerung, das Foucault überzeugend beschreibt, sich schon im 16. Jahrhundert herausbildet, und zwar gerade durch die Konstitution des Menschen nicht als Menschen, sondern als Rechtssubjekt, das heißt als berechnete Person. Ein Grund, warum Foucault dies anders sieht, mag darin liegen, dass er die Freiheit, die er im Blick hat, nicht juristisch versteht, sondern sie dem Juristischen, das er mit Regulierung durch Gesetze eng führt, vielmehr entgegensetzt.⁹⁷ Mir scheint es hingegen entscheidend, die Freiheit der Individuen, die das Kollektiv der Bevölkerung bilden, gerade in ihrem rechtlichen Charakter aufzufassen und als ein Moment *rechtlicher Regulierung* begreiflich zu machen, das

97 So schreibt Foucault, ganz am Ende seiner Vorlesungsreihe zu *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung*: »Es muß einen Moment geben, wo die Bevölkerung, da sie mit allen Bindungen des Gehorsams bricht, tatsächlich das

zur *rechtlichen Reglementierung* durch Gesetze und andere Normen ergänzend hinzutritt.

*Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung und
der Aktionscharakter des modernen Rechts*

Die Frage, die hier interessiert, richtet sich vor diesem Hintergrund darauf, wie die Verdinglichung der Individuen, ihre Betrachtung als Staats-Materie, mit ihrer Ausstattung mit Rechten und den dazugehörigen Freiheiten zusammenhängt. In diesem Zusammenhang zeigt sich eine Dialektik von Berechtigung und Entrechtung, von Freiheit und Objektivierung, die auch das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten prägt. Dass der Zusammenhang von Berechtigung und Entrechtung, von Freiheit und Herrschaft dialektisch ist, bedeutet, dass hier kein äußerer Gegensatz vorliegt. Vielmehr gibt es in Berechtigung und Gewährung von Freiheit einen Umschlagspunkt, an dem ihre Wirkung entrechtend und ›entfreiend‹ wirkt. Umgekehrt zeigt sich, etwa an der erwähnten Aneignung und Instrumentalisierung frühneuzeitlicher Policeyordnungen, dass auch zunehmende Normierung neue, zuvor nicht gegebene Gestaltungsräume und Handlungsoptionen eröffnet. Dieser zweiseitig dialektische Zusammenhang wird hier von einer Seite, der Seite der individuellen Rechte bzw. der Menschenrechte beleuchtet.

Mit der Dialektik der Rechte sind dabei nicht einfach die Fälle gemeint, in denen der Verweis auf die Erhaltung oder Durchsetzung von Menschenrechten als problematische Rechtfertigung für einen Ausnahmezustand im Innern oder für eine außenpolitische militärische Intervention in Anspruch genommen wird.⁹⁸ Die hier gemeinte Dialektik ist grundsätzlicher zu verstehen. Das Maßnahmehandeln des Ausnahmezustands ist der Berechtigung durch Menschenrechte nicht nur äußerlich, lässt sich nicht allein als ihr ›Anderes‹ etikettieren. Den beiden rechtlichen Phänomenen eignet eine bedeutende Gemeinsamkeit, insofern Maßnahme und Berechtigung beide den *Handlungscharakter* und damit das wesentliche Merkmal des modernen Rechts zur Geltung bringen. Das moderne Recht

Recht haben wird, und zwar nicht in juristischen Begriffen, sondern in Begriffen von wesentlichen und Grundrechten, alle Bindungen des Gehorsams, die sie zum Staat unterhalten kann, abubrechen, und künftig zu sagen, indem sie sich gegen ihn erhebt: Das ist mein Gesetz, das Gesetz meiner eigenen Forderungen, das Gesetz meiner Natur als Bevölkerung, das Gesetz meiner Grundbedürfnisse, das diese Regeln des Gehorsams ersetzen soll.« (Foucault 2006b, 511)

98 Zur Legitimation außenpolitischer Interventionen durch Menschenrechte vgl. Maus 1999, 289–292.

ist wesentlich ›Aktionsrecht‹: Durch Recht und mit seinen Mitteln kann gehandelt werden. Die Maßnahmen und die Rechte sind zwei Weisen, in denen Handeln eine rechtliche Form annimmt. Insofern besteht zwischen der Verdinglichung der Individuen im Ausnahmezustand, ihrer Reduktion auf eine durch Maßnahmen regulierte Materie des Staates, und der Berechtigung dieser Individuen durch Rechte nicht allein eine Beziehung des Gegensatzes. Dabei beschränkt sich die Gemeinsamkeit nicht allein auf das *Faktum* des Handelns, sondern bezieht sich auch auf den spezifischen *Modus*, in dem gehandelt wird. Das Handeln erfolgt im Modus der Formung; es bezieht sich auf die Individuen als Teil einer Bevölkerung, die sich dadurch formen und produktiv machen lässt, dass die Individuen in ihrem Handeln durch Rechte ermächtigt und durch Maßnahmen limitiert werden. Dass die Individuen zur Materie für die Form der Republik werden, dass sie abtauchen in der ökonomisch formbaren Bevölkerung, geht mit ihrer Berechtigung nicht zufällig einher, sondern ist eine der Wirkungen individueller Rechte. Der Blick auf die Frühe Neuzeit legt nahe, dass die Institutionalisierung individueller Rechte auch – wenn auch nicht allein – um dieser Wirkung willen erfolgte. Instruktiv ist die Auseinandersetzung mit der Frühen Neuzeit, weil in der damaligen Verrechtlichung das Recht einen Handlungscharakter annahm, der in veränderter Weise auch für das moderne, vollpositivierte Recht maßgebend ist, wie ich mit Luhmann gezeigt habe.

Dass das frühneuzeitliche Recht weder heutige Ausnahmezustandsregime noch Menschenrechtsverträge kennt, steht dem heuristischen Gewinn nicht entgegen. Der frühneuzeitlichen Dialektik von Freiheit und Regulierung korrespondiert die moderne Dialektik von Menschenrechten und Ausnahmezustand in dem oben benannten systematischen, nicht in einem unmittelbar historischen Sinn. Die systematische Entsprechung legt nahe, dass subjektive Rechte nicht so verstanden werden können, dass sie *ausschließlich* der Emanzipation der Individuen von der Staatsmacht dienen. Durch die Rechte werden die Individuen nicht nur – und zunächst überhaupt nicht – zur konstituierenden Macht; sie werden durch Rechte nicht zur Form, sondern zur Materie des Staates. Dieser Aspekt der Materie, so das hier entwickelte Argument, bleibt auch dann wirksam, wenn die Individuen später, zumindest als Staatsbürger_innen demokratischer Rechtsstaaten, durch politische Rechte zum konstituierenden und formenden Moment des Staates werden.

Nun können die Rechte, die sich im (früh)modernen Steuerstaat ausbilden und durch die sich dieser herausbildet, aber auch nicht so verstanden werden, dass sie die Individuen zur bloßen, allein *körperhaften* und passiven Materie des Staates machen, wie insbesondere Agamben nahelegt. Dass die Individuen als Materie des Staates in den Blick kommen, bedeutet *nicht* ihre Passivierung und damit auch nicht ihre Ohnmacht. Zur Materie werden sie vielmehr *ermächtigt*. Ihnen wird das freie

Wirtschaften überlassen: Sie werden in einem ökonomischen Sinne befreit. Diese Befreiung manifestiert sich im 17. Jahrhundert in einer Veränderung des Eigentumsbegriffs. Zur semantischen Kernkomponente dieses Begriffs wurde die Idee der *freien Verfügungsmacht*, die über einen Gegenstand ausgeübt werden konnte. Gegenüber den anderen Aspekten des Begriffs – dem Zueigen-Haben und dem Gewalt-Haben über einen Gegenstand – setzte sich der Aspekt der agierenden Willkür, des freien Verfügens durch. Dass unter Eigentumsrecht zusehends »das Recht ungehinderter Verfügung über ein Objekt« verstanden wurde, bedeutet, so Renate Blickle, den »Anfang vom Ende des geteilten Eigentums«. (Blickle 1988, 89) Für das Eigene – sowohl den eigenen Nutzen wie den eigenen Gegenstand – ist die eigene *Aktivität* grundlegend. Die Förderung des Eigennutzes, um das staatliche Wohl zu steigern, setzte die Befreiung und die Berechtigung zu dieser Aktivität voraus.

Diese Form der Freiheit, einer »Freiheit des Sich-Rührens und Erwerbens aus eigener Kraft und mit eigenem Risiko«⁹⁹ (Bauer 1954, 166), wurde dabei nicht allein obrigkeitlich verordnet, sondern, wie das Beispiel Konrad Peutingers zeigt, schon im ersten Drittel des 16. Jahrhunderts als »Leitregel und Ordnungsprinzip« aktiv eingefordert.

Zwar blieb eine so deutliche Positionierung zugunsten von individueller Freiheit und Eigennutz zunächst eher marginal. Um 1600 findet sich dann allerdings im agrarischen Sektor sowohl von Amtsleuten wie von Gelehrten klar die Meinung formuliert, dass ein Gut ertragreicher bewirtschaftet ist, wenn es von einem Bauern gepachtet, als wenn es mit Frondiensten beackert wird. (vgl. Schulze 1987, 176) Dieselbe Einsicht wurde auch in anderen Gewerben gewonnen. Sie enthält im Kern den im 18. Jahrhundert durchschlagenden Gedanken, dass individuelle Wohlfahrt der gemeinen Wohlfahrt förderlich ist. Mit dem »gemeinen Nutz« ist die »gemeine Wohlfahrt« nicht zu verwechseln. Geht es bei ersterem noch vorrangig um die gute und gerechte Ordnung, so bei der letzteren um den starken, ökonomisch prosperierenden Staat. Nur die mit Rechten ausgestatteten und ökonomisch befreiten, das heißt selbstverantwortlich wirtschaftenden Bauern konnten die Materie abgeben, die ein solcher Staat zur Voraussetzung hat. Die Berechtigung ist das Mittel, durch die er diese Voraussetzung selbst setzt: Durch die Rechte wird die Materie so geformt, wie der Staat sie als Grundlage braucht. Diese Materie ist nicht entrechtet und passiviert, sondern berechtigt und aktiviert. Es handelt sich bei ihr nicht um eine Manifestation des nackten, zum bloßen Körper gemachten Lebens, sondern um eine Vor- oder Frühfigur der ihre eigenen Zwecke verfolgenden, frei wirtschaftenden Person. Aus solchen berechtigten Wirtschaftspersonen, nicht aus entrechteten Körpern besteht die

99 Freiheit und Risiko stehen in einem ökonomiegeschichtlichen Zusammenhang: Ins Deutsche wurde das Wort »Risiko« in den Jahrzehnten um 1500

Materie des Staates. Diese Personen sind freilich nicht nur zum Handeln *für* den Staat, das heißt zu seinen Gunsten berechtigt. Die Berechtigung ermöglicht den Individuen vielmehr auch und erstmals, *mit den Mitteln des Rechts* gegen den Staat vorzugehen. Die politische Materie – *materia reipublicae* – besteht somit aus Individuen, die nicht etwa, wie in Hobbes' Konzeption, ein nur natürliches Recht auf Widerstand haben – auf einen Widerstand, der, weil er sich gegen den Staat richtet, auch gegen das positive Recht gerichtet und insofern *nicht-rechtlich*, das heißt zwar legitim, aber illegal ist. Die Materie des Staates besteht vielmehr aus Personen, die – eben dies macht sie zu Personen – das juristische Recht auf einen *rechtlichen*, im Recht und mit dessen Mitteln stattfindenden Widerstand haben.¹⁰⁰ Eben deshalb handelt es sich bei dieser Materie nicht, wie Agamben argumentiert hat, um eine entpolitisierte, sondern um eine politische Materie.

Entscheidend ist dabei, dass die Untertanen in der Begründung ihrer Klage nicht nur ihre juristische, sondern zugleich ihre ökonomische Position als Materie des Staates zugrunde legten: Wo die Policey ohne rechtliche Grundlage in die freie Wirksamkeit der Bürger eingreift und ihre auf individuellen Wohlstand gerichtete Betriebsamkeit unterbricht, besteht Grund und Möglichkeit zur Klage. (vgl. Schulze 1987, 170) Die Individuen klagen damit gegen den Staat so, wie es der Staat von ihnen will, nämlich so, wie sie als seine Materie geformt wurden: Sie klagen

eingeführt und bezeichnete zunächst spezifisch »das kaufmännische Abenteuer«, d.h. die auf ökonomischer Freiheit beruhende private Handelsinitiative. (Kugler 1988, 132, insbes. Fn. 33)

- 100 Mit Blick auf die historischen Umstände, gilt es diese These sogleich einzuschränken. Beschrieben wurde hier die spezifische Situation im deutschen Reich, in dem die Beschwerderechte sowohl auf territorialstaatlicher Ebene als auch in den Ordnungen der Reichsgerichte fixiert waren. Der darin bestehende Unterschied zu den absolutistischen Verhältnissen etwa Frankreichs wurde nicht erst von Historiker_innen bemerkt, sondern war zeitgenössisch durchaus bewusst. (vgl. Schulze 1980, 84) Nur wo es eine Form rechtlicher Bindung auch der Herrschenden gab, konnten sich Beschwerderechte etablieren. Nur wo den Landesherren vorgeworfen werden konnte, dass sie gegen bestehendes Recht verstießen, konnte der Rechtsweg beschritten werden. Solche auch die Herrschenden bindenden Rechtsordnungen lagen in den deutschen Territorialstaaten in Form der »Landes-Verfassungen« vor. Entscheidend ist somit ein gewisses Maß an Rechtssicherheit, d.h. Verrechtlichung. Dem entspricht die Argumentation, mit der die Bauern ihren Widerstand geltend machten: »Im Spätmittelalter argumentiert der Bauer mehr mit der Billigkeit und dem Herkommen, in der Neuzeit mehr mit dem positiven, geschriebenen Recht.« (Blickle 1980, 303) An die Stelle von Naturrecht (»Billigkeit«) oder Gewohnheit (»Herkommen«) tritt die *Immanenz* des positiven Rechts – eine Beobachtung, mit der Luhmanns Darstellung übereinstimmt.

als um ihren eigenen Nutzen besorgte Bürger – ihre Klage ist ökonomischer Natur. Diese Sorge der Bürger um sich selbst muss der Staat wollen, weil er ihre Steuerkraft will. Doch auch wo er sein eigenes Interesse am Interesse der anderen nicht erkennt, muss er einlenken. Denn er ist, in einer verrechtlichten Welt, an das Recht gebunden. Zwar dient die rechtliche Durchdringung der Welt mitunter ihrer steuerlichen Verwaltung und somit ihrer ökonomischen Erschließung. Doch haben die rechtlichen Zwänge bindende Kraft auch dort, wo es nicht um diesen Zweck geht: Dass die Herrschenden *prinzipiell* ans Recht gebunden sind und nicht etwa nur insoweit, als das Recht mit den Zwecken des Staates übereinstimmt, ist die Kehrseite der über Rechte installierten Staatstechnik. In dieser Kehrseite liegt das bedeutende emanzipatorische Potential des modernen Rechts und der modernen Rechte.

Die Bindung der Herrschenden ans Recht ist auch die entscheidende Voraussetzung für die Gegenfigur der Rechte, den Ausnahmezustand. Erst das Faktum rechtlicher Gebundenheit und die damit einhergehende Einschränkung staatlichen Handelns verleiht dem Ausnahmezustand einen Sinn. Denn wo der *princeps legibus solutus* – der Fürst von den Gesetzen gelöst ist, besteht kein Bedarf für ein rechtliches Mittel, das die Lösung des Handelns vom Gesetz unter rechtlichen Vorzeichen ermöglichte. Erst »[m]it der Entfaltung konstitutioneller Staatlichkeit und der Annahme, dass es einen Staat gebe, der nicht an Herrschergehalt, sondern an Recht und Gesetz gebunden sei, öffnete sich die Diskussion um Staatsräson, Staatsnotstand und Gefahrenabwehr.« (Lüdtkke und Wildt 2008, 12) Der Ausnahmezustand ist damit »zunächst eine konstitutionelle Kategorie«; was ihn auszeichnet, ist »eine verfassungsprengende Kraft«. ¹⁰¹ (ebd., 9) Wie die Menschenrechte hat er seinen Ort im Recht, das zu überschreiten er ebenso wie jene beansprucht. Auch in Bezug auf die Rechtsfigur des Ausnahmezustands ist es erhellend, die Verrechtlichung in ihrer frühneuzeitlichen, vorkonstitutionellen Entwicklung zu betrachten. Für Verrechtlichung im Sinn der zunehmenden juristischen Normierung des Lebens ist vor allen Dingen die steigende Zahl von Policeyordnungen maßgebend. In ihnen kommt ein neues Rechtsverständnis zur Geltung, das Recht als Mittel der Intervention begreift. Die Relevanz für die Frage des Ausnahmezustands ergibt sich daraus, dass die frühneuzeitliche Verrechtlichung, die sich in den policeylichen Verordnungen manifestiert, wesentlich im Modus der Maßnahme erfolgt. ¹⁰²

¹⁰¹ Nicht immer aber ist der Ausnahmezustand verfassungsmäßig verankert, vgl. dazu oben, Kapitel 3.1.

¹⁰² Zum Zusammenhang von frühneuzeitlicher Policey und Ausnahmezustand vgl. die Deutung von Landwehr 2008.

*Recht als Intervention:
Der Zusammenhang von Policy und Ökonomie*

Gegenüber dem mittelalterlichen Rechtsverständnis bedeuten die Policyordnungen insofern eine entscheidende Innovation, als in ihnen der Setzungscharakter zum maßgebenden Charakteristikum des als geltend betrachteten Rechts wird. Policyordnungen rekurrieren weniger auf Tradition und bestehende Privilegien, sondern weisen in ihren Präambeln den autoritären Rechtsetzungsakt als Grundlage der Geltung aus – nicht ohne zugleich dem Bedauern Ausdruck zu verleihen, dass solche gesetzlichen Maßnahmen nötig geworden sind. (vgl. Landwehr 2008, 47–49) Die Folge davon war, »dass die Obrigkeit zur einzigen Quelle des Rechts wurde«; insofern kann man in der frühneuzeitlichen Policy »einen markanten Epochen Einschnitt in der Gesetzgebungsgeschichte wie auch in der Geschichte der Staatsgewalt« sehen. (ebd., 47) Im Ergebnis hält Landwehr fest, dass der Ausnahmezustand des 16./17. Jahrhunderts zu demjenigen des 20. Jahrhunderts und der Gegenwart in einem spiegelbildlichen Verhältnis steht. Während es den modernen Ausnahmezustand kennzeichnet – hier folgt Landwehr der Deutung Agambens –, dass die Gesetzeskraft aus dem Gesetz heraustritt und auf die situative Maßnahme übergeht, wird in der Frühen Neuzeit »eine bis dato transzendent begründete« Kraft in das Gesetz »hineingeholt«. (ebd., 61) Nicht die Maßnahme, sondern das Gesetz selbst ist das Mittel, um auf die Ausnahmesituation zu reagieren und die Ordnung wieder herzustellen. Merkmal der obrigkeitlichen Souveränität ist entsprechend nicht, das Gesetz zu suspendieren, sondern es zu setzen.

Im Phänomen der Policyordnung wird die grundlegende Ambivalenz greifbar, die in die Idee eines *gesetzten* Rechts eingeschrieben ist. Diese Ambivalenz des positiven Rechts gründet in einem spezifischen Aspekt seiner Kontingenzt: im Aspekt der Gestalt- oder Machbarkeit. Das gesetzte Recht ist ein Recht, das in der Gegenwart und in der Gesellschaft selbst gemacht wird. Darin unterscheidet es sich einerseits von einem Recht, das auf Tradition beruht und seit jeher gilt, andererseits von einem Recht, das auf Natur, Gott oder der Vernunft beruht und ewig gilt. Das *gesetzte* Recht ist kein *gegebenes* Recht; es ist vielmehr ein Recht, durch das die Menschen in den Gang der Dinge eingreifen und sie gestalten. Dieser Eingriffscharakter zeichnet das Recht der Policy in besonders deutlicher Weise aus. Der interventionistische Zug schafft auch die Verbindung zwischen frühneuzeitlicher Policy und moderner Polizei, auf deren souveränes Ausnahmehandeln Benjamin und Agamben hingewiesen haben.¹⁰³

¹⁰³ Die das souveräne Handeln der Polizei charakterisierende Ambivalenz haben Benjamin und Agamben dabei je verschieden akzentuiert: Benjamin als Spannung von Rechtserhaltung und Rechtsetzung, Agamben als Spannung

In der frühneuzeitlichen Policy ist das interventionistische Moment allerdings sichtbar mit der Produktion von positivem Recht verschränkt: »[D]ie Verordnungen, die im Rahmen frühneuzeitlicher Policy erlassen wurden, [waren] zunächst implizit, später auch explizit darauf ausgerichtet, verändernd in das gesellschaftliche Gefüge einzugreifen.« (ebd., 46) Die Idee, dass es möglich und nötig ist, in die rechtliche Ordnung einzugreifen und sie *verändernd* zu gestalten, steht im Kern der Idee des positiven Rechts, wie ich mit Luhmann gezeigt habe. Das gesetzte Recht ist nicht das Gegenteil der Maßnahme, sondern eine Gestalt davon. Die Gesetze sollen nicht nur Stabilität, also Rechtssicherheit und Schutz vor Intervention bieten, sondern Veränderung bewirken. In der frühen Geschichte des positiven Rechts sind Gesetze Interventionen. Positives Recht ist nicht nur gemachtes, sondern machbares oder – wie Luhmann es beschreibt – »in der Gesellschaft selbst entscheidbares« Recht. (Luhmann 1999, 122) Die Machbarkeit bezieht sich nicht allein auf das Recht, sondern in einem ersten Schritt auf das, was durch es gemacht (die gegenwärtige Ordnung) oder verändert werden soll (die aktuelle Unordnung). An den Policyordnungen zeigt sich deutlich diese *ordnungsproduzierende* und nicht nur -erhaltende Qualität.

Der neue, produktive Charakter des Rechts – mithin die Idee, dass es überhaupt ein *neues* Recht geben kann – umfasst somit drei Aspekte: Erstens die Vorstellung, dass die soziale Wirklichkeit, auf die sich das Recht bezieht, in den Bereich des menschlich Mach- und Veränderbaren fällt. Zweitens und davon abhängig die Vorstellung, dass sich das Recht selbst, als ein Teil dieser sozialen Wirklichkeit, variieren und erneuern lässt. Drittens schließlich die Überzeugung, dass im Recht das geeignete Mittel liegt, um auf die Wirklichkeit einzuwirken; dass also die Gestaltung der Wirklichkeit durch die Schaffung neuer Rechtslagen erreicht werden, kurz: dass gesellschaftliches Handeln die Form von Rechtshandeln haben kann. So schreibt Landwehr: »Anhand der Policyordnungen lässt sich ein Prozess ablesen, der sich für das 17. Jahrhundert auch in anderen Bereichen feststellen lässt. Wirklichkeit wurde nicht mehr allein als etwas Gegebenes, sondern mehr und mehr als etwas Machbares begriffen.« (Landwehr 2008, 53)

Die Funktion des Rechts wurde in der Frühen Neuzeit zunehmend nicht mehr in der Erhaltung oder Restitution der Ordnung, sondern in ihrer *Hervorbringung* gesehen. Landwehr bezeichnet es als »eine wichtige Verschiebung«, dass »die ›gute Policy‹ als das zu erreichende Ideal während des 17. Jahrhunderts allmählich aus der Vergangenheit in die Zukunft verschoben wurde«. (ebd., 63) Mit dieser Verschiebung des Ziels vom Konservativen zum Prospektiven und Progressiven verändert sich zugleich die Dichte der Verordnungen. Wurden die Policyordnungen

von Rechtsetzung und Rechtsuspension. (vgl. Benjamin 1977, 189f. und Agamben 2006, 91–94)

anfänglich, im 15. Jahrhundert, nur vereinzelt erlassen, um die Ordnung, wo sie wankte, ins Lot zu bringen, so verdichteten sie sich nun und begannen die soziale Wirklichkeit in ihre verzweigten Bereiche hinein zu organisieren: Von Glücksspielrestriktionen über Marktpreiskontrollen und Arbeitsverbote an Sonntagen bis hin zur Anschaffung von Feuereimern. (vgl. Landwehr 2008, 50 und 60 sowie Landwehr 2000a, 80–82) Damit geht auch ein Wandel der Motivlage einher: Die Begründungen der Policyordnungen verlagern sich von sittlichen und religiösen hin zu »eher pragmatischen und vor allem wirtschaftlichen« Gesichtspunkten; trotz Verschränkung dieser Argumentationsschemata ist nicht zu übersehen, »dass die pragmatisch-ökonomische Begründung immer dominanter wird«. (Landwehr 2000a, 50f.)

Die rechtliche Institutionalisierung der Policyordnungen von vereinzelt situativen Erlassen im 15. Jahrhundert hin zu einer regelmäßigen Gesetzgebungspraxis seit dem 17. Jahrhundert steht im Zusammenhang mit einer Vorstellung von Machbarkeit der Wirklichkeit, die vor allen Dingen als *ökonomische* Formierung begriffen wurde. Die Verrechtlichung ist mit einer Ökonomisierung verknüpft, welche die ständische Ordnung, die durch die Policyordnungen gefestigt werden sollte, paradoxerweise zunehmend destabilisierte. Darin zeigt sich eine Dialektik der Policy: Dass sie sich in ihren Folgen *gegen* die – ständisch privilegierte – Obrigkeit richtete, von der sie eingesetzt wurde.¹⁰⁴ Die Verrechtlichung schwächte die ständische Ordnung und förderte eine Konstitution der Gesellschaft als »Wirtschaftsgesellschaft«. (Schulze 2002, 148) Mit der rechtlichen Herrschaft durch die Obrigkeit nahm zugleich die Gleichheit der Menschen als »Wirtschaftspersonen« zu. Die Verrechtlichung brachte so nicht nur ein Mehr an Herrschaft, sondern aufgrund der Tendenz zur Gleichheit auch eine emanzipatorische Möglichkeit, die sich gegen Herrschaft wenden ließ. In diesem Zusammenhang kommt es allerdings nicht allein darauf an, dass die Verrechtlichung eine Umstellung von der ständischen zu einer ökonomischen Strukturierung der Gesellschaft begünstigte. Festzuhalten ist vor allem, dass die Verrechtlichung *nicht* die abstrakte Herrschaft der Gesetze bewirkte, hinter der das obrigkeitliche Handeln, die Herrschaft durch Menschen, zurücktrat. Das positive Recht unterbindet zunächst nicht das willkürliche Eingreifen der Herrscher, es setzt nicht dem herrschaftlichen Interventionismus ein Ende, sondern es *begründet* den Interventionismus in rechtlicher Form.¹⁰⁵

104 Landwehr betont allerdings, dass die Policy nicht nur obrigkeitlich oktroiert, sondern auch von den Herrschaftsunterworfenen als Mittel gefordert wurde, um den beklagten Ordnungsverlust zu beheben. (vgl. Landwehr 2008, 55–60)

105 Dieser interventionistische Zug des positiven Rechts stand insbesondere dem Liberalismus seit jeher klar vor Augen. Aus dessen Perspektive erscheinen

Offenkundig ist dieser Zusammenhang bereits bei Hobbes. Ihm zufolge »ist das Gesetz nach dem strengen Sprachgebrauch die Rede dessen, der andern etwas zu tun oder zu unterlassen mit Recht befiehlt«. (Hobbes 1994, 114) Gesetz ist der rechtmäßig erteilte Befehl. Dabei bezieht sich die Rechtmäßigkeit nicht auf den Inhalt, sondern nur auf den Autor des Gesetzes. Rechtmäßig ist der Befehl, wenn er von dem stammt, »der rechtmäßige Befehlsgewalt über andere innehat«. (Hobbes 1991, Kap. 15, S. 122)¹⁰⁶ Bei Hobbes ist das Gesetz mit der Intervention, ja mit dem Wort des Souveräns identisch. Ihre schärfste Zuspitzung erfährt die Idee der *Rechtsförmigkeit* der Intervention mit Carl Schmitt. Bei ihm hat die Intervention nicht nur die Form des Rechts, sondern sie *ist* diese Form. Hierin liegt auch die Pointe seiner Theorie des Ausnahmezustands: Am Ausnahmezustand zeigt sich für Schmitt, dass die Intervention auch dort noch, ja gerade dort genuin rechtlich ist, wo sie das Recht (die Verfassung) suspendiert. Der Vorrang, den die rechtliche Intervention, die Ausnahme-Entscheidung, gegenüber den geschriebenen Gesetzen behauptet, beweist nach Schmitt, dass die Form des Rechts wesentlich Intervention ist.

Der interventionistische Zug besteht aber auch dort, wo die Herrschenden an ihre Gesetze gebunden werden. Eben dies zeigt der Blick auf die Policeyordnungen. Sie verpflichten auch die Obrigkeit, die sie erlässt, und können deshalb gegen sie gewandt werden. (vgl. Landwehr 2008, 59) Entscheidend ist hier, dass die Policeyordnungen von der Idee der Gestaltbarkeit der sozialen Wirklichkeit geleitet sind: Sie sind wesentlich Intervention, indem sie der fortlaufenden Herstellung von Normalität dienen. Die »normale Gestaltung der Lebensverhältnisse«, ohne die eine Norm nach Schmitt nicht gelten kann (PT, 19), erscheint hier als Aufgabe der Norm selbst. Gesetz und Intervention, juridische Norm und normalisierende Maßnahme sind keine Gegensätze.

Es wäre vor diesem Hintergrund nicht bloß vereinfacht, sondern falsch, die Geschichte der frühneuzeitlichen Verrechtlichung so zu verstehen, dass die zunehmende Umstellung auf positives Recht – die Umstellung auf Legalität oder ›Gesetzlichkeit‹ – das Maßnahmehandeln aus dem Recht ausschliesse. Das Gegenteil ist der Fall: Das positive als ein wesentlich variables Recht schließt Handeln, in der Form von Gesetzgebungs- und Gesetzänderungsverfahren, ins Recht ein. In der Neuzeit und Moderne gibt es ein Handeln, das rechtliche Form annehmen kann.

Gesetze, wie Neumann festhielt, als »*Eingriffe* des Staates in Freiheit und Eigentum«. (Neumann 1980, 299, Hervorh. J.H.)

¹⁰⁶ Vgl. auch Hobbes 1991, Kap. 26, S. 207. Hobbes' Überzeugung, dass das Gesetz nichts weiter als ein Befehl ist, macht ihn für viele zu einer Initialfigur des Rechtspositivismus. (so Goldsmith 1996, 275; Fetscher 1991, XLVI; Schmitt 1965, 59) Für eine Gegenposition, die den naturrechtlichen Aspekt bei Hobbes stark macht, vgl. Murphy 1995, 849–858.

Dass das Handeln *selbst* rechtsförmig ist – und dass das Recht entsprechend als *Handeln* oder *Tat* erscheint, ist eine Neuigkeit. Bis dahin stand das Recht als hergebrachtes oder ewiges fest, und das Handeln diente gegebenenfalls dazu, dieses Recht (wieder) zur Geltung zu bringen. Gerade so hatten sich auch noch die frühen Policeyordnungen um 1500 verstanden: Sie sahen sich als Mittel, um das alte Recht und die alte Ordnung zu erhalten. Sie schützten oder restituierten das »eigentliche« Recht. (vgl. Landwehr 2008, 46 und 52) Gerade darum aber konnten sie sich nicht selbst als Recht begreifen: Sie waren ein Handeln *für* das Recht, kein *rechtliches* Handeln. Handeln und Recht blieben getrennt. Im 17. Jahrhundert zeichnete sich der Wandel ab, der Handeln und Recht verband, der *dem Handeln die Form des Rechts*, aber auch *dem Recht die Form des Handelns* gab. Dies kann ein autoritäres oder ein demokratisches Handeln sein. Auf das demokratische Potential ist Gewicht zu legen. An ihm wird deutlich, dass der Handlungscharakter modernen Rechts nicht an sich problematisch ist. Dass ein Handeln durch Recht möglich ist, lässt nicht das Recht in *bloßer* Maßnahme aufgehen, wie sie den Ausnahmezustand kennzeichnet, sondern bildet zugleich die Voraussetzung des demokratischen Rechtsstaats. Unter der Bedingung der Demokratisierung rechtlichen Handelns erscheint eine weitere, nämlich die hier bereits diskutierte Frage der Steuern in einem anderen Licht: Dass im modernen Recht die Adressierung der Einzelnen als Steuerzahlende möglich wird, erscheint dann legitim, wenn die Verwaltung und der Gebrauch des gemeinsamen Gutes unter demokratischer Beteiligung und Berücksichtigung aller erfolgt.

Das Handeln tritt zunächst allerdings nicht unter demokratischen Vorzeichen in den Bereich des Rechts. Es ist wiederum Hobbes, bei dem der Nexus von Handeln und Recht scharf, ja gewissermaßen allzu deutlich hervortritt: Gesetz ist das »Wort«, der *Sprechakt* des Souveräns. (Hobbes 1991, Kap. 15, S. 122) Auf den autoritären Typ solchen Handelns hat Schmitt affirmativ abgestellt, dies nicht zufällig mit Blick auf das 17. Jahrhundert, insbesondere auf Hobbes. Dessen Behauptung, dass »die Autorität das Gesetz mache« (»sed Autoritas non Veritas facit Legem«, Hobbes 1668, 132f.), die im 26. Kapitel des *Leviathan* steht, nahm Schmitt zum Ausgangspunkt seiner dezisionistischen Theorie.¹⁰⁷

Den Zusammenhang zwischen der Positivierung des Rechts, die mit Verrechtlichung einhergeht, und dem Ausnahmezustand, in dem die Gesetzeskraft vom Gesetz auf die Maßnahme übergeht, gilt es vor diesem Hintergrund zu präzisieren. Deren Verhältnis ist nicht einfach so zu verstehen, dass das positive Recht den Ausnahmezustand als seinen Gegensatz hervorbringt und enthält – als einen Gegensatz der jetzt erst,

107 Schmitt zitiert die Wendung im Eingang seiner kürzeren Hobbes-Auslegungen in der *Politischen Theologie* (PT, 39) und in *Über die drei Arten des*

angesichts der Bindung des souveränen Handelns an Gesetze, möglich und nötig geworden ist. Das Maßnahmehandeln ist nicht das Gegenstück, sondern der Modus frühneuzeitlicher Verrechtlichung. In der Maßnahme trennt sich hier nicht das Handeln vom Recht, sondern es geht ins Recht ein: Das Recht wird mach- und veränderbar. Das Gesetz ist nicht gegeben, sondern kann gesetzt, damit aber auch neu gesetzt und ausgesetzt werden. Die Suspension ist der Logik des positiven Rechts daher nicht entgegengesetzt, sondern liegt in ihrer Konsequenz; mit der Idee der Setzung ist die der Aussetzung logisch verknüpft. Deutlich tritt dies an der oben genannten *potestas legislatoria* hervor, die im Ancien Régime zum zentralen Insigne der Staatsgewalt wurde: Sie umfasste neben der Kompetenz zur Setzung, Interpretation und Änderung von Gesetzen auch die Befugnis, sie aufzuheben. (vgl. Mohnhaupt 1972, 208)

Die Formierbarkeit des Rechts legt nahe, dass sich das Gesetz in die Hand nehmen und, im Fall der Ausnahme, übers Knie brechen lässt.¹⁰⁸ Die Maßnahme – und mit ihr die Ausnahme – wird *durch* die Positivierung des Rechts zum rechtlichen Instrument; nicht weil die Verrechtlichung die Maßnahme als ihren Gegensatz hervorbringt, sondern weil die gesetzliche Normierung des Lebens im Modus der Maßnahme erfolgte. Davon zeugen die frühneuzeitlichen Policeyordnungen bzw. die beschriebene Verschlebung, die sich in ihnen vollzieht. Zum Maßnahmecharakter der Policeyordnungen gehört schließlich gerade auch, dass ihre Implementation keineswegs konsequent und lückenlos, sondern flexibel und mit Blick auf die jeweiligen lokalen Umstände erfolgte: *Durchsetzung* und *Dispensation* sind insofern keine Gegensätze, sondern unterschiedliche Weisen, in denen Policeyordnungen *angewandt* wurden. (vgl. Holenstein 2000, insbes. 28–32) Denn es war klar, dass »jede allgemeine Regel auch Ausnahmen kannte«, wenn »Noth« und Umstände es erforderten. (ebd., 18)

Eben diese Vorstellung der unmittelbaren, *situativen* Machbarkeit der Ordnung kristallisiert sich im modernen Konzept des Ausnahmezustands. Am deutlichsten wird dies in der affirmativen Stellungnahme Schmitts: »Die Ordnung muß *hergestellt* sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muß eine normale Situation *geschaffen* werden [...]. Alles Recht ist ›Situationsrecht‹. Der Souverän *schafft* und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität.« (PT, 19, Hervorh. J.H.) Die Herstellung von Ordnung ist nicht bloß *Vorbedingung* des

rechtswissenschaftlichen Denkens (ÜdA, 23) sowie an zwei prominenten Stellen der ganz mit Hobbes befassten Schrift *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes* (Lev, 68 und 82).

¹⁰⁸ Nach der Formulierung von Heiner Müller (2002, 202); vgl. auch die Interpretation dieser Stelle bei Menke 2011b, 96.

Rechts, keine »äußere Voraussetzung«, die der Jurist ignorieren kann« (PT, 19), sondern sie ist ein rechtlicher *Akt* und damit Bestandteil des Rechts, ja sogar dessen paradigmatischer Teil: In der Herstellung der Ordnung zeigt sich der Handlungscharakter, der den Begriff des positiven, auf Setzung beruhenden Rechts ausmacht. Im frühneuzeitlichen Policy-Recht drückt sich dieser begriffliche Gehalt sehr klar aus. Das heißt auch: Das frühneuzeitliche Policy-Recht steht in besonderer Nähe zur Rechtsfigur des Ausnahmezustands: Die »normale Gestaltung der Lebensverhältnisse« (PT, 19), wie sie das souveräne Ausnahmehandeln für sich beansprucht, ist auch die Gründungs-idee, mit der das positive Recht in der Frühen Neuzeit hervortritt. Das frühneuzeitliche Recht funktioniert wie der Ausnahmezustand im Modus der Maßnahme.

Die Gestaltungsabsicht der Policyordnungen richtete sich dabei zunehmend auf die ökonomische Steigerung des Staates. In dieser ökonomischen Funktion liegt eine weitere Gemeinsamkeit mit dem Institut des Ausnahmezustands, der in der Moderne gehäuft ein Mittel darstellt, auf ökonomische Krisen zu reagieren.¹⁰⁹ Es ist auch diese ökonomische Gestaltungsabsicht, die mithin die Grundlage der sich zeitgleich im Recht etablierenden Individualrechte bildet. Auch die Rechte haben Maßnahmecharakter, denn auch sie dienen, in Erwartung der wachsenden Steuerkraft der mit Rechten ausgestatteten Individuen, der Steigerung der ökonomischen Kraft des frühneuzeitlichen Staates.¹¹⁰ Doch scheint die Richtung hier zunächst eine andere zu sein. Durch die Gewährung von Rechten werden die Individuen zur Materie des Staates *ermächtigt*. Sie werden mit der (ökonomischen) Freiheit ausgestattet, als Materie des Staates zu handeln. Dies trifft nicht nur hinsichtlich des Rechts auf selbstständiges Wirtschaften, sondern auch auf das Recht zur Klage zu, mit dem sich die Bürger gegen den Staat wenden können. Wo die Policy ohne rechtlichen Grund in die freie Wirksamkeit der Individuen eingreift, können sie gegen die Policy Klage erheben. (vgl. Schulze 1987, 170) Die Rechte verpflichten die territorialstaatliche Policy zum »Stillhalten« (Luhmann) angesichts der Betriebsamkeit der zur freien Aktivität ermächtigten Materie des Staates. Der Ausnahmezustand bedeutet kein solches Stillhalten. Zwar zeigt sich hier oberflächlich eine Parallele:

109 Agamben verweist in diesem Zusammenhang auf die Weimarer Republik: »Bei mehreren Gelegenheiten und besonders im Oktober 1923 rekurrierte die Regierung auf Artikel 48, um dem Fall der Mark zu begegnen, und bestätigte damit, daß in der Moderne politisch-militärischer Notstand und ökonomische Krise tendenziell zusammenfallen.« (AZ, 23) Ebenso bereits Schmitt 1958b, 240–243.

110 Den Maßnahmecharakter subjektiver Rechte buchstabiert Luhmann bezüglich des 20. Jahrhunderts an den sozialpolitischen Programmen des modernen Wohlfahrtsstaats aus. (vgl. Luhmann 1981, 87–93)

Die Rechte markieren eine Grenze der Gesetzgebung, der Ausnahmezustand eine Grenze der Gesetzanwendung. In beiden Fällen steht *ius* gegen *lex*: Individuelles oder souveränes *Recht* gegen staatliches *Gesetz*. Im einen Fall wird die gesetzliche Regulierung zurückgewiesen, im anderen Fall aufgehoben. Bedeuten die Rechte ein »Stillhalten«, so der Ausnahmezustand einen »Stillstand des Rechts« (AZ, 59), das Stillstellen gesetzlicher Geltung. Der Zusammenhang der beiden modernen Figuren – Ausnahmezustand und Menschenrechte – ist allerdings grundlegender. Ihre Gemeinsamkeit liegt weniger in der Weise, in der sie innerhalb des Rechts *gegen rechtliche Normen* sind, sondern vielmehr darin, wie sie *für rechtliche Normalisierung* sind. Nicht insofern sie den Normen entgegenwirken, sondern insofern sie Normalisierung bewirken, sind sie, trotz ihrer augenscheinlichen Gegenläufigkeit, komplementäre Figuren.

*Von der Prosperität zur Sekurität:
Die moderne Frage von Sicherheit und Freiheit*

Die Normalisierung betrifft zunächst die Materie des Staates, die Individuen als Bevölkerung, die es als frei wirtschaftende zu erhalten gilt. Diese Erhaltung erfolgt im Normalfall durch die Gewährung von Freiheit, im Ausnahmefall durch Freiheitsbeschränkung im Namen der Sicherheit. Die Frage von Freiheit und Sicherheit wird häufig diskutiert, als handle es sich um einen Konflikt zwischen zwei Arten von individuellen Rechten: einem Recht auf Freiheit und einem Recht auf Sicherheit. Zwischen Sicherheit und Freiheit gilt es sodann ein ausgewogenes Verhältnis zu finden: Möglichst wenige Sicherheitsmaßnahmen sollen möglichst viel Freiheit garantieren. Der Ausnahmezustand erscheint unter diesem Gesichtspunkt als eine Situation, in der das Recht auf Freiheit dem Recht auf Sicherheit entgegensteht. Das Recht auf Freiheit muss daher beschränkt werden, um das Recht auf Sicherheit garantieren zu können. Eben dies ist der Anspruch und die Rechtfertigung, die mit der Erklärung von Ausnahmezuständen häufig einhergeht.

Diese Logik gilt es in zweierlei Hinsicht zu hinterfragen: Erstens ist die hier wirksame Sicherheit nicht als ein individuelles Recht, sondern als eine kollektive Tatsache aufzufassen. Denn nicht die individuelle Sicherheit, sondern die Sicherheit der Bevölkerung bildet das Ziel der in Ausnahmen ergriffenen Maßnahmen. (vgl. Wihl 2017, 68; Frankenberg 2010, 243–247). Zweitens ist die individuelle Freiheit, die eingeschränkt wird, nicht die Freiheit aller, sondern vor allem die Freiheit einiger, nämlich jener, die als Gefährdung der Bevölkerung (oder der Herrschaftsmacht) angesehen werden und daher als solche gelten, die nicht zu »uns« als der Bevölkerung gehören. (vgl. Frankenberg 2017, 5f. und 17f.) An dieser Stelle ist wiederum eine Überlegung erhellend, die

Foucault hinsichtlich der Differenz von ›Volk‹ und ›Bevölkerung‹ im 18. Jahrhundert angestellt hat. Er schreibt: »Das Volk ist dasjenige, das sich im Verhältnis zu dieser Bevölkerungsverwaltung, auf der Ebene der Bevölkerung selbst verhält, als wäre es kein Bestandteil dieses kollektiven Subjekt-Objekts, welches die Bevölkerung darstellt, als würde es sich außerhalb ihrer stellen«. (Foucault 2006b, 72) Im Ausnahmezustand werden vornehmlich jene in ihrer Freiheit begrenzt, denen vorgeworfen oder von denen angenommen wird, dass sie sich durch ihr Verhalten außerhalb der Bevölkerung stellen oder stellen könnten. Sie werden deshalb, oft vorsorglich, von der Bevölkerung als dem berechtigten Kollektiv ausgenommen, indem ihre Rechte tangiert werden. So bestand im Ausnahmezustand (*état d'urgence*), der in Frankreich im November 2015 erklärt wurde, ein präemptiver Fokus auf Menschen islamischen Glaubens. (vgl. Wahl 2017, 76) In der Frage von Sicherheit und Freiheit lässt sich vor diesem Hintergrund festhalten: Während die *Sicherheit*, um die es in Ausnahmezuständen geht, nicht jene der Individuen, sondern die des Kollektivs der Bevölkerung ist, so ist die begrenzte oder genommene *Freiheit* regelmäßig nicht die Freiheit aller, sondern die Freiheit einiger Individuen, die dadurch aus der berechtigten Bevölkerung ausgeschlossen werden.

Der Blick auf die Frühe Neuzeit hat gezeigt, dass das Kollektiv der Bevölkerung durch die Berechtigung der Individuen hervorgebracht wird und dass die individuellen Rechte bzw. ihre Ausübung mitunter dazu dienen, die Produktivität und damit die Prosperität der Bevölkerung zu erhalten und womöglich zu steigern. Vor diesem Hintergrund kann es opportun erscheinen, die Rechte jener zu beschränken, die nicht *population*, sondern bloß *peuple* – nicht Bevölkerung, sondern nur Volk oder Pöbel sind. Eben diese Logik greift auch im modernen Ausnahmezustand, wobei sich hier das Gewicht von der Prosperität zur Sekurität verlagert hat: Jene, die als Gefährdung der Sicherheit der Bevölkerung in Betracht oder Verdacht kommen, erfahren eine Limitation der Rechte und dadurch eine Exklusion aus dem durch Rechte konstituierten Kollektiv. In dieser Hinsicht erscheint der Ausnahmezustand als Teil einer Politik der Rechte, zu der auch die Berechtigung gehört – einer Politik, die sich auf den Zustand eines Kollektivs richtet, das durch Gewährung und Entzug von Rechten reguliert werden kann. Anders als aus Sicht der betroffenen Individuen, besteht so aus staatlicher Sicht nicht notwendig eine Spannung zwischen Berechtigung und Entrechtung, zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand. Denn nicht nur der Ausnahmezustand, sondern ebenso die Berechtigung durch Rechte *kann* als rechtliche Maßnahme dienen: als Maßnahme einer Normalisierung, die zwar im Namen der Individuen, aber im Interesse der Ordnung erfolgt. Insofern die Individuen von sich aus ein Handeln zum Tragen bringen, das der Ordnung der Bevölkerung entspricht, erscheint ihre Berechtigung,

das heißt ihre Ermächtigung zur aktiven Materie des Staates geboten: In diesem Fall erscheinen die Menschenrechte als die richtige Maßnahme. Dies ist nicht immer der Fall. Es mögen sich Situationen ergeben, in denen die Berechtigung der Individuen auf kürzere, mittlere oder längere Sicht als Gefährdung der staatlichen Wohlfahrt erscheint. In diesem Fall nimmt der Staat das Handeln auf sich: Er erklärt Ausnahmen und ergreift Maßnahmen über die Köpfe der Individuen hinweg und auf ihre Kosten. In beiden Fällen gelangt ein genuin *rechtliches* Handeln zum Ausdruck. Dies nicht allein insofern, als es sich jeweils um ein durch das Recht *berechtigtes* Handeln handelt: ein Handeln, das vom Recht freigegeben wurde. Es liegt ein rechtliches Handeln auch in dem Sinn vor, dass es *das Recht selbst* ist, das handelt bzw. durch das staatliche Akteure handeln können. Dieses Handeln erfolgt, so gesehen, in der einen oder anderen Maßnahme: in der Maßnahme der Rechte oder derjenigen der Ausnahme. Und es vollzieht sich damit durch die eine oder andere rechtliche – rechtmäßige, weil berechnete – Person: die »Person des Souveräns«, hier verstanden als entscheidende Instanz, oder die Person der Individuen im Sinn der aktivierten Subjekte. Modernes Recht ist nicht zwingend, wie Schmitt meint, »Situationsrecht«, doch es ist auf jeden Fall Aktionsrecht: Ein Recht, das von der Machbarkeit seiner selbst und damit der sozialen Ordnung ausgeht und das entsprechend wesentlich auf Akten, auf Handeln beruht.

Dies ist, wie erläutert, nicht an sich problematisch; es enthält vielmehr, gestützt auf und »gesichert« durch die entsprechenden demokratischen Verfahren, das Potential zur politischen Emanzipation. Dies desto mehr, als das Konzept der Person, das Handeln im Recht ermöglicht, in einer konstitutiven Verbindung zur Freiheit steht. Die Problematik entfaltet sich dort, wo es um die Sicherheit und Sicherung der freiheitlich-demokratischen Ordnung geht, der kollektiven Grundlage also, auf der die Freiheit der Individuen beruht. Denn hier ist auf der Ebene des Rechts noch ein anderes kollektives Konzept im Spiel, das mit der freiheitlich-demokratischen Ordnung keineswegs gleichzusetzen ist; dieses andere Konzept ist das Abstraktum des Lebens der Nation bzw. der Sicherheit der Bevölkerung.

Problematisch wird rechtliches Handeln, wenn sich das Streben nach Sicherheit auf dieses kollektive Konzept selbst, auf dessen »Freiheit« richtet und den Bezug zur Freiheit der Einzelnen verliert. Demgegenüber ist darauf zu beharren, dass die Freiheit *aller* etwas anderes bedeutet als die scheinbare Freiheit eines abstrakten Kollektivs – sei es der Nation, der Bevölkerung oder der Wirtschaft. Auf der gemeinsamen Freiheit aller ist gerade gegen die Ausschlüsse zu insistieren, welche die Sicherung der Freiheit eines Kollektivs mit sich bringt. Dass sich die Sicherheit nicht auf die Freiheit der Einzelnen, sondern auf ein abstraktes Kollektiv richtet, ist dabei nicht allein ein Problem des Ausnahmezustands, sondern auch

eines der Rechte. Die modernen Menschenrechte sind noch nicht aus der Verbindung mit der Frage der Bevölkerung gelöst, die durch die individuellen Rechte mit Beginn der Neuzeit etabliert wurde. Diese Verbindung macht es möglich, die Rechte von ihrem politischen Gehalt zu trennen und die Individuen nur noch als Teil einer exklusiven Bevölkerung statt als Part eines inklusiven und selbstbestimmten *demos* zu begreifen. Der Ausnahmezustand markiert jene Situation, in der die Menschenrechte allein als die regulierbaren Rechte einer zu regulierenden Bevölkerung, damit allein als Mittel, und nicht mehr als die Rechte einer durch sie sich bestimmenden politischen Gemeinschaft in Betracht kommen. Liegt die Problematik der Menschenrechte, wie vielfach hervorgehoben wurde (vgl. dazu Kapitel 4.1), in einer Abstraktion, so ist diese Abstraktion in den Konzepten abstrakter Kollektive zu suchen. Auf der Differenz, die zwischen diesen Kollektiven – sei es *natio* oder *populus*, Nation oder Bevölkerung – und einem politischen *demos* sich gemeinsam selbst bestimmender und dadurch freier Menschen besteht, gilt es entschieden zu beharren und die Rechte aus ihrer Instrumentalisierung und damit aus der ihnen eigenen Dialektik der Entrechtung zu lösen. Der Erläuterung dieser Perspektive dienen meine abschließenden Überlegungen.