Jonas Heller

Mensch und Maßnahme

Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten

VELBRÜCK
WISSENSCHAFT

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Jonas Heller
Mensch und Maßnahme

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Jonas Heller

Mensch und Maßnahme

Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten

VELBRÜCK
WISSENSCHAFT

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese Publikation geht hervor aus dem DFG-geförderten Exzellenzcluster »Die Herausbildung normativer Ordnungen« an der Goethe-Universität Frankfurt am Main.

DFG

NORMATIVE ORDERS

Exzellenzcluster an der Goethe-Universität Frankfurt am Main

Gefördert durch das

ProPostDoc-Programm
Forschungszentrum
Historische Geisteswissenschaften

Die diesem Buch zugrunde liegende Dissertation wurde mit dem Werner Pünder-Preis 2018 ausgezeichnet.

Erste Auflage 2018
© Velbrück Wissenschaft, Weilerswist 2018
www.velbrueck-wissenschaft.de
Printed in Germany
ISBN 978-3-95832-141-0

Bibliografische Information der Deutschen Nationalbibliothek
Die Deutsche Nationalbibliothek verzeichnet diese Publikation in der Deutschen Nationalbibliografie; detaillierte bibliografische Daten sind im Internet über http://dnb.ddb.de abrufbar.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Inhalt

Einleitung: Komplement und Antithese. Zur Beziehung von Ausnahmezustand und Menschenrechten 9

I.
THEORIE DER JURISTISCHEN FORM. DER AUSNAHMEZUSTAND UND DIE FRAGE NACH DER EINHEIT VON RECHT UND POLITIK

1. Ausnahmezustand und »Rechtsform« bei Carl Schmitt 39
   - 1.1 Die Normativität und das Politische: Zur Dualität im Recht 39
     - System und Aktion: Die Einheit der Verfassung 43
     - Politische Methode und öffentliches Recht 45
     - Souveränes Handeln und personale Entscheidung 49
   - 1.2 Souveränität als Normalisierung der Neuzeit 53
     - Staat und Person: Die Souveränität der Moderne 58
     - Rechts-Ordnung als Staats-Recht: Der Primat der Form 63
     - Relativer und radikaler Dezisionismus 67
     - Juristisch oder politisch: Zwei Definitionen des Souveränitätsbegriffs 75
     - Bodin oder Hobbes: Entscheidung oder Einheit 77
   - 1.3 Politisierung des Todes: Souveräne Einheit nach Hobbes und Schmitt 79
     - Jenseits des Gesetzes: Das Vorpolitische bei Hobbes . . . 83
     - Jenseits der Natur: Die Politisierung des Vorpolitischen bei Schmitt 86
     - Platonische Feindschaft: Zur Differenz von *polémios* und *echthrós* 90
     - Politik und Leben 95
     - Die »Eigenart« der Rechtsform 97
   - 1.4 Leben, Form, Durchbrechung: Die Einheit der Souveränität im Subjekt 101
     - Leben, formalistisch. 104

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Forma substantialis in der Tradition:
Aristoteles und Thomas von Aquin 109
Substanz als Subjekt: Eine Umdeutung nach Hegel . . . 113
Reflexivität als Selbstdurchbrechung:
Zur Theorie der Normativität bei Schmitt 116

2. Ausnahmezustand und »Gesetzesform«
bei Giorgio Agamben 125
2.1 Jenseits der Souveränität: Ausnahmezustand als Struktur 125
Entscheidendes und entrechtetes Subjekt:
Von Schmitt zu Agamben 126
Naturalisierung und Politisierung:
Die Tötbarmachung des Lebens 131
Ausnahmezustand als juristische Fiktion 137
Agambens ›paradigmatische‹ Methode 142
2.2 Normalität und Ausnahme 145
Souveränität als Struktur 148
Leben, das unmittelbar politisch ist:
Die Wende zur Moderne 151
2.3 Gesetz und Ausnahme: Zu Agambens
Theorie der Normativität 156
Gesetz ohne Gehalt: Das *iustitium* als Paradigma
der Ausnahme 159
›Nomos‹ als Identität von Recht und Gesetz 163
2.4 Leben, Form, Immanenz: Die Einheit des Gesetzes . . 172
Form des Gesetzes: Materie ohne Inhalt 174
Immanenz des Gesetzes und die Bedeutung des Lagers . . 178
Zwischenbetrachtung: Theorie der juristischen Form
nach Schmitt und Agamben 180

II.
KÖRPER UND PERSON.
ZUR DIALEKTIK VON AUSNAHMEZUSTAND UND MENSCHENRECHTEN

3. Körper, Staat, Nation: Kritiken der Menschenrechte . 187
3.1 Die Einschreibung der Ausnahme in
den Text der Rechte 187
Kategorien der Menschenrechte:
liberal, sozial, politisch. 189

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausnahme und Einschränkung: Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen 195
Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Frage der ›deprivation of life‹ 201
Gesetz und Verfassung: Die Verortung des Ausnahmezustands in Frankreich und der Türkei 210
Ausnahmen jenseits der Menschenrechte 219
3.2 Die ›sogenannten Menschenrechte‹ und das Paradox des Nationalstaats (Arendt) 222
Vereinzelter Mensch und kraftlose Rechte: Arendts Begriffskritik der Menschenrechte 225
Das einzige Menschenrecht: Die Fähigkeit, beurteilt zu werden 228
Das Paradox des Nationalstaats und die Aporie der Menschenrechte. 230
Die Eroberung des Staates durch die Nation oder die Problematik der Minderheiten 235
Absolute Rechtlosigkeit und der Zwang zur Schuld . . . 239
3.3 Der Einschluss der Körper durch die Rechte des Menschen (Agamben) 246
Frankreich 1789: Die Einschreibung des Lebens in die Ordnung des Staates 247
Die Rechte der Menschen und die Souveränität der Nation: *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* 250
Bürger und Geflüchtete: Krise einer Differenz 254

4. Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung: Person und Ausnahme 259
4.1 Kapitalismus, Totalitarismus und Menschenrechte (Neumann) 259
Die zwei Einwände gegen die Abstraktion der Menschenrechte. 262
Die rechtliche ›Versöhnung‹ totalitärer Politik und kapitalistischer Ökonomie 265
Dialektik der Freiheit und Dialektik der Gleichheit: Vertrag und Person 272
National-Ökonomie: Die ›Freiheit der Wirtschaft‹ und das ›Leben der Nation‹ 275
4.2 Die Freiheit als Zweck des Menschen und als Mittel des Rechts 284
Personsein: Römisch und neuzeitlich. 290

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Willkür und Autonomie: Die Verbindung des Privaten mit dem Öffentlichen 294
Befähigung und Berechtigung: Rechtsfähigkeit als ›Recht auf Rechte‹ 298
Die Freiheit als Mittel des Rechts 301
›Personalisierung der Rechtslagen‹: Positivierung und Modernisierung nach Luhmann 303
Das Potential der Person 316
4.3 Von der Geschichte zur Vorgeschichte: Ausnahmezustand und Menschenrechte im Licht des frühneuzeitlichen ›Aktionsrechts‹ 318
Potestas legislatoria: Verrechtlichung des Lebens im entstehenden Steuerstaat 321
Rechte gegen Verrechtlichung 325
Vom gemeinen zum eigenen Nutzen: Die Rechte der Ökonomie 329
Verwaltung durch Freiheit: Die Bevölkerung als *materia reipublicae* 333
›Subjekt-Objekt‹: Zur Regierung von Naturalität bei Foucault 335
Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung und der Aktionscharakter des modernen Rechts 337
Recht als Intervention: Der Zusammenhang von Policey und Ökonomie 342
Von der Prosperität zur Sekurität: Die moderne Frage von Sicherheit und Freiheit 349

Schluss: Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung 353

Dank 363

Siglen 365

Literatur 366

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Einleitung: Komplement und Antithese

Zur Beziehung von Ausnahmezustand und Menschenrechten

> »Alles das gilt nicht mehr; im Anblick des Kampfes verwerfe ich alles, was gestern noch galt, kündige alles Einverständnis mit allen, tue das allein Menschliche. Hier ist eine Aktion. Ich stelle mich an ihre Spitze.«
> *Der junge Genosse in Bertolt Brechts* Die Maßnahme. (*1955, 298*)

> »Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht:
> Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
> Wenn unerträglich wird die Last – greift er
> Hinauf getrosten Mutes in den Himmel
> Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
> Die droben hangen unveräußerlich
> Und unzerbrechlich, wie die Sterne selbst«.
> *Werner Stauffacher in Friedrich Schillers* Wilhelm Tell. (*1988, 46, V. 1275–1279*)

Der junge Genosse in Brechts *Die Maßnahme* und Werner Stauffacher in Schillers *Wilhelm Tell* treten ein für zwei verschiedene politische Taten. Beide Taten lassen sich als gegen das Recht gerichtet verstehen. Denn beide Taten greifen ein in den jetzigen Zustand des Rechts, mit dem etwas nicht in Ordnung ist. Der Orientierungspunkt ist dabei aber ein je anderer. Der junge Genosse bei Brecht blickt hinein in die Gegenwart des Kampfes, um zu wissen, was zu tun ist: *Hier* ist eine Aktion. Stauffacher schaut hinauf in die Sterne, um die Gegenwart an dem zu messen, was ewig und unveräußerlich ist.

In beiden Fällen ist die Aktion von der Überzeugung getragen, dass das, was geltendes Recht ist, zu Unrecht Geltung hat, ja bereits nicht mehr gilt. Im ersten Fall, dem Fall Brechts, weil es nach Lage der Sache die Geltung verloren hat oder verlieren muss: Weil sich die Welt geändert hat, kann das Gesetz nicht mehr gelten. In diesem Sinn meint die ›junge Traktoristin‹ in Brechts Stück *Der kaukasische Kreidekreis*, das in einem vom Krieg zertrümmerten kaukasischen Dorf spielt: »Die Gesetze müssen in jedem Fall überprüft werden, ob sie noch stimmen.« (Brecht 1967a, 2003) Angesichts der aktuellen Lage ist die Geltung des geltenden Rechts fraglich geworden. Im zweiten Fall, im Fall Schillers, steht das geltende Recht nicht deswegen in Frage, weil sich die faktische

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lage, die Umwelt des Rechts geändert hat, sondern weil mit dem Recht selbst etwas nicht stimmt. Es entspricht dem Maßstab nicht mehr, der ans Recht zu stellen ist, denn es hat die Grenze überschritten, die dem Recht durch etwas Übergeordnetes, durch die immer geltenden Ansprüche des Menschen gegeben sind. Seinen Rechtscharakter hat es damit verloren, ist übergegangen in Tyrannenmacht, so dass »der Gedrückte nirgends Recht« mehr findet.

Statt auf das Recht, das zu gelten aufgehört hat, berufen sich Brechts junger Genosse und Schillers Stauffacher auf etwas, das mehr gilt als das Recht. Bei Brecht ist es die Aktion, die »hier ist«, bei Schiller sind es die unveräußerlichen Rechte, die »droben hangen« und hinunter sollen. Jeweils handelt es sich darum, ein entleertes Recht erneut zu füllen. Es geht bei dieser Tat um das spezifisch *Rechtliche* des Rechts, das dem Recht, wie es aktuell ist, fehlt.

Die Aktion, für die der junge Genosse eintritt, ist die besondere Maßnahme, die mit der Allgemeinheit des Gesetzes bricht und dadurch dem konkreten Fall »im Anblick des Kampfes« eher entspricht. Beim Verweis auf einen besonderen, nämlich besonders ernsten Fall ist eine autoritäre Geste im Spiel. Sie ist autoritär in einem doppelten Sinn, sowohl der Erkenntnis als auch der Praxis nach. Die autoritäre Erkenntnis liegt darin, jenseits vom »Einverständnis mit allen« zu wissen, was »das allein Menschliche« sei. Die autoritäre Praxis besteht darin, dieses allein Menschliche *allein* zu tun: »Hier ist eine Aktion. Ich stelle mich an ihre Spitze.« Die Aktion konzentriert sich in dieser Spitze, denn »alles Einverständnis mit allen« wurde gekündigt.

Eine in diesem zweifachen Sinn autoritäre Geste vollzieht auch der ›Gedrückte‹ in Stauffachers Rede: Seine ewigen Rechte hinunterzuholen, sich selbst Recht zu verschaffen und seinen Anspruch ins Recht zu setzen, ist nicht nur heroisch, sondern kann als Akt der Selbstjustiz vermessen sein. Doch geht es bei Schillers Stauffacher zunächst um etwas anderes. Es geht darum, dass das Allgemeine – insofern es allgemein ist, ist es ewig – über die Frage der Geltung bestimmt. In Anbetracht der Allgemeinheit unveräußerlicher Rechte ist das aktuell geltende Recht eine bloße Partikularität. Sobald es dem Anspruch der Allgemeinheit nicht mehr genügt, wird es obsolet.

Bemängelt Brechts junger Genosse, dass die Gesetze oder Prinzipien angesichts der konkreten Lage zu allgemein sind, wendet umgekehrt Stauffacher gegen das Recht ein, dass es zu partikular geworden und nur noch Macht ist. Beide kritisieren das bestehende Recht dafür, dass seine Geltung defizitär ist, wobei sie dieses Defizit in einer je verschiedenen Dimension rechtlicher Geltung verorten. Das Geltungsproblem des Rechts liegt dem jungen Genossen zufolge in einem Mangel an Faktizität, Stauffacher zufolge in einem Mangel an Legitimität; ersterer verneint angesichts der aktuellen Umstände die *soziale Geltung* des bestehenden

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechts, letzterer bestreitet in Berufung auf allgemeine Prinzipien seine *normative Gültigkeit*.[1] Der Einwand gegen die Geltung des Rechts erfolgt im ersten Fall im Namen einer Partikularität, im zweiten Fall im Namen einer Universalität: Der junge Genosse hält den zu allgemeinen Normen die besondere Maßnahme entgegen, Stauffacher einer zu partikular, nämlich willkürlich gewordenen Herrschaft die universellen Rechte. Während ersterer das Recht als *nicht-geltend* erklärt, deklariert es letzterer als *ungültig*.

Der junge Genosse agiert nach der Logik des Ausnahmezustands. Dessen Instrument ist die konkrete Maßnahme, die an die Stelle eines Gesetzes tritt, das gestern noch galt. Indem er erklärt, dass es heute nicht mehr gilt, und sich auf diese Weise an die Spitze der Aktion stellt, handelt der junge Genosse souverän. *Gegen* den Souverän, die Macht des Tyrannen, agiert dagegen Stauffacher. Er ist, so lässt sich sagen, ein Advokat der Menschenrechte, indem er unveräußerliche Ansprüche erklärt und sich zugleich auf sie beruft. Durch die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 erhält Stauffachers Politik der Rechte eine späte Bestätigung: Werden die Menschenrechte nicht vom geltenden Recht geschützt, sieht sich der Mensch gezwungen, »zum Aufstand« als letztem Mittel »gegen Tyrannei und Unterdrückung zu greifen«.[2] Weil der ›Gedrückte‹ die allgemein gültigen Rechte nicht als aktuell geltende vorfindet, erhebt er sich und »greift er« zu dem, worauf er Anspruch hat: Er bricht sich seine Rechte, die »droben hangen«, selbst herunter. Wie der junge Genosse wendet sich damit auch Stauffacher gegen die bestehenden rechtlichen Verhältnisse, gegen das hier unten bestehende Recht.

Doch stellen sich der junge Genosse und Stauffacher nicht nur beide gegen das Recht, das ihnen zu allgemein oder zu partikular ist, sie stellen sich auch einander entgegen: Der junge Genosse, der antidemokratisch »alles Einverständnis mit allen« kündigt, macht sich zum Souverän, den Stauffacher als Tyrannen bekämpft. Beide aber, der junge Genosse und Stauffacher, tun das, was sie tun, im selben Namen, im Namen des – mit dem Genossen gesprochen – »allein Menschliche[n]«. An dieser Stelle wird die Unterscheidung zwischen den beiden politischen Taten gegen das Recht, zwischen der konkreten Maßnahme und dem Griff nach den Sternen, fragil und instabil. Denn: Nimmt der junge Genosse nicht für sich in Anspruch, dem öffentlichen Wohl und damit einem Prinzip zu folgen, das allgemeiner ist und insofern höher steht als das geltende Recht

1 Zu diesen zwei einander entgegengesetzten und in dieser Entgegensetzung intern miteinander verschränkten Dimensionen der Rechtsgeltung vgl. Habermas 1992, 36f. und 48f.

2 Präambel der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*, verabschiedet am 10. Dezember 1948 als Resolution 217 A (III) der UN-Generalversammlung.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

– und das eben deshalb gegen dieses mit einer konkreten Maßnahme um- und durchzusetzen ist? Und ist umgekehrt das ›Herunterholen‹ der ewigen Rechte nicht eine Handlung jenseits *allen* Rechts, eine einsame Tat des ›Gedrückten‹, unter Umständen ohne Einverständnis mit allen? In beiden Fällen erhebt sich Zweifel: Woher nimmt sich das ewige Recht und woher nimmt sich die konkrete Maßnahme das Recht, mehr Recht zu haben als das aktuell geltende Recht? An dieser Stelle dreht sich die Frage um: Sind gegenüber dem geltenden Recht konkrete Maßnahmen und unveräußerliche Ansprüche – *rechtlich gesehen* – nicht beide unerheblich, das heißt außerhalb aller Geltung?

Mit dieser Wendung ist die Thematik erreicht, von der dieses Buch handelt. Darin untersuche ich das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten als zwei zentralen Phänomenen der modernen rechtsstaatlichen Ordnung. Mein Interesse richtet sich darauf, inwiefern zwischen Ausnahmezustand und Menschenrechten eine Beziehung der Komplementarität besteht. Es gilt den spezifischen Punkt herauszuarbeiten, an dem diese Komplementarität ansetzt. Ich sehe diesen Punkt in der Verbindung zweier Momente: auf der einen Seite das Konzept der Rechtsperson, das für die Idee der Menschenrechte tragend ist, auf der anderen Seite das Moment staatlichen Handelns, das im Ausnahmezustand in besonderer Intensität hervortritt. Die Komplementarität von Menschenrechten und Ausnahmezustand liegt in einer funktionalen Verschränkung der beiden Phänomene, die sich daraus ergibt, dass das Konzept der Rechtsperson, das heißt des Menschen als Träger von Rechten, zu einem Mittel staatlichen Handelns wird. Während sich das Konzept der Rechtsperson, solange es als Zweck in Betracht kommt, auf die einzelnen Individuen und deren Status als Berechtigte bezieht, ist es als Mittel staatlichen Handelns, wie ich zeigen werde, auf die Konstitution eines Kollektivs gerichtet.

Dieser Punkt der Komplementarität oder der funktionalen Verschränkung interessiert zunächst heuristisch: Von ihm aus, so mein Argument, lassen sich beide Rechtsphänomene anders und besser verstehen. Insofern verfolge ich zunächst ein deskriptives Ziel: Die Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten dient der Erklärung der beiden Phänomene. Mit der deskriptiven Analyse verbindet sich zugleich und notwendig ein Moment der Kritik. Wenn es zutrifft, dass Ausnahmezustand und Menschenrechte in einer grundlegenden Verbindung stehen, fällt von diesem Punkt aus ein Licht zurück auf beide Phänomene. In ein problematisches Licht rücken dadurch vor allem die Menschenrechte, während die Fragwürdigkeit des zweiten, des Ausnahmezustands, bereits offener zutage liegt, insofern dieser das Recht hin zu rechtlich ungebundener Gewalt, zum rein faktischen Zu- und Übergriff transzendiert. Bezogen ist er dabei auf den Ernstfall, der wie Carl Schmitt 1932

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

schrieb, »[a]uch heute noch« mit dem Kriegsfall zusammenfällt. (BdP, 33) Ob dies für die Gegenwart noch stimmt, lässt sich bezweifeln.[3] Außer Frage steht hingegen, dass nicht selten von ›Krieg‹ die Rede ist, um Ausnahme-Maßnahmen zu rechtfertigen.[4] Dies trifft insbesondere auf den ›Krieg gegen den Terrorismus‹ zu, wie im Anschluss an die Anschläge in Paris 2015 oder in Brüssel 2016 ebenso deutlich wurde wie unmittelbar nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in den USA.[5] Die Politik der Menschenrechte spricht dagegen nicht die Sprache des Krieges, der Ordnung und der Maßnahme, sondern die Sprache des Friedens, der Gerechtigkeit und des Prinzips.[6]

Die These eines komplementären Zusammenhangs von Ausnahmezustand und Menschenrechten erscheint vor diesem Hintergrund kontraintuitiv. Sie bedarf umso mehr der Begründung, als evident ist, dass Ausnahmezustand und Menschenrechte sich nicht nur hinsichtlich der politischen Sprache, sondern auch in der politischen Praxis als Gegensätze erweisen. Dass sie in direkter praktischer Opposition stehen, wird empirisch greifbar, sobald Ausnahmezustände erklärt und staatlich wie zwischenstaatlich garantierte Rechte eingeschränkt oder ausgesetzt werden.[7] Systematisch wird der Gegensatz der beiden Phänomene in ihrem konträren Verhältnis zum geltenden Recht bzw. in den unterschiedlichen Richtungen deutlich, aus denen sie, wie beschrieben, gegen das geltende Recht opponieren: Der Ausnahmezustand interveniert mit konkreten Maßnahmen gegen die Allgemeinheit des Gesetzes, die Menschenrechte

3 Schmitt selbst hat 1963, gut drei Jahrzehnte nach Erscheinen von *Der Begriff des Politischen*, die veränderten Formen der Kriegsführung in einer *Theorie des Partisanen* zum Thema gemacht. Das definierende Merkmal des Krieges liegt dabei, nicht anders als 1932, im Vorhandensein eines »wirklichen« Feindes. (vgl. Schmitt 2010, insbes. 87–96)

4 Zu unterschiedlichen Mustern der Rechtfertigung von Ausnahmezuständen in repräsentativen Demokratien, erläutert am Beispiel der USA, vgl. Förster und Lemke 2016, zu Krieg und Terrorismus als Rechtfertigungsgründe hier insbes. 19–26.

5 Vgl. zu letzteren Cole 2003 und Pereira 2002; zu Paris und Brüssel vgl. unten, Kapitel 3.1.

6 So setzt die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 in der Präambel mit den Worten ein: »Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet […].« Und Art. 1 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes lautet: »Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.«

7 Vgl. dazu unten, Kapitel 3.1, in dem ich mich insbesondere mit den Ausnahmezuständen in Frankreich und der Türkei auseinandersetze.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gegen einen Zustand des Rechts, in dem die besonderen Gesetze eines Landes den allgemeinen Grundsätzen widersprechen. Damit stehen sie zwar beide in einem Gegensatz zum geltenden Recht, doch ist dieser Gegensatz kein gemeinsamer, sondern zugleich ein Gegensatz zwischen ihnen: Richten sich die Menschenrechte gegen einen Mangel an Legitimität oder normativer Gültigkeit des Rechts, wie er gerade im Ausnahmezustand seine Spitze erreicht, insistiert dieser auf einer faktischen Durchsetzungskraft, die für die Menschenrechte immer wieder als Mangel problematisch wird.

Die Vermutung der Komplementarität der beiden Phänomene ergibt sich, wie ich darlegen werde, gerade aus einer genaueren Analyse ihres offenkundigen Gegensatzes. Dies ist nun nicht so zu verstehen, dass in der Komplementarität der beiden Phänomene die Wahrheit ihres Gegensatzes läge, dass sich also der Gegensatz bei hinreichend genauer Betrachtung als Komplementarität erwiese. Denn dies hieße, den Menschenrechten, sei es als nationalen Grundrechten oder international vereinbarten Mindestrechten, ihr emanzipatorisches Potential abzusprechen, das sich gerade auch gegen staatliches Handeln wenden lässt, wie es in den Maßnahmen des Ausnahmezustands hervortritt. Die Komplementarität, die hier im Fokus steht, ist zwar aus dem Gegensatz der beiden Phänomene zu begreifen, tritt aber nicht an seine Stelle, sondern neben ihn. Die kritische Frage richtet sich somit nicht darauf, ob sich der Gegensatz aufhebt, sondern inwieweit das emanzipatorische Potential der Menschenrechte durch die Komplementarität mit dem Ausnahmezustand blockiert wird.

Grund und Gegensatz: Ausnahmezustand und Menschenrechte im modernen Recht

Um ersichtlich zu machen, an welcher Stelle die Komplementarität der beiden rechtlichen Phänomene ansetzt, muss zunächst deren Gegensatz genauer bestimmt werden. Beide reklamieren für sich, das konstitutive Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung zu sein. Diesen Fundamentcharakter behaupten sie allerdings aus verschiedenen Gründen. Die Menschenrechte beanspruchen ihn, weil sie mit dem *Zweck* der national-rechtsstaatlichen wie der internationalen Ordnung in Verbindung stehen. Nach der Präambel der *Europäischen Menschenrechtskonvention* liegt dieser Zweck in Gerechtigkeit und Frieden in der Welt und damit in einem Zustand gewahrter Menschenrechte; die Verwirklichung der Menschenrechte sei am besten durch eine demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung zu erreichen. Die rechtsstaatliche Ordnung erscheint aus Sicht dieser Menschenrechtskonvention als Mittel zum Zweck der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verwirklichung von Menschenrechten. In entgegengesetzter Weise funktioniert das Argument des Ausnahmezustands: Er erscheint als Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung, nicht weil er ihr letzter Zweck, sondern weil er ihr absolutes Mittel ist: Er gibt im Notfall die Maßnahmen frei, um die Ordnung überhaupt herzustellen. In diesem Sinne ist der Ausnahmezustand für die rechtsstaatliche Ordnung fundamental. So gesehen stehen Ausnahmezustand und Menschenrechte also in einem Streit darüber, worin das Fundament der Rechtsordnung liegt; und beide reklamieren für sich, dieses Fundament zu sein. Nach der Logik des Ausnahmezustands besteht das Fundament der Ordnung im letzten Mittel, um die Ordnung zu garantieren, nach der Logik der Menschenrechte im letzten Zweck, den die Ordnung herstellen muss. Ohne dieses Fundament, so kommen beide überein, ist eine demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung nicht möglich. Denn ohne dieses Fundament fehlt ihr entweder das Mittel oder sie verfehlt ihren Zweck. Es scheint hier vorzuliegen, was Walter Benjamin zum Ansatzpunkt seiner »Kritik der Gewalt« gemacht hat: ein »unvereinbare[r] Widerstreit« zwischen berechtigten Mitteln einerseits und gerechten Zwecken andererseits. (Benjamin 1977, 181) Dies ist allerdings nur eine der möglichen Weisen, Ausnahmezustand und Menschenrechte als das doppelte Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung zu beschreiben. Ihr Verhältnis erscheint dann als ein Konflikt zwischen fundamentalen Gegensätzen. Es auf einen absoluten und ausschließlichen Gegensatz zwischen Mittel und Zweck zu reduzieren, führt allerdings zu einem falschen Verständnis. Denn wird das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten allein als ein Konflikt zwischen Mittel und Zweck begriffen, erschließt es sich nicht vollständig und damit nicht richtig.

Es lohnt sich, der Intuition Benjamins in dessen »Kritik der Gewalt« zu folgen und den Fokus ganz auf den Bereich der Mittel zu legen: Nicht nur der Ausnahmezustand, sondern auch die Menschenrechte sind ein rechtliches Mittel, das in den Dienst der staatlichen Ordnung gestellt werden kann. Das doppelte Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung ist unter diesem Gesichtspunkt anders zu beschreiben, als es eben geschehen ist. Fundamental sind Ausnahmezustand und Menschenrechte nicht nur als Widerstreit zwischen Mittel und Zweck. Fundamental sind sie auch insofern, als sie *beide* ein in der Rechtsordnung enthaltenes Mittel darstellen. Unter diesem Aspekt des Mittels funktionieren sie nicht einfach gegensätzlich, sondern lassen sich im staatlichen Handeln, das sie ermöglichen, zugleich verbinden. Entscheidend ist, dass Ausnahmezustand und Menschenrechte dabei jeweils als *rechtliche* Mittel fungieren. Diesen Wechsel in der Perspektive auf die beiden Phänomene – von einem Gegensatz zwischen Mittel und Zweck zu einer Komplementarität der Mittel – werde ich in den folgenden Absätzen etwas detaillierter einführen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass für Ausnahmezustand und Menschenrechte jeweils zutrifft, dass sie das Rechtliche des Rechts, die spezifische Weise seiner Geltung, zugleich *sprengen* und *begründen*. Dass sie dies in unterschiedlicher Weise tun, beruht auf ihrem je verschiedenen politischen Charakter. Der sprengende und begründende Charakter der beiden Phänomene lässt sich in zwei Behauptungen wie folgt formulieren: *i)* Menschenrechte und Ausnahmezustand sind rechtliche *Grenzphänomene*. Ihnen eignet jeweils ein konstitutiver Zug, der die Grenzen des Rechts überschreitet. Hinsichtlich beider stellt sich daher die Frage, ob sie überhaupt noch rechtliche Phänomene sind. *ii)* Menschenrechte und Ausnahmezustand bilden, in je verschiedener Weise, den *Grund* oder das Fundament des Rechts. Worin der Rechtscharakter des Rechts besteht und was also Recht ist, wird durch sie erst verständlich. Als solche Grundfiguren des Rechts lassen sie sich allerdings nur in dem Maß erläutern, in dem sie zugleich als dessen Grenze in Betracht kommen. Denn Menschenrechte und Ausnahmezustand bilden *als* Grenzphänomene jeweils den Grund des Rechts. Da sie in konträrer Weise Grenzphänomene darstellen, erscheinen sie auch als Grund des Rechts in einem gegensätzlichen Verhältnis. Ich werde im Folgenden diese beiden miteinander verknüpften Behauptungen entwickeln, um im Anschluss daran *(iii)* deutlich zu machen, wie ich in diesem Buch den Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten analysiere: nicht insofern sie als Grundfiguren in Opposition stehen, sondern insofern sie in ihrer begründenden Funktion auf der Ebene der Mittel komplementär sind.

i) Menschenrechte und Ausnahmezustand sind Grenzphänomene des Rechts, weil sie, wie angedeutet, in einer gewissen, grundlegenden Spannung zur Geltung des modernen positiven Rechts stehen, und zwar zu der ihm zugehörigen Legalität oder ›Gesetzlichkeit‹. Auf den Aspekt positiv-rechtlicher Legalität wird gleich noch ausführlicher eingegangen. Hier genügt die Orientierung an der klassischen Definition von Legalität, die Kant in der *Metaphysik der Sitten* gegeben hat. Unter Legalität versteht Kant »die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben«. (Kant, AA VI, 219) Das rechtliche Gesetz verlangt nicht mehr, als eine *äußere* Befolgung, während die innere Motivation (Triebfeder) nicht Gegenstand der Regulierung und unter dem Aspekt der Legalität unerheblich ist. (vgl. Kant, AA VI, 219–221) Legalität ist bei Kant von jenem anderen Typus sittlicher Gesetzlichkeit unterschieden, bei dem die Übereinstimmung mit dem Gesetz nicht nur äußerlich ist. Diese andere Gesetzlichkeit nennt er Moralität. Bei ihr handelt es sich um eine Übereinstimmung mit dem Gesetz, »in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist«. (Kant, AA VI, 219)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Legalität und Moralität oder wie Kant auch sagt: ›rechtliche‹ und ›ethische‹ Gesetzgebung sind darin unterschieden, wie die von ihnen gegebenen Gesetze befolgt werden müssen: Sie *verpflichten* die ihnen Unterworfenen bzw. ihnen sich Unterwerfenden auf unterschiedliche Weise. Die Normen des positiven Rechts verpflichten so, dass die gebotene Handlung *äußerlich* zu befolgen ist, gleichviel aus welchen Gründen.

Die Menschenrechte werden nun häufig so beschrieben, dass sie dieser klassischen Definition von Legalität nicht entsprechen. Diesen Beschreibungen zufolge haben die Menschenrechte, um es in der Begrifflichkeit Kants zu sagen, einen Hang zur Moralität und damit zu einem Typus von Gesetzlichkeit, der nicht juridisch ist. So bestimmt Ernst Tugendhat als das tragende Moment der Menschenrechte das *moralische* Gebot der Rücksicht auf die Interessen aller. Dieses moralische Gebot ist nach Tugendhat primär gegenüber der legalen Geltung der Menschenrechte, das heißt gegenüber ihrer jeweiligen Verankerung im positiven Recht: Für die Kritik an den gegenwärtig positivierten Menschenrechten bzw. an der Weise ihrer Positivierung ist Tugendhat zufolge daher das moralische Moment als Maßstab zu nehmen. (vgl. Tugendhat 1998, 54f.) Auch Jürgen Habermas diskutiert die Frage nach der Geltung der Menschenrechte im Rekurs auf ein moralisches Moment, das über den Aspekt der Legalität hinausgeht: Während die Menschenrechte ihrer *Form* nach positive, sanktionsbewehrte subjektive Rechte darstellen, sind sie ihrem *Inhalt* nach moralisch. Darin liegt für Habermas die auf Legalität nicht zu beschränkende Doppelgesichtigkeit der Menschenrechte: »Weil das moralische Versprechen in der juristischen Münze eingelöst werden soll, zeigen Menschenrechte ein Janusgesicht, das gleichzeitig der Moral und dem Recht zugewandt ist.« (Habermas 2010, 358) Habermas und Tugendhat unterstreichen an den Menschenrechten jeweils einen moralischen Gehalt, der in der Form der Legalität zur Geltung zu bringen ist.[8] Gemessen werden die ins positive Recht eingetragenen Menschenrechte jeweils daran, ob die juristische Form das moralische Versprechen erfüllen kann; die Kritik der Menschenrechte, die einem moralischen Maßstab folgt, richtet sich dann gegen die Weise ihrer Verrechtlichung. In das Bild der Menschenrechte ist so ein rechtskritisches Moment eingetragen und damit etwas, das unter Umständen über das Recht, wie es jetzt ist, hinausstrebt: ein Moment der Transformation.

In einer Reihe von weiteren Ansätzen wurde dieses Moment als explizit *politisch* gefasst. Für Jacques Rancière liegt die Bedeutung der

8 Während für Tugendhat allerdings das moralische Moment primär ist, legt Habermas auf das positiv-rechtliche Moment das größere Gewicht. Für eine ausführliche Gegenüberstellung von Tugendhat und Habermas hinsichtlich ihrer jeweiligen moralischen bzw. juridischen Akzentuierung der Menschenrechte vgl. Lohmann 1998, 67–76.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Menschenrechte vor allen Dingen in diesem politischen Moment. In menschenrechtlichen Erklärungen sind Rechte festgelegt, die alle Menschen haben und die zugleich sehr vielen Menschen fehlen. *Alle* Menschen haben diese Rechte, denn sie werden als die Rechte aller Menschen erklärt, in zwischenstaatlichen Verträgen vereinbart und in Form von Grundrechten in nationale Verfassungen aufgenommen. *Vielen* Menschen fehlen diese Rechte, denn sie haben weder den Schutz, den die Rechte garantieren, noch die Macht, sie für sich durchzusetzen. Die politische Bedeutung der Menschenrechte sieht Rancière darin, die Differenz zwischen allen, die diese Rechte haben, und den vielen, denen sie fehlen, bewusst zu machen und gegen sie anzutreten. (vgl. Rancière 2011, 481–484) Auch nach Claude Lefort liegt die wesentliche Bedeutung der Menschenrechte nicht in ihrer positiv-rechtlichen Gestalt, sondern in dem, was das positive Recht transzendiert. Auch er begreift dies als ein Potential politischer Transformation, gibt ihm allerdings einen anderen Akzent. Im Fokus steht weniger die Problematik des Ausschlusses von Menschen aus dem Recht, sondern die Unmöglichkeit, vom Wesen des Menschen, auf den die Menschenrechte rekurrieren, eine eindeutige und abschließende Bestimmung zu geben. Auch die Rechte dieses Menschen können daher nicht letztgültig formuliert werden, sondern sich nur in ihrer fortdauernden politischen Transformation realisieren.[9] Dies hat, in einem zweiten Schritt, Konsequenzen für die gesamte positive Rechtsordnung, deren gegenwärtige Gestalt angesichts der Variabilität der Menschenrechte selbst unter politisch-juridischem Transformationsdruck steht: »Sobald die Menschenrechte als letzter Bezugsrahmen gesetzt sind, sieht sich das positive Recht der Infragestellung ausgesetzt.« (Lefort 1990, 262) Auch nach Lefort sind die Menschenrechte dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht auf den Aspekt ihrer positiv-rechtlichen Geltung reduzieren lassen, sondern gerade ein Mittel darstellen, das positive Recht, wie es jetzt gilt, zu kritisieren. Den bisher genannten Positionen ist gemeinsam, dass sie die Menschenrechte nicht nur und nicht einmal primär durch ihre Legalität, das heißt in ihrer Eigenschaft als positives Recht, bestimmen: Die Menschenrechte erscheinen vielmehr als ein Mittel, die Legalität des Rechts zu sprengen.

Dass der rechtsprengende Charakter auch für den Ausnahmezustand kennzeichnend ist, ist leicht einzusehen und bedarf daher an dieser Stelle einer weniger langen Erläuterung. Der Ausnahmezustand ist definitionsgemäß eine »Situation, in der das normalerweise geltende Recht nicht

9 Zu diesem politischen Moment der Menschenrechte vgl. auch Balibar 1993 sowie zum Konzept »demokratischer Iterationen« als Möglichkeit, universalistische Rechtsansprüche in unterschiedlichen Kontexten politisch zu realisieren Benhabib 2008, 30–32.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

gilt«. (Opitz 2011, 68) Mit dem normalerweise geltenden Recht sind die allgemein gehaltenen Normen, insbesondere die Gesetze und die Verfassung gemeint. Der Ausnahmezustand bedeutet deren teilweise oder vollständige Außerkraftsetzung, wobei an die Stelle allgemeiner Gesetze konkrete Maßnahmen treten. Mit dem Prinzip der Legalität wird dabei gleich in mehrfacher Hinsicht gebrochen: Erstens mit der Allgemeinheit des Gesetzes, zweitens mit dessen bloß reaktivem Charakter und drittens mit der Regulierung von nur äußerem Verhalten. Am augenfälligsten ist der Bruch mit der Allgemeinheit. Diese eignet dem Gesetz, insofern dessen Formulierung sich weder auf einen besonderen Fall noch auf eine individuelle Person bezieht, sondern stets generell gehalten ist. Statt des allgemeinen Gesetzes wird im Ausnahmezustand die individuelle Maßnahme zu einem Mittel direkter Intervention.

Mit der Umstellung auf Intervention ist auch die Abschwächung der beiden weiteren Kennzeichen der Legalität verbunden: Reaktivität des Rechts und Regulierung äußeren Verhaltens. Mit ›Reaktivität‹ ist gemeint, dass sich das Recht allein auf zeitlich vorausgehende Begebenheiten bezieht und nur bereits begangene Taten beurteilt. Gerade dies macht das Recht berechenbar und schafft Erwartungssicherheit in den sozialen Beziehungen: Das Recht stellt in Aussicht, wie es auf das eigene Handeln reagieren wird – ob es dieses, wenn es zu einem Verfahren kommen sollte, als rechtswidrig oder rechtmäßig einstufen wird. Das interventionistische Maßnahmehandeln bedeutet dagegen nicht allein einen Eingriff, sondern einen Vorgriff: Das Recht wird aktiv, noch bevor etwas passiert, um Schlimmeres oder das Schlimmste zu verhindern. Unter den Bedingungen eines globalen und dauerhaften ›Kriegs gegen den Terrorismus‹ befasst sich das Recht nicht allein mit Tatbeständen, sondern zunehmend mit Eventualitäten. Nicht nur, was faktisch geschehen ist, sondern auch, was sich potentiell ereignen könnte, wird zum Gegenstand der Rechtspraxis. Diese Praxis beschränkt sich dann nicht auf prozessuales Urteilen, sondern schließt die Aktion jenseits von Verfahren ein. Die Praxis des Rechts weitet sich aus von der Reflexion auf Vergangenes zur Projektion auf Künftiges: Die Bedrohung soll gebannt werden, bevor sie aktuell wird. Diese Umstellung von Reaktion auf Prävention kehrt die für das Recht spezifische Zeitlichkeit um. Die »konstitutive Nachträglichkeit des liberalen Rechts« wird aufgehoben; »eine gegenrechtliche Zeitlichkeit« hält Einzug, »die das Recht von innen aushöhlt«. (Opitz 2015, 167 bzw. 159) Praktiken wie das *targeted killing*, das auch in europäischen Großstädten durchgeführt wird, erfolgen im Rahmen einer Militarisierung und Polizierung des Rechts: Terrorismusbekämpfung, dies wurde nach den Attentaten von Paris im November 2015 ebenso deutlich wie nach jenen in Brüssel im März 2016, unterstellt eine Situation des Krieges, in der nach dem Kriegsvölkerrecht gehandelt und geurteilt wird. Der Satz des französischen Premierministers »Nous sommes en

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

guerre« – »Wir sind im Krieg«, den er sowohl nach den Terroranschlägen in Paris als auch nach jenen in Brüssel äußerte, ist in dieser Hinsicht beispielhaft.[10] Durch den Einzug einer gegenrechtlichen Zeitlichkeit ins Recht wird nicht nur die Verfahrens- und Erwartungssicherheit des zivilen Rechts geschwächt, sondern es kommt zur »Erosion eines ganzen Repertoires rechtlich tragender Unterscheidungen«. (Opitz 2015, 170)

Eine dieser Unterscheidungen ist eben jene zwischen innerem und äußerem Verhalten, mit der die Beschränkung rechtlicher Regulierung auf letzteres einhergeht. Diese Selbstbeschränkung des Rechts findet sich nicht nur bei Kant, sondern ist bereits für die Staats- und Souveränitätstheorie bei Hobbes grundlegend. (vgl. Hobbes 1991, 340 und 381) Im Zuge präventiven Maßnahmehandelns, wie es regelmäßig in Ausnahmezuständen hervortritt, wird diese Limitation suspendiert. Da auf die äußere Tat nicht gewartet werden kann, erhält die Prüfung innerer ›Gesinnung‹ einen größeren Stellenwert: »Mit der Vorverlagerung der Gefahrenabwehr auf die Abwehr und Früherkennung schlummernder Risiken muss der Staat […] weit ausgreifen in die Kontrolle der Lebensführung und der Gesinnung, weil gerade sie die ersten Anhaltspunkte für spätere Delinquenz oder Devianz liefern könnten.« (Volkmann 2008, 375) Während ein Merkmal der Legalität darin liegt, nur auf die äußere Befolgung der Gesetze zu achten und alle inneren Beweggründe außer Betracht zu lassen, richtet sich die Maßnahme bevorzugt gegen jene, deren Gesinnung in Verdacht steht. Das Maßnahmehandeln des Ausnahmezustands verlässt damit nicht nur die zeitliche Begrenzung des Rechts, sondern greift darüber hinaus in Bereiche ein, die definitionsgemäß jenseits seiner Legalität liegen. In Anbetracht des legalitätsüberschreitenden Charakters des Ausnahmezustands wurde argumentiert, dass das (Staats-)Recht beim Ausnahmezustand aufhöre und dieser deshalb (rechts)wissenschaftlich keine Beachtung verdiene.[11]

Der Verstoß gegen drei Merkmale der Legalität – Allgemeinheit, Nachträglichkeit und Äußerlichkeit des Gesetzes – lassen sich zusammen als ein Verstoß gegen die Verfahrensqualität des modernen Rechts verstehen, aus der dieses zugleich seine Legitimität gewinnt.[12] Die Verfahrensmäßigkeit des modernen Rechts wird im Ausnahmezustand zugunsten eines Aktionismus unterbrochen, der eine spezifische Politisierung des Rechts bedeutet. Die Politisierung erfolgt als ›Polemisierung‹ im wörtlichen Sinn, als eine Umstellung auf die Situation des inneren oder

10 Vgl. dazu unten, Kapitel 3.1.

11 Der vielzitierte Satz »Das Staatsrecht hört hier auf« stammt von Gerhard Anschütz. (Meyer und Anschütz 1919, 906) Mit Bezug auf den Ausnahmezustand wurde der Satz von Schmitt (PT, 9) sowie im Anschluss an diesen von Ernst-Wolfgang Böckenförde (1978, 1882) angeführt.

12 Vgl. dazu prominent Luhmann 1983.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

äußeren Krieges. Diese Politisierung, die den Ausnahmezustand begleitet, weist in die Gegenrichtung der Menschenrechte. In der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* von 1948 wurden die Menschenrechte gerade als Antwort auf die Verbrechen von Krieg und Totalitarismus neu formuliert und positiviert; nicht die bewaffnete Verteidigung der politischen Ordnung gegen mutmaßliche innere und äußere Feinde, sondern der Schutz aller Individuen liegt in der Absicht der universellen Rechte des Menschen.

Trotz dieser Verschiedenheit bildet die Politisierung des Ausnahmezustands nicht *nur* die Antithese zur Politisierung durch die Menschenrechte, sondern funktioniert zu dieser auch analog. Denn beide Politisierungen lassen sich so verstehen, dass sie einerseits die Grenzen des bestehenden Rechts überschreiten und insofern bereits nicht mehr zum Recht zählen und dass sie andererseits beide das positive Recht selbst in eine Transformation führen, die seine Grenzen neu bestimmt. Grenzphänomene sind sie dabei jeweils im doppelten Sinn: Insofern sie den Bereich des Rechts transzendieren und insofern sie diesen erst begrenzen. Sie sind nicht nur Phänomene, die sich der rechtlichen Definition entziehen, sondern auch solche, die das geltende Recht definieren. Für die Geltung des positiven Rechts erscheinen sie unter diesem Gesichtspunkt konstitutiv und haben in einem spezifischen Sinn ›begründenden‹ Charakter: Als Grenze des Rechts sind sie zugleich dessen Grund. Diese begründende Dimension der beiden Phänomene möchte ich im Folgenden skizzieren. Verständlich wird sie nur, wenn zunächst die Besonderheit des modernen Rechts noch deutlicher hervortritt. Zentral ist dabei die Weise, in der das moderne Recht mit der politischen Ordnung, dem Staat, verbunden ist.

ii) Das moderne Recht, dessen Anfänge ins 16. Jahrhundert zurückreichen und das sich systematisch im 18. Jahrhundert mit der Formierung des Nationalstaats herauszubilden begann, ist durch die ›Positivität‹ der Geltung bestimmt. Einige Aspekte dieser positiven Geltung habe ich in Auseinandersetzung mit dem Begriff der Legalität bereits eingeführt: Allgemeinheit der Gesetze, Regulierung von allein äußerem Verhalten, Beurteilung abgeschlossener Taten. Diese Aspekte beziehen sich zum einen auf die *Form* der Rechtsnormen, zum anderen auf den durch sie regulierten *Gegenstand*. An dieser Stelle ist ein weiterer Aspekt des positiv geltenden Rechts in den Blick zu nehmen, der die spezifische Weise seiner *Genese* betrifft: ›Positiv‹ ist ein Recht, das vom Recht selbst und damit *in diesem* produziert wird. (vgl. Luhmann 1993, 192) Die positive Geltung des modernen Rechts ist mithin an die Art geknüpft, in der rechtliche Normen erzeugt werden; modernes positives Recht gilt, weil es in rechtsförmigen Verfahren gesetzt wurde. Auch in diesem Aspekt der Genese erscheint Legalität damit als ein wesentlich formales Prinzip. So versteht Max Weber unter legalen Rechtsordnungen die »*formal*

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

korrekt und in der üblichen Form zustandegekommenen Satzungen«. (Weber 1980, 19, Kursivsetzung ist im Original gesperrt) Die Positivität (von spätlat. *positivus*, gesetzt) modernen Rechts bedeutet Geltung durch Setzung. Mit diesem rechtlichen Geltungstypus verbindet sich ein spezifischer Typus von Herrschaft, der bei Weber ›legale Herrschaft‹ heißt. Sie beruht auf einem Recht, das »seinem Wesen nach ein Kosmos abstrakter, normalerweise: absichtsvoll gesatzter *Regeln*« ist. (Weber 1980, 125, Kursivsetzung ist im Original gesperrt) Indem sie in diesen Kosmos von Regeln eingebunden ist, wird die Herrschaft zugleich beschränkt. Legale Herrschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass in ihr das Recht das Mittel bildet, welches Herrschaft ermöglicht *und* begrenzt. Dem modernen Recht ist diese Spannung von Ermöglichung und Begrenzung von Herrschaft konstitutiv eingeschrieben. Vor diesem Hintergrund stehen die Menschenrechte am herrschaftsbegrenzenden, der Ausnahmezustand am herrschaftsermöglichenden Pol des modernen, positiven Rechts. Die Verortung der beiden Phänomene ist allerdings, wie gleich deutlich werden wird, noch diffiziler. An diesem Punkt komme ich zunächst zur herrschaftsbegrenzenden Funktion des modernen Rechts: Die Herrschaft an ein System rechtlicher Regeln zu binden, ist gerade der Sinn der Legalität. So definierte Otto Kirchheimer Legalität als »die notwendige Uebereinstimmung jeglichen Regierungs- und Verwaltungsaktes mit den Gesetzen des jeweiligen Landes«. (Kirchheimer 1932, 10) Der Name für die politische Ordnung, die sich an Legalität knüpft, ist ›Rechtsstaat‹ bzw. im angelsächsischen Kontext ›rule of law‹.[13] (vgl. Neumann 1980, 15f.) Es zeichnet den Rechtsstaat aus, dass die durch ihn ausgeübte Herrschaft durch allgemeine rechtliche Normen gesteuert und beschränkt wird, die innerhalb des Rechts auf die vom Recht anerkannte Weise erzeugt worden sind: Der Rechtsstaat ist der durch positives Recht herrschende und von positivem Recht beherrschte Staat. Maßgebend sind dabei neben Gesetzen auch Verträge sowie Gerichtsurteile, die Gesetze und Verträge auslegen und über deren erfolgte Einhaltung oder Verletzung entscheiden.

Dass Menschenrechte und Ausnahmezustand, wie beschrieben, Grenzphänomene des Rechts darstellen und die rechtlichen Grenzen transzendieren, tritt am deutlichsten an ihrem Verhältnis zu den Gesetzen bzw. zur spezifischen Weise gesetzlicher Geltung hervor. Ein Gesetz gilt aufgrund der Art seiner Genese: weil es auf rechtmäßigem Weg in Geltung kam. Ausnahmezustand und Menschenrechten ist gemeinsam, dass, ihrer jeweiligen Logik zufolge, diese Genese nicht den alleinigen, ja überhaupt nicht den entscheidenden Grund der Geltung darstellt. Vielmehr lassen sich beide rechtlichen Phänomene als Einwand gegen diese

13 Der Begriff ›Rechtsstaat‹ ist dabei als kürzere Formulierung für die ›rechtlich gebundene Staatsgewalt‹ zu verstehen; vgl. Preuß 1973, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Art der Geltung verstehen. Im Ausnahmezustand wird diese Geltung in dem Maß übergangen, in dem geltende Gesetze außer Kraft gesetzt werden. Nicht auf der Genese der Normen – so ein den Ausnahmezustand rechtfertigendes Argument – liegt in der Frage der Rechtsgeltung letztlich das Gewicht, sondern darauf, ob ein faktisch normaler Zustand besteht, in dem das Recht seine ordnende Aufgabe erfüllen kann. Auch die Menschenrechte lassen sich als ein Einwand gegen den rein formalen Geltungsanspruch des positiven Rechts verstehen: Nicht jeder beliebige Inhalt soll rechtlich gelten können, bloß weil er rechtmäßig gesetzt wurde. Vielmehr, so das menschenrechtliche Argument, muss auch der inhaltliche Zweck des Rechts erfüllt sein, damit das Recht gelten kann: Das moderne Recht wird »verstanden als Herstellung und Sicherung von Freiheit«. (Luhmann 2008c, 154) Mit Bezug auf die individuelle Willkürfreiheit hat auch Kant den Begriff des Rechts definiert. (vgl. Kant, AA VI, 230) Eine Rechtsordnung, die diese Freiheit ignoriert, so die Menschenrechte, ist nicht rechtens. Die Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts,[14] ebenso wie die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948, deklarieren in ihrem jeweils ersten Artikel die natürliche Freiheit aller Menschen, denn auf dieser gleichen Freiheit aller beruhen die weiteren Rechte. Nur an der Freiheit der anderen hat die eigene Freiheit ihre Grenze und diese Grenze festzulegen und zu garantieren ist die Funktion der Gesetze.[15] Gesetze, die mit der Garantie von Freiheit nichts zu tun haben, gelten aus dieser Perspektive zu Unrecht als geltendes Recht.

Indem sie einen Einwand gegen die geltenden Gesetze führen, gehen Menschenrechte und Ausnahmezustand in je eigener Weise über das Recht, das heißt über die Weise seiner Geltung hinaus. Die vorangehenden Bemerkungen deuten bereits an, *wie* sie dies tun: Sie beanspruchen jeweils, für die Geltung des Rechts fundamental, nämlich die Voraussetzung dieser Geltung zu sein. Die Behauptung der Fundamentalität bezieht sich in beiden Fällen auf die Form des Rechts: Grundlegend für das positive Recht, das Recht der Legalität, sind Menschenrechte und Ausnahmezustand, weil sie für dessen Form konstitutiv sind. Gerade in der Überschreitung des positiven Rechts tritt die Rechtsförmigkeit des Rechts in ›Reinform‹ oder eher noch in ›Überform‹ hervor. In der Rechtsförmigkeit, im Formalen des Rechts, liegt das für das Recht definierende Moment; dieses Rechtsförmige liegt im rechtlichen Verfahren. Damit Rechtsverfahren funktionieren können – damit es die Rechtsform gibt – sind, je nach Sicht, Menschenrechte oder Ausnahmezustand unverzichtbar. In *Faktizität und Geltung* hat Habermas bemerkt, es ergebe sich

14 Insbesondere die *Virginia Declaration of Rights* von 1776 und später die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789.

15 So Art. 4 der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

aus der »Rechtsform selbst die ausgezeichnete Stellung, die subjektive Rechte in modernen Rechtsordnungen einnehmen«. (Habermas 1992, 151) Unter ›subjektiven Rechten‹ sind dabei allgemein diejenigen Rechte zu verstehen, die den durch sie Berechtigten »die Rechtsmacht ein[räumen], von demjenigen, der durch sie verpflichtet wird, ein Unterlassen, möglicherweise auch ein Tun oder Dulden, zu verlangen.« (Pieroth et al. 2013, 33) Zu ihnen gehören als Teilmenge die Menschenrechte (vgl. von der Pfordten 2012, 216) und als subjektive Rechte mit Verfassungsrang die staatlichen Grundrechte (vgl. Pieroth et al. 2013, 13). Die Verbindung von Grund- und Menschenrechten besteht darin, dass die Menschenrechte mit dem Anliegen einhergehen, die betreffenden Ansprüche in Form juristisch einklagbarer Grundrechte zu kodifizieren. In diesem Sinn spricht das deutsche Grundgesetz in Art. 1 Abs. 2 von »unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten«, zu denen sich das deutsche Volk bekenne und kündigt in Abs. 3 an, dass die »nachfolgenden Grundrechte« die Gesetzgebung, die exekutive Gewalt und die Rechtsprechung »als unmittelbar geltendes Recht« binden. Die Grundrechte erscheinen hier als die unveräußerlichen Menschenrechte in positivierter und damit »unmittelbar« geltender Form. Als staatliche Grundrechte kodifiziert, schützen die Menschenrechte jene Menschen, welche »im Geltungsbereich der gemeinsamen Verfassung leben«, das heißt »vornehmlich – wenn auch nicht ausschließlich – die Bürgerinnen und Bürger des betreffenden Staates«. (Pollmann 2012, 130) Sofern solche Grundrechte, wie insbesondere die politischen Teilnahmerechte (etwa das Wahlrecht) allein den Bürger_innen vorbehalten sind, werden sie Bürgerrechte genannt. Die begrifflichen Unterschiede zwischen Bürger-, Grund- und Menschenrechten sind aufgrund der mit ihnen verbundenen Ausschlüsse Gegenstand theoretischer und politischer Debatten.

An dieser Stelle kommt es darauf an, dass die subjektiven Rechte, welche die Form des Anspruchs haben, mit der Form des modernen, positiven Rechts deshalb in einer konstitutiven Verbindung stehen, wie Habermas sagt, weil auch das Recht insgesamt zur Aufgabe hat, die Ansprüche der Individuen und hier als erstes den Anspruch auf Freiheit zu verwirklichen. Die Freiheit, die im Zentrum der Menschenrechte als subjektiver Rechte steht, bildet (unter demokratisch-rechtsstaatlichen Bedingungen) auch den Orientierungspunkt des objektiven Rechts, das die Ordnung im Ganzen durch sein vielgefächertes Regelwerk organisiert. Diese Bedeutung der Freiheit im Recht – nicht nur als Freiheit der Willkür, sondern auch im normativ gehaltvolleren Sinne begriffen als Autonomie der Einzelnen – entspricht der herausragenden Stellung, welche die Freiheit unter den in der modernen Gesellschaft um Vormacht konkurrierenden Werten einnimmt. (vgl. Honneth 2011, 35) Aufgrund ihres Bezugs zur Freiheit stehen die Menschenrechte im Verhältnis zur objektiv geltenden Rechtsordnung, ja zur Form des Rechts, in einer grundlegenden Position.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Diese grundlegende Bedeutung für die Form und daher für die Ordnung des Rechts wurde ebenso für den Ausnahmezustand behauptet. Carl Schmitt hat seit Beginn der 1920er Jahre diese außerordentliche Bedeutung des Ausnahmezustands für die Form des Rechts ins Zentrum seiner Theorie gerückt. Er zielte auf den Nachweis der *innerrechtlichen* Opposition und Überlegenheit des Ausnahmezustands gegenüber der Legalität als der Gesetzlichkeit des Rechts. Dagegen hat seit Mitte der 1990er Jahre Giorgio Agamben den Ausnahmezustand nicht als das schlichte Gegenteil des Gesetzes – dessen Außer-Kraft-Setzung –, sondern als die Form des Gesetzes (*forma di legge*) selbst expliziert und unter diesem Gesichtspunkt seine Theorie des Ausnahmezustands mit einer Theorie der juridisch-politischen Moderne verbunden. In verschiedener, ja entgegengesetzter Weise vertreten Schmitt und Agamben die These, dass im Ausnahmezustand jenes Moment wirksam ist, das der Rechtsordnung die ihr wesentliche Form verleiht. Dies ist bei Schmitt die personale Entscheidung, bei Agamben der anonyme Mechanismus des Gesetzes.[16] Der Zusammenhang von Ausnahmezustand und Rechtsform ergibt sich in beiden Fällen nicht daraus, dass im Ausnahmezustand das für das Recht wesentliche Moment zur Form geronnen wäre, sondern dass er für das Recht die formbildende Größe darstellt. Ebenso verhält es sich beim postulierten Zusammenhang von Rechtsform und Menschenrechten: Auch die Menschenrechte erscheinen mit der Rechtsform so verbunden, dass sie für das Recht eine formbildende Rolle spielen. Als konstitutiv für das Recht kommen die beiden rechtlichen Phänomene jeweils in Betracht, weil sie dessen Form *begründen*. Sie tun dies wiederum in gegensätzlicher Weise und nehmen in der ›Zeit‹ des Rechts eine unterschiedliche Position ein. Anders formuliert: Wenn sich von Menschenrechten und Ausnahmezustand jeweils sagen lässt, dass sie nicht nur Grenzphänomene des Rechts bilden, sondern für dieses auch eine konstitutive, im Wortsinn ›grundlegende‹ Bedeutung haben, so liegt diese Bedeutung in je verschiedener Richtung.

Grundlegend sind die Menschenrechte, so ihr Argument, weil sie der Legalität vorausgehen und die legale Form des Rechts anleiten. Dagegen ist der Ausnahmezustand, so dessen Argument, grundlegend für das Recht, weil er dessen Existenz auch dann sichert, wenn die Legalität nicht mehr wirksam ist. Dass Menschenrechte und Ausnahmezustand Argumente vorbringen, ist dabei nicht nur allegorisch gemeint. Mit

16 Der von ihm selbst so bezeichnete ›Personalismus‹ Schmitts wird dabei nicht erst durch äußere Einwände, etwa jenen Agambens, problematisch; vielmehr handelt es sich hier, wie noch deutlich werden wird, um einen jener Punkte, an denen Schmitts eigene analytische Arbeit seine – autoritaristischen, etatistischen und antisemitischen – Affekte und Motive, die sein Werk durchziehen, unterläuft. Zum Verhältnis von Schmitts Antisemitismus zu den für ihn tragenden Unterscheidungen vgl. Balke 2008, 301–303.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

beiden Phänomenen sind Erklärungen verbunden, in denen sie als das gerechtfertigt werden, was dem normalen Funktionieren des positiven Rechts entgegensteht (und für dieses dennoch oder vielmehr gerade dadurch konstitutiv ist): Die Menschenrechte deklarieren die Dauerhaftigkeit *normativ* begründeter Ansprüche und richten sich damit gegen die inhaltliche Indifferenz und absolute Änderbarkeit positiven Rechts. Der Ausnahmezustand wendet sich umgekehrt gegen dessen unhaltbar gewordene Statik. Er erklärt, dass den geltenden Rechtsnormen angesichts einer außerordentlich dynamischen, nämlich zu kippen drohenden *faktischen* Lage keine ordnende Kraft mehr zukomme. Der normative oder faktische Primat, den die beiden Phänomene behaupten, manifestiert sich in einem je verschiedenen Verhältnis zur positiv-rechtlichen Ordnung, das ich in einigen Sätzen noch etwas genauer umreißen möchte.

Die Menschenrechte behaupten eine *vorstaatliche* Geltung – und leiten gerade daraus den Anspruch ab, auch innerrechtliche, positive Geltung zu erhalten. Sie richten sich darauf, den durch sie formulierten Inhalten juridische Geltung zu verschaffen. Diese Forderung ihrer eigenen rechtlichen Kodifikation ist ein wesentlicher Bestandteil der Menschenrechte: »Es gehört zur Idee ›vorstaatlicher‹ Menschenrechte, dass die mit diesen verknüpften, zunächst bloß ›gedachten‹ Ansprüche stets schon mit der Forderung ihrer Realisierung durch gesatztes Recht einhergehen.« (Pollmann 2012, 130) Die Forderung der Menschenrechte lässt sich nicht nur, wie oben beschrieben, als eine Forderung *gegen* die Legalität verstehen, sondern muss zugleich als Forderung *nach* Legalität begriffen werden.[17] Dabei handelt es sich um eine vorrechtliche Forderung nach dem Gesetz: »Das alegale Fordern von Rechten ist *pro*legal: Es ist gerichtet auf ein Gesetz.« (Menke 2012b, 325, Hervorh. im Original) Diese Forderung bezieht sich nicht nur auf ein zusätzliches Gesetz, dessen Inhalt die Menschenrechte sind, sondern gefordert werden die Menschenrechte als Fundament der Rechtsordnung. Derart werden sie auch in die positiven Rechtsordnungen aufgenommen. Sind sie in einem ausdifferenzierten Rechtssystem als Grundrechte kodifiziert, bilden sie »dessen Wertefundament«, sind also »als rechtliche Grundentscheidungen zu verstehen, mit denen die öffentliche Ordnung die eigene normative Basisstruktur ausrichtet«.[18] (Pollmann 2012, 129) Als grundlegende

17 So betont die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 in ihrer Präambel die Wichtigkeit, dass die Menschenrechte »should be protected by the rule of law«, »durch die Herrschaft des Rechtes«, wie es in der deutschen Übersetzung heißt.

18 Indem sie solchermaßen als Legitimationsbedingung der staatlichen Ordnung in Betracht kommen, werden Grundrechte »als *dem Staat vorausliegende* (Menschen-)Rechte des Individuums begriffen«. (Pieroth et al. 2013, 12, Hervorh. im Original; vgl. ebenso Alexy 1994, 473)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

normative Entscheidungen sind die Menschenrechte für die positive Rechtsordnung fundamental.

Fundamentalität im Sinne einer rechtlichen Grundentscheidung wird ebenso für den Ausnahmezustand reklamiert. Das Maßnahmehandeln, das den Ausnahmezustand kennzeichnet, tritt schließlich gerade zum Schutz der »durch die Verfassung begründeten freiheitlichen demokratischen Ordnung« auf den Plan.[19] Sind die Menschenrechte ihrem Anspruch nach dem positiven Recht vorgeordnet (und insofern ›vorrechtlich‹), so ist ihm der Ausnahmezustand nachgeordnet. Während Menschenrechtserklärungen deklarieren, dass Menschenrechte ab jetzt gelten sollen und in Gesetze zu bringen, das heißt zu legalisieren sind, unterrichtet die Erklärung oder ›Ausrufung‹ des Ausnahmezustands darüber, dass das gesetzte Recht nun nicht mehr oder nicht mehr wie bisher gilt. Mit dem Ausnahmezustand ist dabei der Anspruch verbunden, die positiv-rechtliche Ordnung und damit die Möglichkeit rechtlicher Geltung erst (wieder)herzustellen. Denn in ihm geht es um die Grundlage, eine normale außerrechtliche Situation, in der Gesetze angewandt und durchgesetzt werden können. Auch die Alegalität des Ausnahmezustands lässt sich insofern als ›prolegal‹ verstehen: gerichtet auf eine Lage der Legalität.

Zwischen Ausnahmezustand und Menschenrechten besteht aus dieser Perspektive eine Konkurrenz um die Fundamentalität für die Rechtsordnung. Die Erklärungen der Menschenrechte legen dabei in einem doppelten Sinn das Gewicht auf die normative Seite: Sie verlangen zum einen die Positivierung der Menschenrechte als justiziable Normen, und sie fordern zum anderen, dass das Rechtssystem im Ganzen oder genauer von Grund auf ihrem normativen (nicht nur normen-förmigen, sondern normativ gehaltvollen) Standard genügt. In der Logik des Ausnahmezustands steht dagegen die faktische Seite im Mittelpunkt der behaupteten Fundamentalität: Im Ausnahmezustand geht es darum, das faktische Fundament zu sichern, auf der die Rechtsordnung aufbauen kann. Die Konkurrenz zwischen den beiden Phänomenen besteht in der Frage, auf welche Fundamentalität es (mehr) ankommt. Es ist die Frage, ob die positive, demokratisch-rechtsstaatliche Rechtsordnung ihre maßgebende Grundlage in normativer Geltung oder in faktischer Durchsetzbarkeit hat.

19 So steht es etwa in dem den Ausnahmezustand regelnden Art. 120 der vor dem Referendum vom 16.04.2017 geltenden *Verfassung der Republik Türkei*; zitiert nach der Übersetzung von Christian Rumpf, http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassung_synoptisch.pdf, abgerufen am 10.05.2018. Der Begründung, wenn auch nicht dem Umfang nach ähnlich, wird im deutschen Grundgesetz bei der – nur aufgrund eines Gesetzes möglichen – Beschränkung von Grundrechten auf den Schutz »der freiheitlichen demokratischen Grundordnung« verwiesen; vgl. u.a. Art. 10 Abs. 2 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Deutlich ist damit zugleich, inwiefern Ausnahmezustand und Menschenrechte in einem Zug Grund- *und* Grenzphänomene des positiven Rechts darstellen. Sie sind die beiden Extreme dessen, was als seine Grundlage in Betracht kommt. ›Extrem‹ sind Ausnahmezustand und Menschenrechte eben im Verhältnis zur Legalität des Rechts. Beide können sie als Mangel an Legalität erscheinen: der Ausnahmezustand, weil er zur rechtlosen Gewalttat, die Menschenrechte, weil sie zu außerrechtlichen Gerechtigkeitspostulaten tendieren. Beide können sie aber auch als Möglichkeitsbedingung der Legalität erscheinen: die Menschenrechte, weil sie die normative Orientierung, der Ausnahmezustand, weil er das faktische Fundament liefert. Als Mängelexemplare der Legalität stehen sie an deren Grenze, als Ermöglichungsphänomene der Legalität stehen sie an ihrem Grund.

In welcher Perspektive sie aber auch immer in Betracht kommen – stets erscheinen sie als gegenstrebige Rechtsfiguren. Der ›Grundlagenstreit‹ zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand, der Streit um ihre Fundamentalität für das Recht, ist kein bloß theoretischer, sondern ein rechtspraktisch und rechtsfaktisch ausgetragener: Im Ausnahmezustand werden grundrechtlich garantierte Menschenrechte außer Kraft gesetzt;[20] die Menschenrechte wiederum sind als ›unverletzlich‹ und ›unveräußerlich‹ festgelegt.

iii) Demgegenüber sollen die beiden Phänomene in diesem Buch nicht nur in ihrem Konflikt, sondern im Hinblick auf ihre Komplementarität untersucht werden. Dies bedeutet eine Verschiebung in der Betrachtung des Gegenstandes. Die bisher erläuterte Gegenpoligkeit von Ausnahmezustand und Menschenrechten bezieht sich vor allem auf deren Verhältnis zum einzelnen Menschen bzw. auf die Weise, wie in ihnen der Mensch gegenüber der politischen Ordnung gewichtet wird: Die Menschenrechte sind durch die Insistenz charakterisiert, dass sich die Ordnung an der Freiheit der Einzelnen zu orientieren hat und dass die Rechte aller Einzelnen entsprechend unverhandelbar sind, d.h. nicht zum Gegenstand jedweden politischen Kalküls werden dürfen. Die Logik des Ausnahmezustands verweist hingegen darauf, dass die Ordnung eine ihr eigene Materialität hat, die es zu sichern gilt, damit die Ordnung ihren Zweck erfüllen kann: eine ›freiheitliche‹, die Freiheit der Einzelnen schützende Ordnung zu sein. Für die Menschenrechte ist die Ordnung von ihrem Zweck durchdrungen und von diesem nicht abzulösen. Der Ausnahmezustand trennt dagegen Mittel vom Zweck. Indem er vom Zweck abweicht, lässt er sich zugleich von diesem heiligen: Um die Ordnung als

20 Zur Entrechtung im Namen der Sicherheit vgl. insbes. die Studie von Opitz 2012. Zur Politik des Ausnahmezustands im Verhältnis zu rechtsstaatlichen Prinzipien nach dem 11. September vgl. Scheuerman 2006.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mittel zum Zweck zu verteidigen, muss vom Zweck – der Freiheitlichkeit – der Ordnung im besonderen Falle abgewichen werden. Die Rechte und sogar das Leben der Einzelnen können im Ernstfall als Einsatz aufs Spiel gesetzt werden, wenn es darum geht, die Ordnung zu erhalten und eventuell drohendes Übel abzuwenden.

Wenn das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten nun (auch) anders, nämlich aus einer anderen Blickrichtung beschrieben wird, so liegt der Ausgangspunkt nicht in der Frage, welche unmittelbaren Folgen die beiden Phänomene für die unterworfenen Rechtssubjekte haben. Stattdessen ist die Frage leitend, welche Funktion sie für die positiv-rechtsstaatliche Ordnung erfüllen. Nicht eine Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten überhaupt, sondern die Komplementarität hinsichtlich ihrer gemeinsamen Funktion für das moderne Recht und den modernen Rechtsstaat ist das Thema dieses Buches. Komplementär sind die Phänomene, insofern sie beide zum Mittel staatlichen Handelns werden können. Der Ausnahmezustand erscheint als Mittel, insofern die in ihm ergriffenen Maßnahmen intervenierend auf die Bevölkerung einwirken und dadurch eine gefährdete Ordnung garantieren sollen. Die Menschenrechte erscheinen als Mittel, insofern das für sie maßgebende Konzept der Rechtsperson das Kollektiv der Bevölkerung als ein rechtlich regulierbares Phänomen konstituiert. Wo die Menschenrechte allein als Mittel zu einem Kollektiv, zu dessen Konstitution und Regulation, und nicht in ihrer Bedeutung als Zweck der Ordnung in Betracht kommen, werden sie zu einem Komplement der Maßnahmen, die den Ausnahmezustand kennzeichnen.

Vor diesem Hintergrund soll sichtbar werden, inwiefern Ausnahmezustand und Menschenrechte das Fundament des modernen Rechts nicht nur als zwei Pole, sondern auch als zwei miteinander verschränkte Rechtsfiguren bilden. In dieser Sicht zerren sie nicht in unterschiedliche Richtungen, sondern ziehen am selben Strang. Diese Gleichsträngigkeit soll als Ansatzpunkt der Kritik herausgearbeitet werden: Die Kritik richtet sich demnach nicht nur gegen die Politik des Ausnahmezustands, sondern auch gegen die Menschenrechte, *insofern* ihnen eine dem Ausnahmezustand komplementäre Funktion zukommt. Von dieser Kritik fällt auch ein Licht auf das moderne positive Recht, das Recht der Legalität, das auf diesem verschränkten Fundament beruht. Die folgenden Absätze sind einigen methodischen Bemerkungen gewidmet und sollen zugleich erläutern, wie das Argument im Aufbau des Buches entfaltet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Zu Aufbau und Methode des Buches

Die Problematik von Ausnahmezustand und Menschenrechten wird im Folgenden von der Theorie des Ausnahmezustands her aufgenommen. Eine Theorie ist stets etwas Allgemeines; ob es daher eine Theorie der Ausnahme und somit des Ausnahmezustands geben kann, lässt sich durchaus bestreiten. Zu diesem Punkt merkt etwa Jacques Derrida an:

> »Dass man aus der Ausnahme keine allgemeine Norm, keine Regel, kein Gesetz oder Theorem machen könne, das genau ist die Frage. Nun ist es jedoch so, dass die Souveränität, als Ausnahme, als Entscheidung, *das Gesetz vorgibt, indem sie sich vom Gesetz ausnimmt*, indem sie die Norm und das Recht, welche sie aus eigener Kraft auferlegt, in ebenjenem Moment suspendiert, da sie ihre Suspendierung im Akt der Gesetzes- oder der Rechtssetzung markiert.« (Derrida 2015, 83f., Hervorh. im Original)

Derrida bezieht sich in der Passage, aus der das Zitat stammt, auf Carl Schmitt. Für diesen steht außer Frage, dass es eine Theorie der Ausnahme gibt – ebenso, wie es eine *Theorie des Partisanen* geben kann, obschon der Partisan gerade der ›irreguläre‹ Kämpfer ist, der vom ›Normalfall‹ des Soldaten abweicht. (vgl. Schmitt 2010) Denn für Schmitt kommt es darauf an, dass die Ausnahme »das Gesetz vorgibt«, dass sie die Norm »aus eigener Kraft auferlegt« und damit das Normale erst schafft. Eine Theorie der Ausnahme muss es für Schmitt schon deshalb geben, weil eine Theorie der Normalität ohne Bezug zur Ausnahme nicht möglich wäre. Auch für Giorgio Agamben steht fest, dass eine Theorie der Ausnahme nicht nur möglich, sondern nötig ist. Dies nicht deshalb, weil die Ausnahme die Normalität herstelle, sondern weil sie mit ihr zusammenfalle. Eine Theorie der Ausnahme ist für eine Theorie der Normalität – der Normalität der gegenwärtigen Politik – nicht bloß notwendig, sondern mit ihr identisch. Im vorliegenden Buch kommt die Theorie der Ausnahme allerdings deshalb in Betracht, weil sie mit der Vorstellung des Menschen, mit dem ›Allgemein-Menschlichen‹, das sich in der Idee der Menschenrechte manifestiert, in einer historischen Beziehung und in einem systematischen Bezug steht. Dafür ist, wie erwähnt, die Frage nach der Form des Rechts zentral. Unter dieser Frage kommen im ersten Teil des Buches Schmitt wie Agamben in Betracht (Kapitel 1 und 2).

Schmitts Theorie des Ausnahmezustands ist eine Theorie der Souveränität; Agambens Theorie des Ausnahmezustands ist eine Theorie der Entsouveränisierung, des Verlusts von Souveränität im Recht. Agambens Aneignung von Schmitt kehrt dessen Theorie um, wobei sich diese Umkehrung um zwei Achsen dreht. Es handelt sich einerseits um das Verständnis von Subjektivität, andererseits um den Begriff des Rechts. Beides – Subjektivität und Rechtsbegriff – wird vom jeweiligen Konzept der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Form her verständlich. Nach Schmitt wie nach Agamben ist dabei ›Form‹ mit ›Leben‹ identisch. Bei Schmitt kommen Form und Leben im souveränen Subjekt zur Deckung, bei Agamben in jenen menschlichen Individuen, die ihrer Subjektivität weitgehend beraubt sind. Jeweils stehen Souveränität und Subjektivität in einer Verbindung. Dabei entwickelt Agamben die zentralen Aspekte seiner Theorie des Ausnahmezustands, wie ich darlegen werde, in eine Schmitt entgegengesetzte Richtung. Während Schmitt im Zusammenhang von Souveränität und Subjekt den für die Rechtsform konstitutiven *politischen* Gehalt sieht, erläutert Agambens Theorie des Ausnahmezustands diesen Zusammenhang als *Entpolitisierung*, das heißt als Verlust jeder politischen Qualität. Ist der Ausnahmezustand für Schmitt personale Ermächtigung, so ist er bei Agamben depersonalisierende Unterwerfung. Dagegen verstehe ich den Ausnahmezustand, gegen Schmitt ebenso wie gegen Agamben, als eine Unterwerfung durch Personalisierung: eine Unterwerfung, die auf das Konzept der Rechtsperson angewiesen ist. Durch das Konzept der Rechtsperson ist der Ausnahmezustand mit der Idee der Menschenrechte verbunden.

Agamben hat die entpolitisierende Konsequenz des Ausnahmezustands in direkte Relation zu einer Kritik der Menschenrechte gebracht. Die Weise, in der dies geschieht, vermag allerdings, wie ich argumentieren werde, nicht zu überzeugen. Nach Agamben stimmen Ausnahmezustand und Menschenrechte darin überein, dass sie das menschliche Leben auf eine bloß körperliche Existenz reduzieren: Beide Phänomene bewirken so eine Trennung des menschlichen Lebens von seiner politischen Form. Diese Deutung setzt allerdings voraus, dass der menschliche Körper die Referenz der Menschenrechte bildet. Als menschenrechtliche Idee des Menschen erscheint der körperliche Mensch jenseits seiner Eingebundenheit in die politische Gemeinschaft. Darin, dass in ihnen von diesen politischen Qualitäten und Bezügen abgesehen wird, sind die Menschenrechte demnach abstrakt. Dagegen versuche ich hier die Abstraktion, um die es beim Ausnahmezustand und bei den Menschenrechten geht, anders zu denken. Denn sie erfolgt weniger über den Körper des Menschen, als vielmehr über das Konzept der menschlichen ›Person‹, das sich nicht erst im 18. Jahrhundert, sondern seit dem 16. Jahrhundert herauszubilden begann. Im Konzept der Person liegt, wie ich im zweiten Teil des Buches zeigen werde, der systematische Punkt, an dem die Menschenrechte nicht nur zum Zweck, sondern auch zum Mittel der Ordnung werden können (Kapitel 3 und 4).

Dabei rückt die Rechtsperson in derselben Hinsicht als Mittel in den Blick, wie es auch für den Ausnahmezustand der Fall ist: Der Ausnahmezustand, als ein Mittel des Rechtsstaats, erfüllt einerseits eine Funktion für das Recht selbst, indem er eine Situation normaler Rechtsanwendung herstellen soll; und er erfüllt andererseits eine Funktion für den Staat, indem er Maßnahmen enthalten soll, die eine den Staat grundsätzlich

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bedrohende Gefährdung abwehren. Auch die Menschenrechte erfüllen eine solche doppelte Funktion – für das moderne positive Recht einerseits, für den Staat andererseits. Sie erfüllen diese Funktion auf einem ähnlichen Weg: Sie machen es möglich, die Individuen als einzelne Rechtspersonen zu adressieren und sie eben auf dem Weg des Rechts auch zum Gegenstand staatlichen Handelns zu machen; nicht dadurch, dass sie durch Maßnahmen entrechten, sondern dadurch, dass sie die Menschen durch Rechte berechtigen. Im Fokus steht also die Berechtigung als Mittel von Recht und Staat und die Rolle, welche dem Konzept der Rechtsperson dabei zukommt. Es ist dieses Konzept, das im Zentrum der Idee der Menschenrechte steht. Rechtsperson zu sein bedeutet, im und vom Recht als Träger_in von Rechten anerkannt zu werden. Als Rechtspersonen, als Träger_innen von Rechten, erhalten die Menschen einen rechtlichen Status. Dass alle Menschen im Recht als Rechtsperson und damit als Gleiche gelten, lässt sich als die grundlegendste Formulierung der Idee der Menschenrechte begreifen.

Welche Funktion das Konzept der Rechtsperson nun für das moderne, positive Recht selbst erfüllt, wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, was dieses Recht auszeichnet. Es lohnt sich, dabei auf die Genese des europäischen Rechts zu blicken, die mit der Tendenz einer allgemeinen Verrechtlichung, wie bereits erwähnt, im 16. Jahrhundert einsetzt und im 18. Jahrhundert allmählich zur Herausbildung des modernen positiven Rechts führt. Zum beschriebenen legalen Charakter dieses Rechts zählt als grundlegendes Kennzeichen auch dessen Änderbarkeit: Positives Recht ist nicht einfach das gesetzte, sondern es ist das fortlaufend neu-gesetzte, sich dauernd ändernde Recht. (vgl. Habermas 1992, 57) Eine gegebene Rechtslage lässt sich allerdings nur leicht ändern, wenn dabei nicht auf einen unterschiedlichen Status der Betroffenen Rücksicht zu nehmen ist. Dies zeigt sich an der Schwelle zum modernen Recht im 16. Jahrhundert. Damals bedeutete dies: Ständische Privilegien und Verflechtungen in Zünfte oder lokale Grundherrschaften mussten außer Betracht bleiben. Eben dies leisten das Konzept der Rechtsperson und die mit ihr verbundenen Rechte. Werden die Menschen vom Recht als Rechtspersonen, das heißt als Gleiche begriffen, bleiben alle struktur- und herkunftsbedingten Differenzen ausgeblendet, so dass die Änderungen des Rechts pauschal erfolgen können. Das Konzept der Rechtsperson erfüllt aber nicht allein eine Funktion für das moderne Recht, sondern auch für den modernen, zunächst den frühmodernen Staat. Indem die Menschen durch ihren Status als Rechtsperson ins Recht hereingeholt, zu einem Teil des Rechts werden, lassen sie sich auch auf dem Weg des Rechts direkt adressieren. Das Konzept der Rechtsperson macht es erstmals möglich, dass sich Herrschende und Herrschaftsunterworfene direkt gegenüber stehen. Der Herrschaftsanspruch der Kirche lässt sich durch das staatliche Recht und

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sein Konzept der Rechtsperson ebenso umgehen wie das Abhängigkeitsgeflecht innerhalb der Ordnung der Stände.

Eben diese Ausschaltung der, zwischen Staat und Beherrschten stehenden, sogenannten ›intermediären‹ Instanzen, kennzeichnet den Beginn moderner Souveränität. Was moderne, (territorial)staatliche Souveränität ausmacht, ist ›Rechtsunmittelbarkeit‹, das heißt die Möglichkeit einer direkten rechtlichen Adressierung der Rechtssubjekte. Dadurch wird das gesetzte Recht zum Medium der Herrschaft. Wichtig ist hierbei, dass das moderne Recht den staatlichen Zugriff nicht durch Oppression der Beherrschten herstellt, sondern durch ihre Berechtigung. Diese hat für den modernen Staat als einem Steuerstaat besondere Bedeutung, insofern Berechtigung, nämlich freies Wirtschaften, die Produktivität der Bevölkerung fördert und dazu beiträgt, das Einkommen des Staates zu erhöhen. Dass zwischen Rechtspersonen und Leibeigenen auch ökonomisch eine Differenz besteht, war in Theorie und Praxis bereits um 1600 erkannt. Die *materia reipublicae*, Grundlage des Staates, setzt sich bevorzugt aus berechtigten Menschen zusammen. In dieser historischen Perspektive erweist sich Berechtigung als ein Mittel staatlichen Handelns, das nicht nur zur Begrenzung, sondern auch zur Ermöglichung der Herrschaft dient. Die rechtliche Ermächtigung der Menschen zum Handeln, nicht dessen Beschränkung, ist der Weg, auf dem hier staatliches Handeln Herrschaft etabliert.

Mit dem Aspekt des staatlichen Handelns ist der systematische Punkt erreicht, den dieses Buch entwickelt, da er im Kern der Verbindung von Ausnahmezustand und Menschenrechten steht. Das menschenrechtliche Konzept der Rechtsperson wird in dem Maß problematisch, in dem sich staatliches Handeln darauf als Mittel bezieht; und in der Hinsicht, in der die Rechtsperson zum Mittel wird, erscheinen Ausnahmezustand und Menschenrechte als komplementär. Die Verbindung von Rechtsperson und staatlichem Handeln ist der spezifische Punkt, an dem zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand eine Beziehung der Komplementarität besteht.

Auf die Situation der Gegenwart lassen sich die frühneuzeitlichen Verhältnisse und die Vorgeschichte der Menschenrechte zwar keineswegs direkt übertragen, doch sind für das moderne positive Recht sowie für Ausnahmezustand und Menschenrechte als ihm zugehörige Phänomene einige Züge relevant, die sich mit der frühneuzeitlichen Verrechtlichung etablieren. Zu nennen ist erstens die Tatsache, dass es in der Moderne eine Herrschaft und damit ein Handeln gibt, das nicht nur Recht einsetzt oder wiederherstellt, sondern das selbst die Form des Rechts hat; es gibt ein rechtsförmiges Handeln, dem sich der Staat zur Herrschaft bedient. Am sichtbarsten zeigt sich dies gegenwärtig am Ausnahmezustand. Er ist, darauf bezog sich schon das Interesse Schmitts, der extremste Exponent eines unmittelbar rechtsförmigen Handelns. Zugleich fungiert er

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

als Motor für grundlegende Veränderungen des Rechts: Sowohl der im November 2015 in Frankreich als auch der im Juli 2016 in der Türkei erklärte Ausnahmezustand haben erhebliche Änderungen in der normal geltenden Rechtsordnung nach sich gezogen. Zweitens ist die Tatsache relevant, dass im rechtsförmigen Handeln der Zugriff des Staates auf dem Weg über die menschenrechtliche Idee der Rechtsperson erfolgen kann. Indem die Menschen als Rechtspersonen adressiert werden, lässt sich staatliches Maßnahmehandeln als rechtliches Handeln legitimieren. Dieses Handeln kann dabei dem Sinn, den die Menschenrechte ihrer Idee nach haben, direkt widersprechen. Die Rechtsperson bleibt im Ausnahmezustand in negativer Richtung der rechtliche Zugang, den staatliches Handeln zu den Menschen nehmen kann. Dadurch wird die Rechtsperson zum Medium einer Umverteilung rechtlichen Handelns: So geht in Ausnahmezuständen etwa die Einschränkung individueller Bewegungsfreiheit (Hausarrest) mit der Ausweitung staatlicher Bewegungsfreiheit (Hausdurchsuchung) einher. Im Ausnahmezustand tendiert der Handlungscharakter, der dem modernen positiven Recht insgesamt eignet, dazu, sich zu verselbständigen. Diese Verselbständigung des Handelns richtet sich gegen die Weise, in der das rechtliche Handeln die normative Grundlage des demokratischen Rechtsstaates bildet: Es richtet sich einerseits gegen die Freigabe individuellen Handelns, andererseits gegen die Verfahren demokratischen Handelns, die dem Recht seine Legitimität verleihen – tangiert sind private und öffentliche Autonomie gleichermaßen und in ihrem Zusammenhang.[21] Die Freiheit, das freie Handeln, das Grundlage und Ziel des demokratischen Rechtsstaats darstellt, wird zurückgenommen, wenn dieser Rechtsstaat als bedroht gilt.[22] Der moderne Rechtsstaat und das ihn auszeichnende, handlungsorientierte Recht sind der Ort einer spezifischen Dialektik der Freiheit, die in diesem Buch exponiert wird. Verständlich wird diese Dialektik nur, so die grundlegende

21 Dass nicht alle in Demokratien erfolgenden Entscheidungsprozesse dem Maßstab demokratischer Legitimation genügen, gehört allerdings, bis zu einem gewissen Grad, zur Normalität von demokratischen Ordnungen; vgl. dazu Möllers 2013, 281f. Zum normativen Zusammenhang einer Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie vgl. Habermas 1992, 112–135.

22 Dass in der Freiheit das Prinzip des bürgerlich-demokratischen Rechtsstaats liegt, ist nicht nur die Position liberaler Theoretiker_innen. So schrieb etwa Carl Schmitt in seiner *Verfassungslehre*: »Die moderne bürgerlich-rechtsstaatliche Verfassung ist nach ihrem geschichtlichen Werden und ihrem heute noch herrschenden Grundschema zunächst eine *freiheitliche* Verfassung, und zwar im Sinne der *bürgerlichen Freiheit*. Ihr Sinn und Ziel, ihr τέλος, ist in erster Linie nicht Macht und Glanz des Staates […], sondern *liberté*, Schutz des Bürgers vor dem Mißbrauch staatlicher Gewalt.« (VL, 126, Hervorh. im Original)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

These des Buches, wenn sie aus dem Zusammenhang beider Phänomene, Ausnahmezustand *und* Menschenrechte, begriffen wird: Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung, als die ich die Dialektik von Menschenrechten und Ausnahmezustand verstehe, ereignet sich, indem die Menschenrechte *allein* als Mittel des modernen Rechts und staatlichen Handelns in Betracht kommen und ihr Zweck – den Menschen als Rechtspersonen einen Status im Recht und eine Beziehung zur politischen Gemeinschaft zu geben – in den Hintergrund tritt. Die kritische Perspektive, die sich dadurch auch auf die gegenwärtige Gestalt der Menschenrechte eröffnet, zielt nicht darauf, die Idee der Menschenrechte aufzugeben, sondern sie gegen ihre möglichen Instrumentalisierungen in Stellung zu bringen. Dies heißt, ihren Anspruch, dem Menschen eine Anbindung an die Rechtsgemeinschaft zu geben, ernst zu nehmen und die gemeinsame Aktion der Menschen gegen exkludierende Maßnahmen zu positionieren. Es heißt somit auch, auf dem demokratischen Gehalt des modernen Rechts als eines ›Aktionsrechts‹, eines am Handeln der Menschen orientierten Rechts zu insistieren und diesen Gehalt zum Tragen zu bringen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

I.
Theorie der juristischen Form
Der Ausnahmezustand und die Frage nach der Einheit von Recht und Politik

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

1. Ausnahmezustand und »Rechtsform« bei Carl Schmitt

1.1 Die Normativität und das Politische: Zur Dualität im Recht

> »Was als *politische* Größe existiert, ist, juristisch betrachtet, wert, daß es existiert.«
> *Schmitt,* Verfassungslehre 22, *Hervorh. im Original*

Nach Carl Schmitt hat der Ausnahmezustand Bedeutung für die Frage nach der Souveränität. Denn im Ausnahmezustand erweist sich die Person oder Personengruppe, die, über ihn entscheidend, die rechtliche Ordnung transzendiert, als politisch souverän. Im Rahmen einer Theorie der Souveränität bezeugt der Ausnahmezustand damit eine Überlegenheit des Politischen über das Recht; souverän ist, wessen Entscheidung diese Überlegenheit beweist.[1]

Die Bedeutung des Ausnahmezustands bei Schmitt lässt sich auf die Frage nach der Souveränität allerdings nicht reduzieren. Die These, für die der Ausnahmezustand bei ihm heuristisch relevant wird, ist grundlegender. Diese These lautet nicht, dass das Politische dem Recht überlegen ist, sondern dass das ›rein‹ Juristische, die Rechtsform selbst, *genuin politisch* ist. Dem Ausnahmezustand kommt in Schmitts Theorie die Funktion zu, diese These zu belegen und zu explizieren. Die These von der Politizität des Rechts ist gegen die Vorstellung gerichtet, dass das spezifisch Juristische in einer reinen Normativität, in ungebrochener Legalität

1 Für Schmitt liegt die Souveränität damit bei der Exekutive. Dies geht allerdings, wie Matthias Lemke festgestellt hat, »an der Verfassungsnorm repräsentativer Demokratien vorbei«, in denen nicht die Regierung, sondern das Staatsvolk souverän ist. (Lemke 2017, 13) Die empirische Analyse des Ausnahmezustands könne daher, anders als die theoretische Beschäftigung mit ihm, ohne Schmitts Theorie der Souveränität auskommen. Dass eine empirische Analyse gegenwärtiger Ausnahmeregime mit Schmitts Theorem der absolut ungebundenen Entscheidung eines Souveräns nicht in Einklang steht, zeigt eindrücklich Loevy 2016. Gleichwohl knüpfen insbesondere seit dem 11. September 2001 zahlreiche Analysen gegenwärtiger Ausnahmeregime an Schmitts Theorie an; dass dies häufig ohne zureichende kritische Auseinandersetzung mit deren autoritaristischen Konsequenzen (und Prämissen) erfolgt, kritisiert Scheuerman 2006, 61f. Eine Auseinandersetzung mit Schmitts Theorie ist, wie im Folgenden deutlich werden wird, in systematischer Hinsicht vor allem aufschlussreich bezüglich der Frage, wie rechtliche Normativität und politischer Akt im Begriff des Rechts zusammenhängen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

besteht. Schmitt entwickelt diese These vor allem in seinen Büchern *Die Diktatur* (1921) und *Politische Theologie* (1922); in der einflussreichen *Verfassungslehre* (1928) bildet sie das Prinzip der Gliederung in einen rechtsstaatlichen und in einen politischen Teil.[2] Die These impliziert einen bestimmten Begriff des Rechts, den man als ›nicht-isolationistisch‹ bezeichnen könnte: Wenn das Recht selbst einen politischen Gehalt aufweist, lässt sich der Begriff des Rechts nicht unabhängig vom Begriff des Politischen, sondern nur in Einheit mit diesem verstehen. Im Zentrum von Schmitts rechtstheoretischen Arbeiten steht die Frage, wie diese Einheit begriffen und erläutert werden kann: Wie hängt, dem Begriff nach, das Recht mit dem Politischen zusammen?

Die Frage erscheint schon am Anfang von Schmitts Werk in den 10er Jahren des 20. Jahrhunderts. In den Grundzügen wird sie hier schon so adressiert wie in den bekannteren Büchern der 1920er und der 1930er Jahre. Zugleich sind es gerade Umgewichtungen in dieser Frage, aus denen sich die folgenreichen Wendungen erklären lassen, die Schmitts Werk in diesen drei Jahrzehnten periodisieren: Auf eine normativistische Auffassung des Rechts in den 1910er Jahren folgte die dezisionistische Position der 1920er Jahre, die zu Beginn der 1930er Jahre von einer völkisch-nationalsozialistischen Konzeption von Ordnung und Recht abgelöst wurde. Beunruhigend und lehrreich ist dabei zu sehen, dass diese drei Perioden nicht auf radikal verschiedenen Voraussetzungen beruhen, sondern dass es sich um Optionen handelt, die angesichts der geteilten Voraussetzungen nahe beieinander liegen.

Ich werde nun diese Voraussetzungen anhand des frühen Buchs *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* von 1914 benennen, in dem sie bereits klar formuliert sind. Die Frage nach dem Verhältnis von Recht und Politik erscheint hier unter den Begriffen ›Recht‹ und ›Macht‹. Recht kommt als eine wesentlich normative, Macht hingegen als eine faktische oder, wie Schmitt später in der *Verfassungslehre* (vgl. VL, 9) formulieren wird, ›seinsmäßige‹ Größe in Betracht. Im Ganzen erschließt sich das Recht nur, wenn verständlich wird, wie sich das normative mit dem faktischen Moment verbindet. Dass zwischen dem Normativen einerseits und dem »Tatsächlichen, Erfahrungsgemäßen« (Schmitt 2004, 32) andererseits eine kategoriale Differenz besteht, so dass sich Normatives und Faktisches nicht aufeinander reduzieren oder auseinander ableiten lassen, ist die erste Prämisse, die für Schmitt grundlegend bleibt. Ausgehend von dieser Prämisse vertritt Schmitt in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen*

2 Die *Verfassungslehre* erschien ein Jahr nach *Der Begriff des Politischen* (1927). Das in ihr zugrunde gelegte Verständnis des Politischen trägt, wie noch deutlich werden wird, erkennbar die Züge der vorangehenden Schrift. (vgl. dazu auch Böckenförde 2006, 349f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ein Verständnis des Rechts, das zumindest auf den ersten Blick (bzw. im ersten Kapitel) als klar normativistisch erscheint: Das Recht ist ungebrochene, »in lückenloser Geschlossenheit« (ebd., 37) bestehende Normativität. In ihm gibt es nichts Faktisches und von der sozialen Wirklichkeit bleibt es getrennt. Die Verwirklichung des Rechts, seine Umsetzung in der Gesellschaft, gehört nicht zum Recht selbst, sondern fällt in den Bereich der Macht. Dies ist der Inhalt des ersten Kapitels, *Recht und Macht*.

Das zweite Kapitel, *Der Staat*, thematisiert die Verwirklichung des Rechts. In ihr habe der Staat seinen Zweck: »*Der Staat ist danach das Rechtsgebilde, dessen Sinn ausschließlich in der Aufgabe besteht, Recht zu verwirklichen*«. (ebd., 56, Hervorh. im Original) Der Staat ist ein Mittel zum Zweck des Rechts. (vgl. ebd., 71) Weil er seinen Sinn von dem zu verwirklichenden Recht erhält, ist er von diesem her zu definieren, und nicht umgekehrt das Recht oder die Norm vom Staat her zu bestimmen. Da die Rechtsnorm von selbst nie eine Verbindung mit der Wirklichkeit eingeht (vgl. ebd., 70), bedarf es des Staates als Mittler »zwischen dem Reich des Rechts und der Wirklichkeit«. (ebd., 58) Die Norm wird durch den Staat allerdings nicht nur äußerlich mit der empirischen Welt verbunden, sondern innerlich verändert. Dadurch, dass sie »durch den Staat als Medium hindurchgegangen ist«, erfährt sie »eine spezifische Modifikation«: In das rein Normative fließt »ein Moment des Empirischen mit ein«. (ebd., 75) Schmitt versteht dieses Einfließen nicht so, dass sich Normatives und Faktisches vermischen. Vielmehr kommt es innerhalb des Normativen zu einem Bruch zwischen zwei Rechten, einem abstrakt-normativen und einem staatlich-verwirklichenden Recht. Der »Gegensatz der beiden Rechte« besteht dabei nicht in zwei getrennten Sets von Rechten, sondern »die Scheidung« ist in jedem einzelnen Rechtssatz vorzunehmen. (ebd., 77) Jeder Rechtssatz enthält, was Schmitt am Anfang der 1920er Jahre in *Die Diktatur* den »Gegensatz von Recht und Rechtsverwirklichung« nennt. (D, 191 und ähnlich XVII) Das Moment der Verwirklichung des Rechts tritt als Geltungsbedingung der Norm in diese ein. Der Dualismus besteht nicht nur zwischen Recht und Macht, zwischen Normativem und Faktischem, sondern es ist ein »Dualismus *im* Recht« (ebd., Hervorh. J.H.), im Normativen selbst. Dies ist die zweite Prämisse, die Schmitt beibehält. Mit dieser Prämisse ist verbunden, dass der Staat dem Recht nicht äußerlich ist; Verwirklichung ist »Verstaatlichung des Rechts«. (Schmitt 2004, 82) Der Inhalt des ersten Kapitels wird dadurch nicht revidiert, sondern präzisiert: Staat und Recht sind zwar getrennt, doch erscheint innerhalb des Rechts ein staatliches Moment. Die Frage ist, ob und in welcher Weise dadurch der Staat als ganzer ins Recht einrückt: Inwiefern ist der Staat als das Gegenteil des Normativen doch auch ein Teil davon? Es handelt sich, mit Hegel gesprochen,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

um die Frage nach dem »inneren Unterschied« (Hegel 1988, 114) und damit zugleich nach der Einheit dieses Unterschieds.[3]

Bei Schmitt hat dieser innere Unterschied des Normativen die Form der ›Durchbrechung‹ der Normativität durch die Entscheidung als dem Anderen der Norm. Durchbricht der Staat das Recht und bedarf das Recht dieser staatlichen Durchbrechung, so fragt sich, inwiefern der Staat selbst zum Recht gehört. Es ist genau diese Frage, deren je unterschiedliche Beantwortung in den 1910er, 1920er und 1930er Jahren Schmitt zu deutlich verschiedenen oder verschobenen Positionen führt. In *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* scheint diese Frage noch nicht entschieden beantwortet. Zwar enthält das Recht mit der Verwirklichung auch ein staatliches Moment, aber der Staat als Sphäre wird zugleich deutlich vom Recht getrennt. In den Schriften aus den 1920er Jahren – dies gilt nicht nur für *Die Diktatur* und die *Politische Theologie*, sondern auch für die *Verfassungslehre* – ist der Staat dagegen ganz ins Recht eingerückt: Solange der Staat besteht, besteht auch ein Zustand des Rechts. In den 1930er Jahren räumt Schmitt dem Staat einen derart weiten Vorrang vor dem Normativen ein, dass das Normative jede Eigenbedeutung verliert und gerade dadurch auch der (Rechts-) Staat als ein durch Normen organisiertes Gebilde zugunsten einer Konstellation zurücktritt, in der sich die politische Einheit aus der Person des Führers und der Ordnung des Volkes konstituiert. Aus der Frage nach dem Rechtscharakter des Staates ergeben sich die Positionen, die Schmitts Werk bis zum Zweiten Weltkrieg strukturieren: Aus dem in sich dualistischen Normativismus der 1910er Jahre wird der Dezisionismus der 1920er Jahre, auf den das nationalsozialistische ›Ordnungs- und Gestaltungsdenken‹ (ÜdA, 48) der 1930er Jahre folgt.

Die Durchbrechung des Normativen durch das Faktische (oder Politische) wird dabei mit zunehmendem Nachdruck als derjenige Akt verstanden, dem das Recht seine Einheit und damit seine Existenz verdankt. Je mehr so das Recht auch begrifflich durch Durchbrechung bestimmt ist, desto mehr entfällt die Bedeutung, die dem System der Normen bei Schmitt für das Recht zukommt – bis hin zu dem Ergebnis, dass sich das zu Durchbrechende, das rechtsstaatliche Prinzip der Legalität, ganz aufgelöst hat und paradoxerweise nichts anderes mehr als Durchbrechung besteht: Das Wort des Führers ist dann Gesetz. An diesem Punkt, an dem Schmitts Position politisch ganz in den Nationalsozialismus einmündet, wird sie auch juristisch inkonsistent. Eine differenziertere Sicht auf das Problem, an dem sich Schmitt abarbeitet, geben dagegen die Bücher aus den 1920er Jahren.

3 Mit Hegel teilt Schmitt damit eine Grundfrage, die Frage nach der Einheit von Identität und Nicht-Identität. Zum Verhältnis von Hegel und Schmitt vgl. Kervégan 2005.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Um dieses Problem hervortreten zu lassen, ist die bereits genannte Gliederung der *Verfassungslehre* von 1928 aufschlussreich. Denn die Verbindung von Recht und Politik (Normativität und Durchbrechung), die den Begriff des Rechts kennzeichnet, spiegelt sich darin wider, wie die beiden Teile der Verfassung, ihr normativer und ihr politischer Teil, miteinander zusammenhängen: In der *Verfassungslehre* wird deutlich, inwiefern die rechtlichen Normen zu ihrer Verwirklichung auf einen politischen Akt, nämlich eine Entscheidung angewiesen sind, welche die Normativität durchbricht. Dieser politische Akt realisiert sich zum einen in der Begründung der Verfassung, im Moment ihrer Konstitution, zum anderen in der Anwendung der auf ihr beruhenden Normen, in der alltäglichen Applikation. Wie Schmitt das Verhältnis von politischem Akt und normativem System anhand von Begriff und Aufbau der Verfassung erläutert, ist im Folgenden thematisch.

System und Aktion: Die Einheit der Verfassung

Die Verfassung des bürgerlichen Rechtsstaats – nur dieser Verfassungstyp bildet den Gegenstand der *Verfassungslehre* – ist stets aus zwei Teilen zusammengesetzt: »einerseits die rechtsstaatlichen Prinzipien zum Schutz der bürgerlichen Freiheit *gegen* den Staat, andererseits der politische Bestandteil, aus welchem die eigentliche *Staatsform* (Monarchie, Aristokratie oder Demokratie oder ein ›status mixtus‹) zu entnehmen ist.« (VL, 41, Hervorh. im Original) Den rechtsstaatlichen Teil der Verfassung beschreibt Schmitt als ein in sich geschlossenes System aus Gesetzen und Normierungen. Es beruht auf Grundrechten und Gewaltenteilung als den zwei Prinzipien, die aus der Idee der bürgerlichen Freiheit folgen und ihrer Verwirklichung dienen. (vgl. VL, 126f.) Der politische Bestandteil ist vom rechtsstaatlichen verschieden und ihm gegenüber grundlegender. Er beruht auf einem ›Akt‹ der verfassungsgebenden Gewalt und enthält die grundsätzlichen Entscheidungen über die Form, die sich eine politische Einheit gibt. (vgl. VL, 21–25) Was die Verfassung des bürgerlichen Rechtsstaats auszeichnet, ist die Integration beider Teile: »In der Verbindung dieser beiden Bestandteile liegt die Eigenart der heutigen bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassungen.« (VL, 41) Die Eigenart besteht weniger in der Tatsache als in der Art der Verbindung; es kommt weniger darauf an, *dass*, als vielmehr, *wie* sie statthat.

Die Frage nach dem Zusammenhang, der zwischen dem Rechtsstaatlichen und dem Politischen besteht, bildet die grundlegendste Frage der *Verfassungslehre*. Es ist dieselbe Frage, die sich auch für den Begriff des Rechts stellt, am Gegenstand der Verfassungsarchitektur allerdings plastischer hervortritt. In der *Verfassungslehre* nimmt diese Frage einen großen Raum ein; den beiden Abschnitten zum rechtsstaatlichen und

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

politischen Bestandteil der Verfassung geht ein umfangreicher erster Abschnitt zum ›Begriff der Verfassung‹ vorher, der sich wesentlich mit dem Zusammenhang von rechtsstaatlichem und politischem Teil befasst. Diesen Zusammenhang versteht Schmitt nicht als äußerliche Verbindung, sondern als innere Einheit. Schmitt formuliert dies an manchen Stellen explizit, etwa in seinen Bemerkungen zum ›positiven Verfassungsbegriff‹ (§ 3): »Es ist notwendig, von der Verfassung als von einer Einheit zu sprechen und insofern einen absoluten Sinn von Verfassung beizubehalten.« (VL, 23) Einen absoluten Sinn hat der Begriff der Verfassung, wenn er ein einheitliches Ganzes bezeichnet.[4] (vgl. VL, 3)

Dass Schmitt unter dem Begriff der Verfassung eine solche Einheit versteht, wird zudem auch implizit deutlich, nämlich an der Form, die er seiner *Verfassungslehre* gibt. Der erste Satz des Vorworts lautet: »Die vorliegende Arbeit ist weder ein Kommentar noch eine Reihe monographischer Einzelabhandlungen, sondern der Versuch eines *Systems*.« (VL, XI, Hervorh. im Original) Ein systematischer Anspruch in der Darstellung kann nur plausibel erscheinen, wenn auch in der Sache ein einheitlicher Zusammenhang unterstellt wird. Ein solcher Zusammenhang bedarf desto mehr der Begründung, als die beiden zur Einheit integrierten Bestandteile grundlegend verschieden sind. Während der rechtsstaatliche Bestandteil ein *System* darstellt, macht sich im politischen Bestandteil in erster Linie ein *Akt* geltend. Woher kommt die einheitsstiftende Kraft, die es möglich macht, System und Akt zu einem System, nämlich zum Ganzen der Verfassung zu integrieren? Es ist die Pointe von Schmitts Theorie, dass die Einheit, ohne die es kein »System der Verfassungslehre« (VL, XII) geben kann, gerade nicht kraft des systematischen, rechtsstaatlichen Teils der Verfassung, sondern kraft des politischen Akts besteht. Die Einheit von System und Akt, welche die Verfassung als ganze konstituiert, ist politisch bewirkt. Von diesem Primat des Politischen ist bei Schmitt auch der begriffliche Zusammenhang von Recht und Politik bestimmt: Die Einheit von Recht und Politik ist politisch hergestellt; sie hat ihren Grund nicht in etwas Normativem, sondern in einem reinen Akt.

Wenn damit – obgleich erst grob – angedeutet ist, *wie* nach Schmitt die Einheit von Recht und Politik erfolgt, so ist noch unklar, *warum* diese Einheit besteht. Eine *begriffliche* Einheit ist eine notwendige Einheit. Was aber ist der Grund, weshalb der Begriff des Rechts nicht unabhängig von dem des Politischen gebildet werden kann? Die begriffliche Verbindung zwischen Recht und Politik ist – wie die Verbindung der beiden Verfassungsbestandteile – keine äußerliche. Wie die Verfassung aus zwei Bestandteilen – einem normativen und einem politischen – besteht, enthält

4 Dem steht bei Schmitt ein ›relativer‹ Begriff von Verfassung gegenüber, der keine einheitliche Verfassung im Ganzen meint, sondern eine nur lose verbundene Vielheit einzelner, nebeneinander stehender Verfassungsgesetze. (vgl. VL, 11)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auch der Begriff des Rechts nicht nur einen normativen, aus Gesetzen und Normierungen bestehenden, sondern ebenso einen politischen Teil. Schmitt begründet dies damit, dass es positiv-rechtliche Normen nur geben kann, wenn eine politische Ordnung besteht, in der und durch die sie gelten. Die begriffliche Verbindung hat ihren Grund darin, dass das Normativ-Rechtliche im Politischen seine Voraussetzung hat. Das politische Moment bewirkt nicht nur die Einheit von Normativem und Politischem, es bringt darüber hinaus das Normative selbst im wörtlichen Sinne ›zur Geltung‹. Nur wenn dem Rechnung getragen wird, kann nach Schmitt ein sinnvoller Begriff des Rechts gebildet werden.

In den Begriff des Rechts muss daher die politische Ordnung Eingang finden. Der Zusammenhang des normativen Systems und der politischen Ordnung ist der systematische Gegenstand der *Verfassungslehre*. ›Verfassung‹, bei Schmitt gleichbedeutend mit ›Rechtsordnung‹, enthält semantisch die beiden Aspekte ›politische Ordnung‹ und ›Normensystem‹, und entspricht insofern Schmitts Begriff des Rechts. Als eine Explikation des Rechtsbegriffs ist daher auch der im ersten Abschnitt der *Verfassungslehre* auf 120 Seiten erörterte ›Begriff der Verfassung‹ zu verstehen. Diesen engen begrifflichen Zusammenhang von Recht und Verfassung werde ich weiter unten darlegen. An dieser Stelle kommt es zunächst darauf an, dass es sich um einen *begrifflichen* Zusammenhang handelt. Die Auseinandersetzung mit Begriffen steht im Zentrum von Schmitts Büchern. Dies gilt neben den Begriffen der Verfassung und des Rechts insbesondere für den Begriff der Souveränität (PT, 13), für »eine Erfassung des Begriffs der Diktatur« (D, XIII), für den Begriff des Gesetzes (LuL, 7 und 19) und für den Begriff des Politischen (BdP, 19). Nicht nur dem letzteren eignet dabei ein politischer Zug. Mit Blick auf den Begriff des Gesetzes schreibt Schmitt: »Solche formalen Begriffe des Verfassungsrechts sind wesentlich politische Begriffe.«[5] (LuL, 19) Schmitts zentraler Gegenstand, die juristische Begriffsbildung, hat politischen Charakter; ebenso auch die Methode, mit der sich Schmitt auf seinen Gegenstand bezieht. Zu diesem politischen Charakter und zum Verhältnis von Gegenstand und Methode in Schmitts juristischen Arbeiten sind an dieser Stelle einige Bemerkungen erforderlich.

Politische Methode und öffentliches Recht

Schmitt verortet seine Abhandlungen im Völker- und Verfassungsrecht. Diese zwei Disziplinen des öffentlichen Rechts sind für ihn die *öffentlichsten* des Rechts: Er nennt sie »publizistisch im stärksten Sinne«.

5 Inwiefern Schmitts Begriff der Form mit seinem Begriff des Politischen selbst wiederum in einem Zusammenhang steht, wird weiter unten (Kapitel 1.3 und 1.4) thematisch.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(Schmitt 1950b) Mit dem öffentlichen Charakter meint Schmitt die politische Relevanz: Völker- und Verfassungsrecht sind mit außen- und innenpolitischen Fragen verknüpft. Wer sich ihnen entzieht, müsse entweder auf klare Äußerungen verzichten oder bleibe unweigerlich an den disziplinären Rändern, an denen die politische Relevanz in historische oder philosophische Forschung übergehe. (vgl. ebd.) Schmitt selbst nimmt für sich in Anspruch, den politischen Gehalt seiner Disziplinen ins Licht zu rücken. Wie erwähnt, besteht ihm zufolge zwischen dem Politischen und dem Juristischen kein Gegensatz. (vgl. VL, 146) Innerhalb seiner Disziplinen wendet er sich der *juristischen* Begriffsbildung deshalb zu, weil ihm die Bildung und der Gebrauch von Begriffen als eigentlicher Brennpunkt *politischer* Konflikte erscheint. Als am intensivsten umkämpfter Begriff gilt ihm jener des Politischen selbst. (vgl. BdP, 29f.) Auch die juristischen Probleme, um deren politischen Gehalt es ihm geht, sind für ihn Probleme des Begriffs. Dies gilt nicht nur für jene Schriften, die eine begriffliche Orientierung bereits im Titel ankündigen (*Der Begriff des Politischen*, *Legalität und Legitimität*, *Theorie des Partisanen*) oder sich im Lauf des Textes als Begriffsstudie ausgeben (so die *Politische Theologie* als eine spezifische »Soziologie juristischer Begriffe«, PT, 50). Es gilt auch für die eher historisch angelegten Bücher wie *Die Diktatur*, in der »ein zentraler Begriff der Staats- und Verfassungslehre« erfasst und sein »Zusammenhang mit weiteren Begriffen der allgemeinen Rechts- und Staatslehre« aufgewiesen werden soll. (D, XIII) Auch die *Verfassungslehre* bildet hier keine Ausnahme; ihr systematischer Anspruch beschränkt sich nicht auf die Darstellung des Typus der rechtsstaatlich-demokratischen Verfassung, sondern zielt auf eine allgemeine Klärung des Verfassungsbegriffs. Schmitts juristische Ambition liegt demnach vor allen Dingen darin, Definitionen von Begriffen zu finden. Diese Feststellung darf nicht bedeuten, die politische – mithin ressentimentgeladene und offen antisemitische – Dimension seiner Werke zu ignorieren, sondern muss gerade umgekehrt heißen, die nüchtern formulierten Begriffsbestimmungen auf ihre politischen Prämissen und Konsequenzen hin zu befragen. Wenn Schmitt in Bildung und Gebrauch von Begriffen den Fokus politischer Auseinandersetzung sieht, weist dies darauf hin, dass seine juristischen Definitionen auch als politische Stellungnahmen zu verstehen sind.

Dass zentrale juristische Begriffe politisch umkämpfte Begriffe sind, widerspiegelt sich nach Schmitt auch in ihrer Struktur. Ihnen eignet ein innerer Gegensatz, ein Konflikt zwischen zwei semantischen Aspekten (etwa System/Akt, normativ/politisch, Recht/Macht). Diese innere Dualität juristischer Begriffe zum Tragen zu bringen, ist das Ziel von Schmitts Begriffsanalyse. In seiner Methode verfährt er daher ›antithetisch‹. Mittels der »zweigliedrigen Antithese« (BdP, 68) werden nicht nur konträre Begriffe einander äußerlich gegenübergestellt, sondern *zwei Glieder*

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im selben Begriff gegeneinander in Stellung gebracht. Dies geht zumeist mit einer Stellungnahme einher, mit einer Höherwertung der einen Seite gegenüber der anderen. Entsprechend begreift Schmitt die Bipolarität der Antithese als *polemisch* und das heißt, bei seinem an Krieg (griech. *pólemos*) orientierten Verständnis des Politischen, als wesentlich politisch.[6] (vgl. BdP, 23 und 29f.) Bei der antithetischen Methode geht es Schmitt nicht darum, eines der beiden begrifflichen Glieder als verzichtbar auszuweisen, sondern festzustellen, welches der Glieder die Einheit des begrifflichen Gegensatzes, und damit den Begriff als Einheit, herzustellen vermag.

Auch die heuristische Bedeutung, die Schmitt dem Ausnahmezustand zumisst, betrifft eine Frage des Begriffs.[7] Wie eingangs angedeutet, handelt es sich dabei nur sekundär um den Begriff der Souveränität. Der Frage nach dem Souveränitätsbegriff liegt bei Schmitt die Frage nach dem Begriff des Rechts zugrunde, d.h. nach der begrifflichen Einheit, in der Recht und Politik stehen. Für den Begriff der Souveränität interessiert sich Schmitt, insofern es hier um das Problem dieser begrifflichen Einheit geht. In der *Politischen Theologie*, deren Untertitel *Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität* lautet,[8] beschreibt Schmitt dieses Problem, wie es sich am Souveränitätsbegriff stellt, wie folgt:

6 Ferner setzt Schmitt das antithetische Verfahren, wiederum antithetisch, gegen dreigliedrige Konstruktionen wie das Dreistadien-Denken bei Comte und vor allem gegen die auf ein Moment der Versöhnung zielende Dialektik Hegels. (vgl. BdP, 68) Zum politisch-polemischen Charakter von Schmitts Methode vgl. die frühe Kritik von Löwith 1960, insbes. 93f.

7 Von der »heuristische[n] Bedeutung des Ausnahmezustandes« spricht Schmitt explizit in den 1957 hinzugefügten Ergänzungen zu dem zuerst 1931 erschienenen, auf einem Vortrag beruhenden Aufsatz *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit*. Die heuristische Bedeutung liegt nach Schmitt vor allem darin, dass der Ausnahmezustand ein »negative[s], aber exakte[s] Spiegelbild[] der Verfassungsstruktur« gibt. (Schmitt 1958b, 260)

8 Unter dem Titel *Soziologie des Souveränitätsbegriffes und Politische Theologie* erschienen die ersten drei der vier Kapitel 1923 zudem separat als Beitrag in dem von Melchior Palyi bei Duncker & Humblot herausgegebenen Sammelband *Hauptprobleme der Soziologie. Erinnerungsgabe für Max Weber*, Bd. 2, S. 3–35. Die im Titel genannte ›Begriffssoziologie‹ zielt auf den Nachweis, dass die juristischen Begriffe einer Epoche mit den metaphysischen und theologischen Begriffen derselben Epoche strukturell identisch sind. Den Grund für diese Strukturidentität sieht Schmitt in einer »Politisierung theologischer Begriffe« (PT, 51), d.h. in ihrer Übertragung aus dem theologischen ins »weltlich-politische Denken« (Schmitt 1950a, 10). Vor diesem Hintergrund hat der Begriff der politischen Theologie bei Schmitt eine doppelte Bedeutung. Er meint sowohl den *geschichtlichen* Vorgang der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

»Die Verbindung von faktisch und rechtlich höchster Macht ist das Grundproblem des Souveränitätsbegriffes. Hier liegen alle seine Schwierigkeiten, und es handelt sich darum, eine Definition zu finden, die nicht mit allgemeinen tautologischen Prädikaten, sondern durch die Präzisierung des juristisch Wesentlichen diesen Grundbegriff der Jurisprudenz erfaßt.« (PT, 26)

Das *juristisch* Wesentliche des Souveränitätsbegriffs lässt sich anhand des Ausnahmezustands verständlich machen. Schmitt hält diesen »im eminenten Sinne für die juristische Definition der Souveränität geeignet«. (PT, 14) Wenn in der Klärung des Souveränitätsbegriffs die theoretische Funktion liegt, die Schmitt dem Ausnahmezustand in der *Politischen Theologie* zuweist, kommt es allerdings darauf an, sich der Zweistufigkeit dieser Funktion klar zu werden: Der Ausnahmezustand dient der *juristischen* Definition der Souveränität, um dadurch ein Verständnis des Juristischen selbst, der Form des Rechts, zu ermöglichen. Dieser zweistufigen theoretischen Funktion entspricht der Aufbau der *Politischen Theologie:* Kapitel 1 heißt »Definition der Souveränität«, Kapitel 2 hat den Titel »Das Problem der Souveränität als Problem der Rechtsform und der Entscheidung«. Der Ausnahmezustand definiert den Begriff der Souveränität und macht an ihm das Problem der Rechtsform deutlich. Dass dieses Problem der Rechtsform *als* Problem der Souveränität manifest wird, macht Souveränität zum ›Grundbegriff der Jurisprudenz‹. An der Souveränität zeigt sich die Verbindung von Rechtlichem und Politischem, in der die Form des Rechts besteht. Sie zeigt sich allerdings nur, wo Souveränität sichtbar wird; zu dieser Sichtbarkeit kommt es im Ausnahmefall, nicht aber im normalen Funktionieren der Rechtsordnung. Man könne sagen, so Schmitt, dass »gerade der Ausnahmefall eine besonders entscheidende und den Kern der Dinge enthüllende Bedeutung hat«. (BdP, 33) Nicht auf die Normalität, sondern auf ihn gilt es demzufolge das theoretische Interesse zu richten. Der Ausnahmezustand ist nach Schmitt das Phänomen, an dem der politische Charakter des Rechts in besonderer Weise hervortritt. Die Frage ist nun, worin dieses Politische besteht.

Begriffsübertragung als auch das *wissenschaftliche* Verfahren der Begriffssoziologie, welche die Strukturidentitäten zum Gegenstand hat. Ernst-Wolfgang Böckenförde unterscheidet in seiner einflussreichen Analyse diese beiden Bedeutungen nicht, sondern fasst sie unter dem Stichwort »juristische« politische Theologie zusammen, die er von einer »institutionellen« und einer »appellativen« politischen Theologie unterscheidet. Hingegen scheint mir für Schmitts eigenes Verständnis des Begriffs die genannte doppelte Semantik entscheidend zu sein: politische Theologie als historischer Vorgang einerseits und als Wissenschaft von diesem Vorgang andererseits. (vgl. Böckenförde 1985, 19–21)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Souveränes Handeln und personale Entscheidung

Wie bereits erwähnt, ist das Politische bei Schmitt durch seinen Bezug zum Handeln bestimmt: Eine Sphäre, die dem menschlichen Handeln entzogen ist, kann nicht politisch sein. Der Ausnahmezustand stellt sich als eine Situation dar, in der dringend gehandelt werden muss: Die Erklärung des Ausnahmezustands kommt der Erklärung gleich, dass etwas getan werden muss. Im Aspekt des Handelns besteht die Verbindung, die der Ausnahmezustand zwischen Recht und Politik herstellt. Dass das Recht mit Handeln und Politik in einer systematischen Beziehung steht, ist allerdings eine weit geteilte Ansicht. So ist für eine demokratisch-rechtsstaatliche Rechtsauffassung grundlegend, dass die Gesetze aus einem politischen Prozess hervorgehen, an dem die von den Gesetzen betroffene Rechtsgemeinschaft gestaltend teilnehmen kann.[9] Die Weise, in der Schmitt den Begriff des Handelns und entsprechend auch den Begriff des Politischen versteht, ist allerdings von dieser demokratisch-rechtsstaatlichen Auffassung zu unterscheiden. Unter einem genuin politischen Handeln versteht Schmitt *nicht* die gemeinsame Verständigung und das daraus resultierende Zusammenhandeln einer politischen Gemeinschaft, sondern die ›Tat‹ einer obersten Instanz: Als politisches Handeln kommt nur souveränes Handeln in Betracht. Der Ausnahmezustand hat politischen Charakter, weil sich in ihm souveränes Handeln geltend macht. Mit dem Bereich der Souveränität – dies ist die zentrale These von Schmitts *Begriff des Politischen* – ist die Sphäre des Politischen identisch; außerhalb der Souveränität gibt es nichts Politisches.

Damit ist der Charakter des politischen, das ist *souveränen* Handelns noch nicht bestimmt. Worauf es Schmitt in Bezug auf dieses Handeln ankommt, ist weiter das Moment der Personalität. (vgl. PT, 13f., 38–40, 52 sowie ÜdA, 23f.) Klassische Definitionen der Souveränität, die von höchster, nicht abgeleiteter Macht sprechen, bleiben Schmitt zufolge leer, weil sie dem personalen Moment im Begriff der Souveränität nicht Rechnung tragen. (vgl. PT, 14f. und 25f.) Es kommt nun darauf an, diesen Personalismus richtig zu verstehen. Handeln wird nicht dadurch souverän, dass es eine spezifische, eben souveräne Person oder Personengruppe ist, die handelt. Der Zusammenhang ist umgekehrt: Souverän ist jemand (allein) dadurch, dass sie in einer spezifischen, eben souveränen Weise handelt. Um diesen *Modus* des Handelns – einen Modus, der notwendig personal ist – geht es in Schmitts eigener Definition am Anfang der *Politischen Theologie:* »Souverän ist, wer über den Ausnahmezustand

9 Dass die Adressaten der Gesetze zugleich die Autoren der Gesetze sind, garantiert nach Jürgen Habermas die demokratische Legitimität des Rechts. (vgl. Habermas 1992, 51f., 57 und 153) Im demokratischen Rechtsstaat unterhält das Recht demzufolge eine notwendige Verbindung zur Politik.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

entscheidet.« (PT, 13) Souveränes Handeln ist entscheidendes Handeln. In entscheidendem Handeln liegt für Schmitt das Kriterium des Politischen und damit auch der politische Gehalt des Rechts. Von allen rechtlichen Phänomenen ist der Ausnahmezustand jenes, in dem das Entscheidungshandeln am deutlichsten Gestalt annimmt. Insofern lässt sich an ihm der politische Gehalt des Rechts am besten ersehen; die Ausnahme, so Schmitt »offenbart […] ein spezifisch-juristisches Formelement, die Dezision, in absoluter Reinheit.« (PT, 19)

Nicht jede reine Entscheidung ist allerdings politisch (oder souverän). Worauf es ankommt, ist zudem das Kriterium der Öffentlichkeit: Das *personale* Entscheiden der Souveränität ist keine *persönliche* Entscheidung. Es hat nicht privaten, sondern öffentlichen Charakter, denn es bezieht sich nicht auf die je eigene Lebensgestaltung, sondern auf die politische Situation. Dieser Bezug auf die politische Situation erfolgt wiederum nirgendwo grundsätzlicher als in der Entscheidung über den Ausnahmezustand. Indem es um die Frage geht, ob ein normaler Zustand noch besteht, wird in dieser Entscheidung die politische Ordnung als ganze beurteilt. (vgl. ebd.) Souveränes Entscheidungshandeln ist insofern ›politisch‹ in einem doppelten Sinn. Erstens, weil über die *politische* Situation bestimmt wird; zweitens, weil *politisch* über diese Situation bestimmt wird, d.h. bei Schmitt: durch eine personale Entscheidungs-Tat. In diesem Doppelsinn des Politischen ist souveränes Entscheiden bei Schmitt notwendig autoritär: Es handelt sich um einen Entschluss, der alle betrifft, aber kein Beschluss aller Betroffenen ist. Damit ist souveränes Entscheiden weder ein Ausdruck öffentlicher noch ein Ausdruck privater Autonomie; als personales Entscheiden über die politische Ordnung ist souveränes Handeln – und damit die politische Sphäre – öffentliche Heteronomie.

›Ordnung‹ und ›Person‹ gehören gleichermaßen zu Schmitts Begriff des Politischen. In der Souveränität zeigen sich diese zwei Seiten als *souveräne Entscheidung* einerseits und als *souveräne Einheit* andererseits. Die heuristische Bedeutung, die dem Ausnahmezustand bei Schmitt zukommt, lässt sich daraus erklären, dass er im Ausnahmezustand die Einheit dieser beiden Seiten realisiert sieht. In dieser Einheit realisiert sich für Schmitt auch die Einheit von Politik und Recht. Dies soll die nun folgende Rekonstruktion von Schmitts Theorie des Ausnahmezustands zeigen. In der Diskussion über den Ausnahmezustand bei Schmitt liegt das Gewicht zumeist auf der Seite der personalen Entscheidung. Die Seite der politischen Einheit rückt dagegen in den Hintergrund, da sie eher Schmitts Theorie des Politischen zugerechnet wird, die er in *Der Begriff des Politischen* und in *Theorie des Partisanen* formuliert. Das Ziel der folgenden Rekonstruktion ist nicht nur, diese beiden Stränge zusammenzuführen. Meine Rekonstruktion geht darüber hinaus von der These aus, dass sich Schmitts theoretischer Fokus stärker auf den

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Aspekt der Ordnung als auf jenen der Entscheidung richtet. Dass Schmitt in seiner methodologischen Programmschrift *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* das Ordnungsdenken gegenüber dem Entscheidungsdenken zurückstellt, bedeutet dazu keinen Widerspruch. Denn wichtig ist die Frage, wie ›Ordnung‹ zu verstehen ist. Schmitt will darlegen, dass jede Ordnung, auch die Rechtsordnung, wesentlich *politische*, nicht *normative* Ordnung ist. Politisch wird die Ordnung, wenn sie eine Entscheidung enthält. Während es Entscheidungen gibt, die sich nicht auf die Frage der Ordnung beziehen, gibt es Schmitt zufolge keine Ordnung ohne Entscheidung. Fehlt der Aspekt der Entscheidung, so handelt es sich um ein System oder ein Regelwerk, nicht aber um eine Ordnung. Schmitt versteht ›Ordnung‹ damit als ausschließlich politischen Begriff.[10] (vgl. ÜdA, 16f.)

Die Thematik der Entscheidung kommt für Schmitt (nur) insofern in Betracht, als sie konstitutiver Bestandteil einer Ordnung ist. Die Einheit von Person und Ordnung geht also – unmodern[11] – von der Ordnung aus und steht damit in einem Gegensatz zu einem individualistischen Verständnis der Person einerseits und zu einem liberalen Verständnis der Ordnung andererseits. Die Verbindung von Person und Ordnung tritt nach Schmitt am klarsten in der Entscheidung über den Ausnahmezustand hervor, denn diese ist in höchstem Maße personal und richtet sich zugleich wie keine andere auf den Bestand der Ordnung selbst.

Die Entscheidung über den Ausnahmezustand lässt sich in zwei verschiedenen Hinsichten betrachten: als Suspension der Verfassung (und damit als Aussetzung rechtlicher *Normativität*) oder als Einsetzung der Ordnung (und damit als Herstellung rechtlicher *Normalität*). In Schmitts Theorie scheint mir der zweite Gesichtspunkt, jener der Instituierung von Ordnung, ausschlaggebend zu sein. Zum einen deshalb, weil unter diesem Gesichtspunkt das Verhältnis von Normalität und Normativität, und damit von Politik und Recht, thematisch wird: Nur wenn der Ausnahmezustand unter dem Gesichtspunkt der Einsetzung der Ordnung in Betracht kommt, kann an ihm erkennbar werden, inwiefern die Geltung juristischer Normen eine politische Normalität voraussetzt. Zum anderen scheint mir dieser zweite Gesichtspunkt ausschlaggebend, weil für den Nachweis, dass die Entscheidung eine Suspension von Normativität bedeutet, der Rekurs auf den Ausnahmezustand gar nicht erforderlich

10 Jede andere Art von Ordnung, etwa die Ordnung des Stadtverkehrs oder die fahrplanmäßige Ordnung der Eisenbahn, ist für Schmitt dagegen höchstens »Ordnung« in Anführungszeichen. (vgl. ÜdA, 16f.)

11 Dass für die Moderne das Individuum, nicht die gesellschaftliche Ordnung das frühere Element darstellt, dass also die Ordnung vom Individuum her und nicht das Individuum von der Ordnung her zu begreifen ist, hat Leo Strauss am modernen Naturrecht, insbesondere an der Naturrechtstheorie von Thomas Hobbes herausgearbeitet. (vgl. Strauss 1977, 188–190)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wäre. Denn wie Schmitt wiederholt hervorhebt, bedarf die konkrete Anwendung eines allgemeinen Gesetzes stets einer Entscheidung, die in letzter Instanz nicht wiederum normativ, d.h. nicht durch Gesetz geregelt sein kann. (vgl. PT, 36–38; ÜdA, 14) Das Pathos, das Schmitt in die Dezision als Suspension der Verfassung und damit als Aufhebung aller Normativität legt, darf daher nicht darüber hinwegtäuschen, dass die Entscheidung, im Rahmen von Schmitts Theorie, eine andere explikative Funktion hat: Es ist bei der Entscheidung gerade nicht darum zu tun, die rechtliche Normativität aus der Welt zu schaffen, sondern eine normale Ordnung zu begründen, durch die Normativität, im Sinne der Geltung rechtlicher Normen, erst möglich wird. Nicht in der Vernichtung der Norm, sondern in der Installation der Ordnung liegt die Bedeutung der Entscheidung. Schmitts Argumentation richtet sich entsprechend darauf, dass *jedes* normative System auf einer nicht-normativen Ordnung beruht. Mehr noch als in der *Aufhebung* der Verfassung zeigt sich dies, wie ich am Ende meiner Auseinandersetzung mit Schmitt darlegen werde, in der *Geltung* der Verfassung.

Im Ganzen entwickle ich in meiner Auseinandersetzung mit Schmitt das Argument, dass Normalität und Normativität bei ihm in einem wesentlich engeren Verhältnis stehen, als er es mit manchen seiner bekannten Formulierungen nahelegt. Theoretisch aufschlussreich scheint mir weniger Schmitts Insistenz darauf, dass die Normativität der Ordnung – die geschriebene Verfassung – im Ausnahmefall durchbrochen werden muss, sondern dass in der Durchbrechung der Normativität ihre Normalität besteht. Normalität und Normativität stehen sich dann bei Schmitt, anders als aus seiner Heuristik der Ausnahme hervorgeht, im Recht nicht äußerlich gegenüber, sondern sind intern miteinander verbunden. Meine Auseinandersetzung mit Schmitt zielt deshalb nicht auf die Aufhebung, sondern auf die Normalität der Verfassung: auf die Weise, in der ihre Normativität juristisch gilt. Dieses Ziel ist allerdings nur auf dem Weg eines Nachvollzugs seiner Theorie des Ausnahmezustands zu erreichen. Der Fokus dieses Nachvollzugs liegt, wie erwähnt, im Begriff der Rechtsform. Die Erschließung dieses Begriffs erfolgt in Etappen; dabei geht es darum, zu zeigen, dass der personale Entscheidungsakt in Schmitts Theorie nicht den zentralen argumentativen Stellenwert hat, den er ihm zuschreibt. Ich werde nachzeichnen, inwiefern das Moment der Entscheidung bei Schmitt selbst eine Relativierung erfährt. Deutlich wird dies, wenn die Analyse weniger der Emphase folgt, in der er die Bedeutung der personalen Entscheidung unterstreicht, als der Struktur seiner Argumentation. Während Schmitt selbst vor allem die Entscheidung als Form des Rechts benennt, werde ich erläutern, inwiefern sich in dem genannten Zusammenhang von personaler Entscheidung und politischer Ordnung bei ihm ein Primat der Ordnung feststellen lässt. Und während Schmitt diese politische Ordnung selbst in einen starken Gegensatz

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zur Normativität bringt, werde ich gerade auf deren innere Verbindung abstellen, die sich in der *Verfassungslehre* abzeichnet. Eben diese Verbindung werde ich als Normalität der Durchbrechung erläutern; in ihr liegt die Form des Rechts bei Schmitt. Die Etappen in der Auseinandersetzung mit Schmitts Theorie des Ausnahmezustands lassen sich demnach wie folgt kennzeichnen: Von der Form als (personaler) Entscheidung über die Form als (politischer) Ordnung zur Form als (normativer) Durchbrechung.

Kapitel 1.2 behandelt den konstitutiven Zusammenhang, in dem die personale Entscheidung zur politischen Ordnung steht und wirft die Frage eines Primats der Ordnung auf. In Kapitel 1.3, das sich einer Gegenüberstellung von Schmitt und Hobbes widmet, steht dieser Primat der Ordnung (und damit ›Form als Ordnung‹) im Fokus. In Kapitel 1.4 wird schließlich die Form als Durchbrechung thematisch. Im folgenden Kapitel 1.2 setze ich mit Schmitts Theorie moderner bzw. neuzeitlicher Souveränität und Staatlichkeit ein, die durch die Einheit von Person und Ordnung bestimmt ist.

1.2 Souveränität als Normalisierung der Neuzeit

Es gibt kaum ein Buch von Schmitt, in dem die Souveränität kein grundlegendes Thema wäre. Systematisch behandelt er es vor allem in den beiden zu Beginn der 1920er Jahre publizierten Schriften *Die Diktatur* (1921) und *Politische Theologie* (1922). Beide Bücher führen den Begriff der Souveränität im Untertitel: Die *Politische Theologie* enthält *Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, die *Diktatur* handelt *Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*. In unterschiedlicher Weise behandeln beide Bücher das Problem der Souveränität, das in der begrifflichen Verbindung von Recht und Politik besteht: Im Zentrum steht jeweils das »schwierige Problem des öffentlichen Rechts, das im Begriff der Souveränität und seiner Verbindung von höchstem Recht und höchster Macht liegt«. (D, 25) Das zuerst erschienene Buch über *Die Diktatur* dokumentiert dieses Problem in seiner realgeschichtlichen Dimension, während die Abhandlung über *Politische Theologie* in erster Linie nachweisen will, dass dieses Problem in der Rechtswissenschaft und in der rechtsstaatlichen Entwicklung seit dem 19. Jahrhundert systematisch (und nach Schmitt vergeblich) verdrängt worden ist.

Den Begriff der Souveränität aus dem juristischen Vokabular auszuschließen, ist für Schmitt das Hauptmerkmal einer positivistischen Rechtswissenschaft, die er je nach Kontext mit den Attributen ›liberal‹, ›bürgerlich-rechtsstaatlich‹, ›normativistisch‹, ›formalistisch‹ und ›legalistisch‹ belegt. Was diesen Positivismus nach Schmitt kennzeichnet,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ist die Reduktion positiven Rechts auf das Element von Gesetzen oder Normen und damit der Ausschluss des Politischen aus dem Begriff des Rechts. Um eben diese Identifikation von Recht und Gesetz zum Ausdruck zu bringen, spricht Schmitt auch von ›legalitärem Positivismus‹ und ›positivistischem Legalitätsdenken‹ (vgl. ÜdA, 26) oder schlicht von ›Gesetzespositivismus‹ (etwa in Lev, 103). Konsequent vertreten sieht Schmitt diese Richtung in den Arbeiten Hans Kelsens: »Die von *H. Kelsen* geführte sog. Wiener Schule hat den ausschließlichen Herrschaftsanspruch eines abstrakten Normativismus in der Zeit von 1919–1932 mit besonderer ›Reinheit‹ verfochten.«[12] (ÜdA, 13, Fn. 3, Hervorh. im Original) Die Zurückweisung von Kelsen steht auch in der *Verfassungslehre* an prominenter Stelle (vgl. VL, 8f.); besonders viel Raum nimmt sie in der *Politischen Theologie* ein, wo er Kelsen vorwirft, das Problem des Souveränitätsbegriffs zu negieren.[13] (vgl. PT, 29)

Die ›normativistische‹ Nicht-Beachtung des Souveränitätsproblems äußert sich nach Schmitt in erster Linie in der theoretischen Vernachlässigung der Ausnahme, das heißt desjenigen Falls, der erweist, dass es

12 Dass Schmitt das Ende auf 1932 ansetzt, ist antisemitisch motiviert. Im Zuge der Maßnahmen der Nationalsozialisten hatte Kelsen 1933 seine Kölner Professur aufgeben müssen. Schmitts Verbindung von Nationalsozialismus und Positivismuskritik wird am Ende der 1934 erschienenen Schrift explizit: »Erst nach diesem kurz zusammenfassenden Überblick über die gegenwärtige Lage der deutschen Rechtswissenschaft kann die tiefe und entscheidende Bedeutung des *neuen Begriffs vom Juristen* erkannt werden, den die nationalsozialistische Bewegung in Deutschland eingeführt hat. Die ständische Zusammenfassung der deutschen Juristen in der Deutschen Rechtsfront hat ihrer Organisation einen Begriff des Juristen zugrunde gelegt, der die bisherige positivistische Auseinanderreißung von Recht und Wirtschaft, Recht und Gesellschaft, Recht und Politik aufhebt und überwindet.« (ÜdA, 54, Hervorh. im Original) Insbesondere für die Trennung von Recht und Politik votierte Kelsen lange über das ihm von Schmitt verschriebene Ende hinaus. In der zweiten Auflage seiner *Reinen Rechtslehre* bemerkte er 1960, dass sich auch in der Nachkriegszeit gerade diejenigen gegen den Rechtspositivismus wendeten, die Wissenschaft und Politik vermengten. (vgl. Kelsen 1960, VIII und 1)

13 Die Stelle, auf die sich Schmitt dabei vor allem bezieht, lautet bei Kelsen wörtlich: »Die Souveränitätsvorstellung freilich muß radikal verdrängt werden. Diese Revolutionierung des Kulturbewußtseins tut vor allem not!« (Kelsen 1981, 320) Aus dem »Dogma« der Souveränität der Einzelstaaten folge der Primat der staatlichen Rechtsordnung. Der dadurch geförderte »Subjektivismus« der Staats-Individuen steht, so Kelsen, einer »objektivistischen Rechtsanschauung« im Weg, die sich an der Idee des Weltstaats orientiert. Das Konzept der Souveränität verhindert damit ihm zufolge zugleich ein wirkliches Völkerrecht und muss um dieses Völkerrechts willen »verdrängt« werden. (ebd., 319f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich bei der Souveränität überhaupt um ein *juristisches* Phänomen handelt, dass hier also nicht nur politische Macht, sondern eine Verbindung von politischer *und* rechtlicher Macht vorliegt. Wird die begriffliche Verbindung ignoriert, die zwischen Ausnahmefall und Souveränität besteht, bleibt letztere nach Schmitt juristisch unbestimmt. Darauf zielt seine Kritik:

> »Es gibt einige geschichtliche Darstellungen der Entwicklung des Souveränitätsbegriffes. Doch begnügen sie sich mit der Zusammenstellung der letzten abstrakten Formeln, in denen lehrbuchartig, abfragbar, die Definitionen der Souveränität enthalten sind. Keiner scheint sich die Mühe gegeben zu haben, die endlos wiederholte, völlig leere Redensart von der höchsten Macht bei den berühmten Autoren des Souveränitätsbegriffes genauer zu untersuchen. Daß dieser Begriff sich an dem kritischen, das heißt dem Ausnahmefall orientiert, tritt schon bei Bodin hervor.«[14] (PT, 14f.)

14 Schmitt bezieht sich hier wie in der *Diktatur* (D, 25) auf das erste Buch von Bodins *Les six livres de la République* (Bodin 1981). Gegen Schmitts Bodin-Aneignung wurde zum einen eingewandt, dass er den Zusammenhang von Souveränität und Ausnahmezustand bei Bodin überschätze, zum anderen, dass er ihn falsch deute. Von einer Überschätzung der Ausnahme spricht Hermann Heller: »Auf Bodin beruft sich Schmitt bezüglich der begrifflichen Verbindung von Souveränität und Ausnahmezustand durchaus zu Unrecht. Bodin hat das wesentlichste Merkmal der Souveränität im Gesetzgebungsrecht gesehen.« (Heller 1927, 68f.) Dass der Souverän bei Bodin vor allen Dingen Gesetzgeber ist, betont auch Hauke Brunkhorst. (vgl. Brunkhorst 2000, 182) Für Schmitt kommt es hingegen gerade darauf an, dass die souveräne Instanz, welche die Rechtsordnung suspendiert, »*nicht* Gesetzgeber ist«. (LuL, 70, Hervorh. im Original) Dass Schmitt den Ausnahmezustand bei Bodin nicht überschätzt, aber falsch interpretiert, hat dagegen Étienne Balibar geltend gemacht: »Die Souveränität ist [bei Bodin, J.H.] keine ordnungstiftende Dezision, die als solche eine Antinomie ist, sondern eine Funktion der (moralischen, gesellschaftlichen und kosmischen) Ordnung.« (Balibar 2003, 233) Der Ausnahmezustand bei Bodin ist damit, anders als Schmitt meint, nicht normativ ungebunden, sondern normativ gehaltvoll. Mit Balibars Kritik an Schmitt setzt sich wiederum kritisch Derrida auseinander. (vgl. Derrida 2015, 82f.) Für eine Kritik an Bodins Souveränitätskonzept hinsichtlich der damit in Kauf genommenen Gewalt vgl. Loick 2012, 35–55; zum Zusammenhang von Recht, Staat und souveräner Dezision insbes. 45f. Dass das von Bodin entwickelte Konzept der Souveränität rasch zur Lehrmeinung avancierte, lässt sich in Verbindung mit dem Zusammenbruch der dualen mittelalterlichen Rechtswelt (*Heiliges Römisches Reich* und *Ecclesia Universalis*) sehen. Die damit entstehenden Machtkonflikte begünstigten den Gedanken einer alles bindenden Einheit, d.h. das Dogma der Souveränität. Für eine solche Argumentation vgl. Kelsen 1970, 166.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die »Redensart« von der höchsten Macht bleibt leer, weil die Macht, wie Schmitt an späterer Stelle formuliert, nichts für das Recht »beweist«. (PT, 26) Er übt hier dieselbe Kritik: »Immer wird in den verschiedensten Variationen die alte Definition wiederholt: Souveränität ist höchste, rechtlich unabhängige, nicht abgeleitete Macht.« (PT, 25f.) Wird Souveränität als ›rechtlich unabhängig‹ definiert, so gerät zugleich die juristische Dimension der Souveränität aus dem Blick und es bleibt bei ›abstrakten Formeln‹. Dass es sich bei der Souveränität hingegen um einen *juristischen* Grundbegriff handelt, zeigt sich nach Schmitt bei einer genaueren Untersuchung der ›berühmten Autoren‹ der Souveränität, zu denen er neben Bodin vor allem Hobbes und Pufendorf rechnet.[15] Bei diesen Autoren ist das Kriterium der höchsten Macht auf das »Problem der konkreten Ausnahme« (D, XVIII) bezogen. Dadurch wird deutlich, dass die höchste Macht nicht homogen ist, sondern Rechtliches und Politisches integriert.

Schmitts Kritik bewegt sich im Rahmen eines Gegensatzes von konkret und abstrakt bzw., wie es bei ihm häufiger heißt, konkret und allgemein.[16] Sein Einwand gegen die juristische Fachwissenschaft lautet, dass die Problematik der »konkreten Ausnahme« in der »allgemeinen Rechtslehre bisher noch wenig systematisch« behandelt worden sei. (D, XVIII) Konkret ist die Ausnahme darin, dass sie immer Ausnahme von einer Regel (dem Gesetz, der Verfassung) und damit von etwas Allgemeinem ist. Weil die Ausnahme im Gegensatz zur allgemeinen Regel steht, ist sie konkret; auch die Souveränität, deren Definition sich am Ausnahmefall orientiert, ist damit ein konkretes Phänomen. Schmitts Anspruch ist es, dieses Konkrete systematisch darzustellen. Dem folgt auch seine *Verfassungslehre*. Im Vorwort kritisiert Schmitt, dass eine fiktive Gleichsetzung des rechtsstaatlich-normativen Bestandteils der Verfassung mit der Verfassung im Ganzen dazu geführt habe, »wesentliche Vorgänge des Verfassungs*lebens* außer acht zu lassen oder zu verkennen.« (VL, XIIIf., Hervorh. J.H.) Es ist eben der Begriff des Lebens, der bei Schmitt als Chiffre für die konkreten, das heißt regel-brechenden Akte figuriert, in denen sich Souveränität, gegen die Fiktion ihrer Verdrängung, praktisch geltend macht.[17] An der zitierten Stelle der *Verfassungslehre* fährt

15 In *De Cive* formuliert Hobbes eine Definition von Souveränität, die derjenigen Schmitts nahe steht, da sie die Befugnis, Gesetze außer Kraft zu setzen, als wesentliches Merkmal enthält – ebenso aber die Kompetenz, Gesetze zu geben. Zugleich prägt Hobbes' Definition einen Personalismus, wie ihn Schmitt in seiner eigenen Definition ins Zentrum rückt: »Now the notes of *supreme command* are these, *To make and abrogate Lawes*, *To* determine *War and Peace* [...]. He therefore that doth those things useth the Cities Right, which is the *supreme power*.« (Hobbes 1983, 103f., Hervorh. im Original)

16 Zur Bedeutung des Begriffs des Konkreten bei Schmitt vgl. Ojakangas 2005.

17 In diesem Sinn ruft Schmitt den Begriff des Lebens auch in der bekannten Passage am Ende des ersten Kapitels der *Politischen Theologie* auf. Einer

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

er entsprechend fort: »Am meisten hat die Behandlung des Begriffes der Souveränität unter dieser Methode der Fiktionen und Ignorierungen gelitten. In der Praxis entwickelt sich dann die Übung apokrypher Souveränitätsakte, für die es charakteristisch ist, daß staatliche Behörden oder Stellen, ohne souverän zu sein, doch gelegentlich und unter stillschweigender Duldung Souveränitätsakte vornehmen.« (VL, XIV)

Mit der Thematik souveräner Akte beginnt sich Schmitt in seinem Buch zur *Diktatur* systematisch auseinanderzusetzen. In einer Diktatur bleiben souveräne Akte nicht apokryph, sondern sind kanonisch: Durch den »Aktionscharakter der diktatorischen Tätigkeit« (D, 131f.) ist die Diktatur nach Schmitt begrifflich bestimmt. Eine ›Aktion‹ richtet sich, im Unterschied zu anderen Formen des Tätig-Seins, nicht nach normativen Vorschriften, sondern allein »nach der Lage der Sache«. (D, 133) Das Ziel der Aktion ist die Herstellung einer normalen Lage:

> »Die Aktion des Diktators soll einen Zustand schaffen, in dem das Recht verwirklicht werden kann, denn jede Rechtsnorm setzt einen normalen Zustand als homogenes Medium voraus, in welchem sie gilt. Infolgedessen ist die Diktatur ein Problem der konkreten Wirklichkeit, ohne aufzuhören, ein Rechtsproblem zu sein.« (D, 133f.)

Weil ein Zustand, in dem Rechtsanwendung möglich ist, erst geschaffen werden muss, kann die Aktion, die diesen Zustand schaffen soll, keine Anwendung des Rechts sein. Sie erfolgt stets unter der Voraussetzung, dass die Verfassung suspendiert worden ist, und kann sich daher allein an der ›konkreten Wirklichkeit‹ orientieren. Dass die Aktion sich nicht nach dem gesetzlich, sondern nur nach dem faktisch Gebotenen richtet, macht für Schmitt ihren politischen Charakter aus.[18] Weil in der faktischen Normalität die Geltungsbedingung von rechtlicher Normativität (von Gesetzen) liegt, bleibt die Aktion, die auf eine solche Normalität

Rechtswissenschaft, die nur auf Normen und nicht auf souveräne Akte fokussiert, hält er eine (nicht weiter ausgeführte) ›Philosophie des konkreten Lebens‹ entgegen: »Gerade eine Philosophie des konkreten Lebens darf sich vor der Ausnahme und vor dem extremen Falle nicht zurückziehen, sondern muß sich im höchsten Maße für ihn interessieren. […] In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik.« (PT, 14)

18 Vor diesem Hintergrund betont Ingeborg Villinger Schmitts »systematische Ausrichtung des Politischen am Faktischen«. (Villinger 2008, 168) Das ›Faktische‹ ist dabei gleichbedeutend mit der Gefährdungslage der politischen Einheit. Da es, wie Schmitt in *Der Begriff des Politischen* argumentiert, keine politische Einheit ohne eine Gefährdung (d.h. ohne Feind) gibt, ist das Politische bei Schmitt ganz über dieses Faktische – die Gefährdungslage und das darin faktisch Notwendige – bestimmt.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

zielt, dennoch ein Rechtsproblem. An der Diktatur zeigt sich die spannungsvolle Verbindung von Recht und Politik, die für das Phänomen der Souveränität konstitutiv ist. Den Zusammenhang des Problems der Souveränität mit jenem der Diktatur hat nach Schmitt als erster Bodin erkannt. (vgl. D, 25) Das heißt nichts anderes, als dass Bodin erkannt hat, wie Souveränität und *Ausnahme* zusammenhängen.[19] In der Auffassung Schmitts hat Bodin durch diese Einsicht den modernen Begriff der Souveränität gebildet.

Staat und Person: Die Souveränität der Moderne

Die Modernität von Bodins Begriff liegt darin, dass er Souveränität unter das Kriterium der Singularität stellt: Dass eine Instanz souverän ist, heißt, dass sie allein souverän ist. In dieser Einzahl besteht die Differenz zu früheren Verwendungen des Begriffs. So schreibt Francesca Raimondi über Bodins *Les six livres de la République* (1576):

> »Souveränität soll nicht mehr diverse Träger haben und fragmentiert sein, sondern das Attribut einer einzigen Verfügungsinstanz werden […]. Von einer verschiedentlich realisierten und auf unterschiedliche Träger verteilten Befugnis wird Souveränität damit zur Bezeichnung für eine neuartige und spezifisch moderne Gestalt politischer Macht.«[20] (Raimondi 2014, 265)

Diese Singularität behandelt Schmitt begrifflich nicht nur als ›Einzahl‹, sondern vor allem als ›Einheit‹: An Bodins Definition hebt er hervor, dass sie »die Souveränität als unteilbare Einheit auffaßte und die Frage nach der Macht im Staat endgültig entschied«.[21] (PT, 15) Souveränität ist unteilbare Einheit, weil ihr das Vermögen einer ungeteilten

19 Wenn nach Schmitt »die Diktatur notwendig ›Ausnahmezustand‹« ist (D, XVI), dann ist »das Problem der Diktatur« mit dem »Problem der konkreten Ausnahme« identisch (D, XVIII).

20 Vgl. ebenso Dieter Grimms Erörterungen zu »Entwicklung und Funktion des Souveränitätsbegriffs«, Grimm 2009, 16–35. Grimm hält fest, dass der Begriff der Souveränität in Frankreich schon seit dem 13. Jahrhundert im Zusammenhang mit Herrschaft gebraucht wurde, aber erst seit Bodin die Bedeutung einer letztinstanzlichen Autorität erhielt. (vgl. ebd., 16 und 18)

21 Jacques Derrida, der sich in *Das Tier und der Souverän* eingehend mit Bodin, Hobbes und Schmitt auseinandersetzt, geht in seiner Kritik der Souveränität von der – nur vermeintlichen – Unteilbarkeit der Souveränität aus: »[A]nzuerkennen, dass die Souveränität teilbar ist, dass sie sich teilt und aufteilt« (Derrida 2015, 120), bedeutet für ihn, mit der Dekonstruktion der Souveränität begonnen zu haben.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(nämlich letzten, nicht mehr derogierbaren) Entscheidung zugrunde liegt.[22] Die »wissenschaftliche Leistung« Bodins bestehe entsprechend darin, »daß er die Dezision in den Souveränitätsbegriff hineingetragen« (ebd.) und dadurch das Kriterium der unteilbaren Einheit etabliert hat. Diese Rede von der souveränen, unteilbaren Einheit hat nun bei Schmitt einen zweifachen Sinn: Erstens ist damit die Instanz gemeint, welche im Staat die höchste Macht hat, indem sie die letzte, im Staat verbindliche Entscheidung fällt. Zweitens ist damit der Staat selbst als die machthabende Instanz gemeint. Im ersten Sinn geht es um den Ort der Macht im Staat, im zweiten um den Staat als Ort der Macht. Das – spezifisch moderne – Kriterium der unteilbaren Einheit definiert Souveränität damit erstens als *personal*, zweitens als *staatlich*. In beiden Aspekten gleichermaßen liegt für Schmitt die Modernität von Bodins Begriff der Souveränität.

In der Schmitt-Rezeption wird der Aspekt der Personalität weit mehr berücksichtigt als jener der Staatlichkeit. Dies erscheint insofern begründet, als Schmitt Gewicht darauf legt, dass der Staat nicht die Form ist, die das Politische notwendigerweise annimmt.[23] Somit ist der Staat auch nicht die einzige Erscheinungsform der Souveränität. Doch ist der Staat, und darauf kommt es Schmitt an, die moderne Erscheinung der Souveränität (und damit auch die moderne Form des Politischen). Nach der Bestimmung in *Der Begriff des Politischen* ist der Staat »seinem Wortsinn und seiner geschichtlichen Erscheinung nach ein besonders gearteter Zustand eines Volkes, und zwar der im entscheidenden Fall maßgebende Zustand und deshalb, gegenüber den vielen denkbaren individuellen und kollektiven Status, der Status schlechthin.« (BdP, 19) Dass der Staat – und nicht etwa andere *individuelle* (lokale Grundherren) oder *kollektive* (die Kirche) Instanzen – die letzte Entscheidung trifft und in dieser Weise *maßgebend* ist, bildet nach Schmitt das Signum der Moderne. Dies herauszustellen ist ihm zufolge das Verdienst Bodins und »seines neuen, *staatlichen* Souveränitätsbegriffs«. (NdE, 124, Hervorh. J.H.) Sowohl dem Begriff wie der Sache nach sieht Schmitt den Beginn moderner Souveränität im Frankreich des 16. Jahrhunderts. Der von Bodin entwickelte Begriff der Souveränität ist dabei von Anfang an mit einer Situation der Ausnahme verbunden: Das französische 16. Jahrhundert ist eine Zeit der konfessionellen Bürgerkriege und damit einer manifesten

22 Historisch plausibel wurde »der Gedanke der souveränen *politischen* Entscheidung« angesichts der religiösen Bürgerkriege im Frankreich des 16. Jahrhunderts; auf diesem Gedanken gründet Schmitt zufolge die europäische »Organisationsform ›souveräner Staat‹« (Schmitt 1958d, 375, Hervorh. im Original) und damit eine geschichtliche Epoche der Staatlichkeit, welche vierhundert Jahre Bestand haben sollte.

23 Vgl. etwa das Vorwort von 1963 zur Neuauflage von *Der Begriff des Politischen* (1932), BdP, 10.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

politischen Zerrissenheit. Auf diese Situation antwortet nach Schmitt souveräne Staatlichkeit.

In der *Politischen Theologie* nennt Schmitt Bodin den »Anfang der modernen Staatslehre«. (PT, 15) Dem entspricht, dass Schmitt in *Der Nomos der Erde* betont: »In dem Titel von Bodinus ›Six livres de la République‹ muß man das Wort Respublica bereits mit Staat übersetzen. Bodinus' Werk hat eine größere und schnellere Wirkung gehabt als irgendein anderes Buch irgendeines Juristen der ganzen Rechtsgeschichte.« (NdE, 97) Die Respublica im Sinne von ›Staat‹ löst nach Schmitt die Respublica Christiana des Mittelalters ab, Staatlichkeit bedeutet demnach Säkularisierung: »Die völlig unvergleichbare, einmalige geschichtliche Besonderheit dessen, was man in einem spezifischen Sinne ›Staat‹ nennen kann, liegt darin, daß dieser Staat das Vehikel der Säkularisierung ist.« (ebd.) Vor diesem Hintergrund wird deutlich, dass es für Schmitt nicht allein darum geht, dass der moderne Begriff der Souveränität staatlich ist, sondern mehr noch darum, dass diese souveräne Staatlichkeit die Moderne *als Epoche* begründet. »Souveränität in dem modernen Sinne von staatlicher Einheit« (D, 200) ist das Kennzeichen der Moderne als Epoche, die nach Schmitt den Zeitraum vom 16. bis zum 20. Jahrhundert umfasst.[24] (vgl. das Vorwort von 1963 in BdP, 9–18 sowie Schmitt 1958d)

Der epochemachende Zusammenhang, der zwischen Moderne, Souveränität und Staat besteht, ist nach Schmitt jener der Säkularisierung, unter der er einen dreifaltigen Vorgang versteht: erstens die Unterwerfung ständischer und kirchlicher Rechte unter eine zentralisierte Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung; zweitens die Überwindung der religiösen Bürgerkriege durch die staatliche Religionshoheit; drittens die in sich abgeschlossene Territorialisierung und damit nicht nur Vereinheitlichung nach innen, sondern ebenso nach außen. (NdE, 98f.) Säkularisierung ist somit die Durchsetzung eines dreifachen staatlichen Entscheidungsmonopols: gegenüber konkurrierenden politischen Ansprüchen im Innern, gegenüber untereinander konkurrierenden religiösen Ansprüchen, gegenüber politischen Ansprüchen im Äußern. Als *unteilbare Einheit* erscheint der Staat nach innen, konfessionell und nach außen. Auf die Suprematie gegenüber der Kirche bzw. den Kirchen ist der Begriff der Säkularisierung bei Schmitt nicht beschränkt und es sind gerade die beiden anderen Aspekte, die in diesem Zusammenhang interessieren müssen: unteilbare Einheit nach innen und unteilbare Einheit nach außen. Nach

24 Vom modernen Staat im Sinne des Rechtsstaats lässt sich allerdings bis zum Ende des 18. Jahrhunderts nicht sprechen; Schmitts Begriffe der Moderne und des modernen Staates decken sich somit nicht mit der in der Geschichtswissenschaft üblichen Terminologie. (vgl. dazu Schulze 1980, 84 sowie unten, Kapitel 4.3)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

außen bedeutet die Einheit, dass es sich um einen Staat unter Staaten handelt. Nach innen bedeutet sie, dass es im Staat eine – letztlich personale – Instanz gibt, welche die Einheit konstituiert, indem sie entscheidet. Diese beiden Aspekte von Souveränität stehen nicht nebeneinander, sondern hängen zusammen: Der moderne *Staat* zeichnet sich nach Schmitt durch *Personalismus*, das heißt durch personale Dezision aus. Beim Staat als der modernen, die Moderne begründenden Form der Souveränität handelt es sich »um die Verbindung von raumhaftem Machtkomplex und repräsentativer Person«. (NdE, 116)

Der neue Staat bildet eine in sich territorial geschlossene Einheit. Politischer »Ordnungsbegriff« ist er nach Schmitt als »*Raum*ordnungsbegriff«. (Schmitt 1958d, 380, Hervorh. im Original) Der Staat ist ein im Raum ausgedehnter Körper und in dieser physischen Körperlichkeit der Person vergleichbar. Die Verbindung von Staat und Person ergibt sich infolgedessen zunächst aus einer Personifizierung politischer Machtkomplexe, die im 16. Jahrhundert einsetzt. Im 17. Jahrhundert verdichtet sich dieser Prozess im Konzept der souveränen Staatspersönlichkeit, die zum Rechtssubjekt in einem neuen Völkerrecht wird:

> »Dieser Staat aber ist wesentlich ein einheitlicher, in sich geschlossener Flächenraum europäischen Bodens, der zugleich als ein ›magnus homo‹ repräsentiert wird. Erst jetzt ist er in Form, als Rechtssubjekt und souveräne ›Person‹. Erst mit der klaren flächenmäßigen Abgrenzung wird eine gleichgewichtige, auf der Koexistenz der souveränen Personen beruhende Raumordnung möglich.« (NdE, 117)

Die Verbindung von Staat und Person im *magnus homo*, dem großen Menschen, führte auf die Frage, ob die Souveränität im politischen Gebilde oder im politischen Oberhaupt des Staates liege. Der neu gebildete Souveränitätsbegriff ließ eine Entscheidung in dieser Frage nicht zu. So bemerkt Luhmann, dass »gerade der moderne, seit Bodin übliche Begriff der Souveränität« es erschwert habe, den Staat terminologisch vom Herrscher zu trennen. (Luhmann 1989, 108) Auch Franz Neumann hat in seiner Lektüre von Bodins *Les six livres de la République* darauf hingewiesen, dass bei Bodin Souveränität immer auch diejenige des Fürsten meint: »Der Staat ist von seinem höchsten Organ noch nicht unterschieden. Daher erscheint das Problem der höchsten Macht *des* Staates noch nicht getrennt von der höchsten Macht *im* Staat«. (Neumann 1980, 107, Hervorh. im Original) Dass Person und Staat nicht getrennt sind, stellt für Schmitt allerdings keinen Mangel, sondern gerade die Stärke von Bodins Souveränitätsbegriff dar. Bei Bodin bedeutet ›Staat‹ eine personalistische Durchdringung der Institution. Dagegen kritisiert Schmitt die positivistisch argumentierenden deutschen Juristen des 19. Jahrhunderts dafür, die »Unterscheidungen von fürstlicher und staatlicher Person auf

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eine ganz abstrakte Weise überspitzt« zu haben. (NdE, 118) Konkret realisieren lässt sich für Schmitt eine unteilbare Einheit und damit Souveränität nur in der Verflechtung von Staat und Person: Der Staat ist nur dann die machthabende Instanz, wenn es im Staat eine Person oder eine Gruppe von Personen gibt, die eine verbindliche Entscheidung zu treffen vermag. Ohne solche Dezision, die definitionsgemäß immer von Personen zu treffen ist und nie ›unpersönlich‹, bloß aus Normen abgeleitet werden kann, kommt dem Staat weder gegenüber konkurrierenden politischen Akteuren noch gegenüber den Kirchen eine Vorrangstellung zu. Ohne personale Dezision gibt es keinen souveränen Staat. In der Durchdringung von Person und Staat liegt die konkrete Bedingung von unteilbarer Einheit und damit von moderner Souveränität.

Schmitt ist ein Befürworter dieser staatlich-souveränen Moderne, die er vierhundert Jahre nach Bodin, wenn der souveräne Staat im 20. Jahrhundert seine Wirkung als »Ordnungsbegriff« verliert, wieder enden sieht. (vgl. Schmitt 1958d, 376 und 378) Der Rückgang von Staatlichkeit bedeutet für ihn nichts anderes als den Wiedereintritt des Chaos, des Bürgerkriegs, aus dem der souveräne Staat im 16. Jahrhundert herausgeführt habe. (vgl. NdE, 30)

Es ist zwar richtig, dass Schmitt das Politische und die Souveränität auch jenseits des Staates zu denken sucht. Vom Staat ist das Politische nicht abhängig. Im Gegenteil: Begrifflich bildet das Politische die Voraussetzung für den Staat und bleibt diesem gegenüber vorrangig. (vgl. PT II, 25) Die 1932 erschienene Fassung von *Der Begriff des Politischen* beginnt Schmitt mit dem programmatischen Satz: »Der Begriff des Staates setzt den Begriff des Politischen voraus.« (BdP, 19) Die Gleichung staatlich = politisch gilt nur dann, wenn der Staat ein Monopol auf das Politische, das heißt auf eine verbindliche Entscheidung hat. Es ist nun aber ebenso richtig, dass Schmitt neben seinem historischen Begriff des Staates, der sich auf die vierhundert Jahre der Moderne (16.–20. Jahrhundert) bezieht,[25] einen allgemeinen Begriff des Staates hat: Staat als »ein seinsmäßig vorhandener Zustand, ein *status* von Einheit und Ordnung«. (VL, 4, Hervorh. im Original) ›Status‹ meint dabei nichts Statisches. Vielmehr ist der Staat für Schmitt »konkretes Leben« (ebd.) und somit ›Form‹ in jenem dynamischen, akt-bezogenen Sinn, den Schmitt diesem Begriff beilegt. Wo immer eine Gruppe von Menschen unter einer kollektiv verbindlichen Entscheidungsinstanz in einen Zustand der Ordnung gebracht ist, lässt sich von ›Staat‹ sprechen. In diesem allgemeinen Sinn ist ›Staat‹ gleichbedeutend mit politischer Einheit. (vgl. VL, 205) ›Staat‹ im Sinne politischer Einheit ist mit ›Staat‹ im Sinne moderner

25 Vgl. dazu auch den programmatischen Aufsatz *Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, der 1941 erstmals erschien, Schmitt 1958d.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Staatlichkeit nicht identisch und bei Schmitt auf diese historisch spezifische Form nicht beschränkt. So hält Schmitt gerade in *Staat, Bewegung, Volk* – jenem Text von 1933, in dem er über die Beseitigung der bisherigen liberal-demokratischen Staatlichkeit durch die »Staat- und Volktragende« nationalsozialistische Bewegung schreibt[26] – an »›Staat‹ im weiteren Sinne« fest, um damit »das Ganze der politischen Einheit eines Volkes« zu bezeichnen. (Schmitt 1933, 12f.) Der in diesem weiteren Sinn verstandene Staat endet nicht mit der Epoche moderner Staatlichkeit, sondern mit dem Verlust einer personalen Instanz kollektiv verbindlicher Entscheidung. Mit diesem Verlust entfällt jeder politische Zustand und es kommt zur Anarchie, die für Schmitt folglich ein Zustand jenseits des Politischen ist (und damit im strengen Sinn gar kein Zustand, kein *status*). Staat im allgemeinen und Staat im historisch-besonderen Sinn sind zwar unterschieden; das gemeinsame Kriterium, das es erlaubt, im einen wie im andern Fall von Staat zu sprechen, ist Souveränität.[27] Ein nicht-souveräner Staat stellt eine contradictio in adiecto dar; wo überhaupt ein Staat, ein politischer Zustand vorliegt, besteht auch Souveränität. Umgekehrt impliziert Souveränität immer die Existenz eines politischen Zustandes und damit eines Staates in dem von Schmitt gemeinten allgemeinen Sinn.

Rechts-Ordnung als Staats-Recht: Der Primat der Form

Schmitt bezeichnet Staat und Souveränität als ›Ordnungsbegriffe‹. In dem 1958 erschienenen Text *Staat als konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff*, der auf einen Vortrag von 1941 zurückgeht (vgl. Schmitt 1958d, 383), spricht Schmitt von »der Sprengkraft des neuen Ordnungsbegriffes ›souveräner Staat‹«. (ebd., 378) Anhand der »Ordnungsvorstellungen Souveränität und Staat« sei es im 16. Jahrhundert möglich geworden, »in das Durcheinander der europäischen feudalen Bindungen Ordnung zu bringen«. (ebd.) Darin, ›Ordnung‹ herzustellen, sieht Schmitt die wesentliche Leistung von Souveränität und souveräner Staatlichkeit. Diese Ordnungsleistung manifestiert sich für ihn besonders deutlich im Ausnahmezustand, der sich dadurch auszeichnet,

26 Für das Insistieren der Nationalsozialisten auf dem Primat der Bewegung gegenüber dem Staat hat bereits Franz Neumann den überzeugenden Grund angeführt, dass die NSDAP nach der Machtübernahme sich gegen die in Deutschland zahlenmäßig und funktional einflussreiche staatliche Bürokratie dadurch durchzusetzen suchte, dass sie die Bedeutung des Staates in Abrede stellte. (vgl. Neumann 1980, 344)

27 Vgl. zum Zusammenhang der ›Ordnungsbegriffe‹ Souveränität und Staat Schmitt 1958d, 376–379.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dass Rechtsnormen suspendiert werden, um die staatliche Ordnung zu erhalten: Über den Ausnahmezustand schreibt Schmitt in der *Politischen Theologie:*

> »Die Existenz des Staates bewährt hier eine zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm. Die Entscheidung macht sich frei von jeder normativen Gebundenheit und wird im eigentlichen Sinne absolut. Im Ausnahmefall suspendiert der Staat das Recht, kraft eines Selbsterhaltungsrechtes, wie man sagt. Die zwei Elemente des Begriffes ›Rechts-Ordnung‹ treten hier einander gegenüber und beweisen ihre begriffliche Selbständigkeit. So wie im Normalfall das selbständige Moment der Entscheidung auf ein Minimum zurückgedrängt werden kann, wird im Ausnahmefall die Norm vernichtet.« (PT, 18f.)

Im Ausnahmefall erweisen die beiden Glieder, die sich im Begriff ›Rechts-Ordnung‹ verbinden, ihre Fremdheit, wodurch die antithetische Struktur des Begriffs ersichtlich wird. Nur aus dieser Struktur heraus lässt sich der Begriff nach Schmitt verständlich machen. So schreibt er in der *Verfassungslehre*, es sei »willkürlich, ohne weiteres von Rechtsordnung zu sprechen«, und fährt fort: »Der Begriff der Rechtsordnung enthält zwei völlig verschiedene Elemente: das normative Element des Rechts und das seinsmäßige Element der konkreten Ordnung.« (VL, 10) Aus der antithetischen Struktur ergibt sich eine doppeldeutige Verwendung des Begriffs ›Rechtsordnung‹, die ebenso für den gleichbedeutenden Begriff der Verfassung gilt: ›Rechtsordnung‹ bzw. ›Verfassung‹ meint zum einen den Rechtszustand als einen Zustand politischer Ordnung und Einheit (Verfassung als »die ›*Form der Formen*‹, forma formarum«, VL 5, Hervorh. im Original). Zum anderen bezeichnet ›Rechtsordnung‹ auch die Verfassung als System höchster Normen und die aus diesem System abgeleiteten Gesetze und normativen Regelungen. Im ersten Sinn bezieht sich ›Rechtsordnung‹ auf die Form, im zweiten Sinn auf den Inhalt des Rechts.

Die Frage, mit der sich Schmitt befasst, ist die nach dem Verhältnis der beiden Seiten in der Rechtswirklichkeit. In der *Politischen Theologie* wie in der *Verfassungslehre* geht es in unterschiedlicher Weise darum, dass sich die Rechtsordnung nicht auf eine dieser Seiten reduzieren lässt. In jeder konkreten Rechtsordnung manifestiert sich die ihrem Begriff innewohnende Differenz: Auf der einen Seite das *normative* Recht, auf der anderen Seite die *staatliche* Ordnung; ersteres ein Moment des Sollens, letztere ein Moment des Seins. Diese Zweiseitigkeit bedeutet für Schmitt nicht, dass der Rechtsordnung keine Einheit zukomme. Der strittige Punkt liegt vielmehr darin, wie diese Einheit zu verstehen sei. Sie ist, so Schmitt, nicht ›normativ‹ zu verstehen; die Einheit der Rechtsordnung beruht nicht auf einer Norm: »Die Einheit und Ordnung liegt in der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

politischen Existenz des Staates, nicht in Gesetzen, Regeln und irgendwelchen Normativitäten.« (VL, 10) Schmitt bezieht sich hier nicht etwa auf die Diktatur, sondern auf die Rechtsordnung des bürgerlich-demokratischen Rechtsstaats, dessen Verfassungstypus den Gegenstand seiner *Verfassungslehre* bildet.[28]

Die Zweiseitigkeit der Rechtsordnung betont Schmitt gegen die positivistische Auffassung, dass sich die Einheit des Staates vollständig auf die Einheit des Normensystems, der geschriebenen Verfassung, zurückführen lasse. In diesem Sinn befürwortete Hans Kelsen, einer der wichtigsten zeitgenössischen Vertreter des Rechtspositivismus, die Tendenz, dass »sich der Staatsbegriff neuestens dem Rechtsbegriff [›Recht‹ verstanden als Gesamtheit der rechtlichen Normen, J.H.] zu nähern und mit ihm zu verschmelzen sucht«; denn so werde »die Identität« der staatlichen Ordnung »mit der Rechtsordnung« erkannt. (Kelsen 1981, 16) Gerade dadurch aber wird aus Schmitts Sicht das Problem der Einheit übergangen.[29] Wird die Rechtsordnung allein als normative Ordnung verstanden, kann Einheit nicht erklärt werden. Schmitt adressiert dieses Problem vorwiegend in der *Verfassungslehre*. Eine nur normative Ordnung – die geschriebene Verfassung – verfehlt das Erfordernis der Einheit in zwei Hinsichten. Erstens können geschriebene Verfassungen von sich aus keine politische Einheit herstellen. Zweitens bilden sie selbst keine systematische Einheit, denn sie folgen heterogenen Prinzipien, versammeln Gesetze ganz verschieden fundamentalen Gehalts und enthalten zumeist keine vollständige organisatorische Regelung des Staates. (vgl. VL, 15f.) Im Hinblick auf die *Weimarer Verfassung* hält Schmitt trotz der ihr eingeräumten Systematizität und relativen Vollständigkeit fest: »Auch hier löst sich die geschlossene Einheit einer verfassungsgesetzlichen Kodifikation in eine Summe zahlreicher verfassungsgesetzlicher Einzelbestimmungen auf.« (VL, 16) Ihre Einheit haben diese Normen weder in ihrem Inhalt noch in ihrer Systematik, sondern in einem *ihnen äußerlichen* politischen Willen, der »als ihre einheitliche Grundlage ihre Einheit von sich aus bewirkt.« (VL,

28 Die Position, dass die formale Faktizität der Ordnung gegenüber allem Normativ-Inhaltlichen Priorität hat, findet sich ähnlich auch in Rudolph Sohms Überlegungen zum »Rechtsbegriff des Rechts«: »Als *Ordnung* des Gemeinlebens ist endlich jede Gemeinschaftsordnung, ebenso auch die Rechtsordnung, eine Ordnung *um der Ordnung willen*. Die Erhaltung der Gemeinschaft ist an erster Stelle nur davon abhängig, daß *eine* Ordnung sei. Die Frage nach dem Inhalt der Ordnung, so bedeutsam sie auch für die Leistungsfähigkeit der Ordnung ist, steht, im Verhältnis zu dem Bedürfnis nach Ordnung überhaupt, in zweiter Reihe.« (Sohm 1923, Kursivsetzungen sind im Original gesperrt)

29 Diesen Einwand formuliert Schmitt in der *Politischen Theologie* direkt gegen Kelsen; vgl. PT, 27.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

15 und ähnlich 22) Das System der Normen hat damit seine Voraussetzung in einem politischen Akt.

Die Einheit der Rechtsordnung beruht darauf, dass die Rechtsordnung nicht allein normative, sondern auch und primär politische bzw. ›seinsmäßige‹ Ordnung ist. (vgl. VL, 10) Mit anderen Worten: Als Einheit lässt sich die Rechtsordnung nur verstehen, wenn sie begrifflich in ihrer Zweiseitigkeit erkannt wird. Darin liegt nach Schmitt der Fehler der von ihm vielerorts kritisierten positivistischen Rechtswissenschaft: Ihre Methode geht von einer Trennung von Politik und Recht aus und kann das Politische im Recht nicht denken: »Sie stellt dann meistens einfach ab und erklärt die Frage für *nicht juristisch*, sondern politisch.« (NdE, 180, Hervorh. im Original) Gegen die von Gerhard Anschütz formulierte Auffassung, dass das Staatsrecht beim Ausnahmezustand aufhöre (vgl. PT, 9 und 21), vertritt Schmitt die Position, dass gerade an diesem politischen Fall das Staatsrecht als das *politische* Recht, als ein Eigen- und Vorrecht des Staates hervortrete.[30]

Im Ausnahmezustand wird nach Schmitt die irreduzible Zweiseitigkeit der Rechtsordnung evident. Die heuristische Bedeutung des Ausnahmezustands gründet darin, dass er den Begriff der ›Rechts-Ordnung‹ in seiner Komposition – in der Differenz und Verbindung seiner Komponenten – sichtbar macht. Wenn Schmitt hinsichtlich der souveränen Ausnahme-Entscheidung von einer »Punktualisierung des Augenblicks« (PT, 8) spricht, hat ›Augenblick‹ eine wörtlich optische Bedeutung: Was in dieser Entscheidung augenfällig wird, ist die Differenz der Rechtsordnung. Deren Zweiseitigkeit erweist sich dabei im Primat der ›Ordnung‹ vor dem ›Recht‹. Während die politische Ordnung weiter Bestand hat, wird das normative Recht suspendiert, die Norm »vernichtet«: »Ist dieser Zustand eingetreten, so ist klar, daß der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt.« (PT, 18) In der doppelten Bedeutung von ›Rechtsordnung‹ lässt sich dies so formulieren: Im Ausnahmezustand wird die Rechtsordnung – der normative Inhalt des Rechts – ausgesetzt, um die Rechtsordnung – als Form – zu erhalten: Die souveräne Entscheidung entscheidet sich hier *gegen* den Inhalt und *für* die Form. Damit tritt die für den Begriff des Rechts konstitutive Überlegenheit der Form über den Inhalt des Rechts zutage. Diese Überlegenheit der Form ist weniger eine Überlegenheit der Entscheidung als eine Überlegenheit der Ordnung; die Entscheidung ist dabei (nur) das Medium, das den Primat

30 An diesem Punkt setzt Ernst-Wolfgang Böckenfördes Deutung von Schmitts staatsrechtlichem Werk an: Das Staatsrecht ist »genuin politisches Recht«, denn es erscheint »als die verbindliche normative Ordnung und Form für Bestand, Erhalt und Aktionsfähigkeit einer in diesem [relativ homogenen, J.H.] Sinn politischen Einheit«. (Böckenförde 2006, 349) Gerade im Ernstfall, in dem die politische Einheit in ihrer Existenz bedroht ist, kommt dem Staatsrecht als dem politischen Recht eine tragende Bedeutung zu.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Ordnung, als einen Primat der Form, sichtbar macht. Bei der Heuristik des Ausnahmezustands handelt es sich demnach um eine Heuristik der Form.

Ich werde an späterer Stelle deutlich machen, wie Schmitt die Theorie der Form auch an einem Moment der ›Durchbrechung‹ entwickelt, das nicht im Augenblick der souveränen Ausnahme hervortritt, sondern vielmehr konstitutiv in den juristischen Normalzustand eingeschrieben ist. (vgl. Kapitel 1.4) Die Theorie der Form und damit die These von der Überlegenheit der Form auf den Normalzustand zu beziehen, ist unerlässlich. Denn kommt die Theorie der Form allein in einer Heuristik der Ausnahme in Betracht, so wird angesichts des bedingungslosen Primats der Ordnung unklar, wozu es Rechtsnormen als ein selbständiges Moment überhaupt noch braucht. Die Emphase auf der Ausnahme betont in einer Weise das Politische, dass demgegenüber das Normative entbehrlich und verächtlich erscheint. Darin liegt denn auch das Problem an Schmitts methodischer Privilegierung des Ausnahmezustands: dass sie die Form des Rechts in ihrer konstitutiven Normalität und damit das Funktionieren rechtlicher *Normativität* gerade nicht erhellt, sondern das Normative in der vollständigen Suspension völlig unthematisch werden lässt. Aufschlussreich ist die Beschäftigung mit Schmitt hingegen dann, wenn gegen seine eigene Heuristik der Ausnahme die *Normalität* der Durchbrechung – auch jenseits des von Schmitt genannten Problems der Normanwendung – in den Fokus der Betrachtung rückt. Darauf zielt meine Auseinandersetzung mit Schmitt im Ganzen und besonders im letzten der mit ihm befassten Kapitel.

Relativer und radikaler Dezisionismus

Dass eine Ordnung nicht im normativen Sinn *rechtlich* sein muss, um *juristisch* zu sein, ist der Punkt, auf den es Schmitt ankommt. Diese Formulierung ist nur scheinbar paradox. Denn entsprechend der Zweideutigkeit im Begriff der Rechtsordnung (Staat oder geschriebene Verfassung) hat auch der Begriff des Rechts bei Schmitt eine doppelte Bedeutung. Während ›Recht‹ im engeren Sinn das normative Element der Rechtsordnung meint, ist ›Recht‹ im weiteren Sinn zugleich der Allgemeinbegriff des Juristischen, der sich auf alle drei juristischen Elemente (neben der Norm auch Ordnung und Entscheidung) beziehen kann.[31] Von einer *juristischen* Ordnung lässt sich nach Schmitt auch sprechen, wenn die Rechtsordnung (i.S. von ›Verfassung‹) außer Kraft ist. So kann Schmitt formulieren: »Weil der Ausnahmezustand immer

31 Vom Unterschied dieser drei Elemente des Juristischen handelt Schmitts Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934),

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

noch etwas anderes ist als eine Anarchie und ein Chaos, besteht im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung.« (PT, 18)

Der Primat der Ordnung (Staat) vor dem Recht (Norm) beruht darauf, dass die juristische Ordnung auf die Norm verzichten kann, während die Norm von der Ordnung abhängig bleibt: »Die Norm braucht ein homogenes Medium. Diese faktische Normalität ist nicht bloß eine ›äußere Voraussetzung‹, die der Jurist ignorieren kann; sie gehört vielmehr zu ihrer immanenten Geltung. Es gibt keine Norm, die auf ein Chaos anwendbar wäre. Die Ordnung muß hergestellt sein, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat.« (PT, 19; vgl. auch die ähnliche Formulierung in ÜdA, 20) Erweist sich die Zweigliedrigkeit der Rechtsordnung darin, dass das eine Glied die Voraussetzung des andern ist, und damit in der Hierarchie der beiden Glieder, so kann auch die »begriffliche Selbständigkeit« (PT, 19) keine beidseitige sein. Selbständig ist nur die Ordnung und in diesem Ungleichgewicht besteht ihre »zweifellose Überlegenheit über die Geltung der Rechtsnorm« (PT, 18). Existiert keine staatliche Ordnung, kann die Rechtsnorm nicht gelten. Die Überlegenheit der Ordnung vor der Norm liegt somit im Kriterium der Geltung.

Geltung ist das Kriterium des Juristischen. Was, wie die faktische Normalität, zur Geltung der Norm gehört, darf *juristisch* nicht ignoriert werden. Die Geltung selbst ist dabei für Schmitt nichts Normatives, sondern liegt allein in dem, was faktisch durchsetzbar und durchgesetzt ist. Faktizität und Geltung stehen hier, anders als nach Habermas, in keiner die Rechtsgeltung erst konstituierenden Spannung. (vgl. Habermas 1992, 88) Denn den rechtlichen Normen kommt die Geltung bei Schmitt nicht normativ, sondern allein faktisch zu. Insofern eine so verstandene Geltung für ihn das Kriterium des Juristischen bildet, kommen rechtliche Normen juristisch nur in Betracht, wenn sie faktisch gelten. Dagegen ist, was faktisch als eine politische Größe existiert, auch unabhängig von »der Richtigkeit oder Brauchbarkeit von Normen« juristisch relevant. (VL, 22) Jede faktische Normalität ist damit zugleich juristische Normalität, nämlich insofern, als sie nicht Chaos, sondern *Ordnung* ist und damit das homogene Medium darstellt, an das die Geltung der Norm anschließen kann. Während die Ordnung juristisch aus sich selbst gelten kann, setzt die Norm, um zu gelten, Ordnung voraus. Diese Ordnung, auf der Geltung beruht, ist keine normative, sondern eine nicht-normative Ordnung; und die zentrale juristische Frage richtet sich entsprechend nicht auf Normativität, sondern auf Normalität.

Für das Verständnis des Begriffs ›Rechts-Ordnung‹ fordert Schmitt daher, »daß man von der konkreten *Ordnung* her das Recht nicht als

in der Schmitt den drei Arten des Denkens die drei Elemente des Juristischen entsprechen lässt.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

›Rechtsregel‹ [das heißt nicht als Norm, J.H.] auffaßte, sondern den Begriff des Rechts von einem selbständigen Begriff ›Ordnung‹ aus bestimmte und dadurch die normativistische Beschlagnahme des Rechtsbegriffs und die Verwandlung der Rechts*ordnung* in eine bloße Rechts*regel* überwindet.« (ÜdA, 11, Hervorh. im Original) Die Verwandlung der Ordnung in die Regel bedeutet das juristisch ausschlaggebende Kriterium der Geltung zu ignorieren.[32] Ist die Ordnung (des Staates) gefährdet, meldet sich das juristische Kriterium der Geltung allerdings als unübergehbar.

Um diese Gefährdung der nicht-normativen und gleichwohl juristischen Ordnung geht es im Ausnahmefall. »In seiner absoluten Gestalt« – losgelöst von jeder Bindung an Normen – ist er »dann eingetreten, wenn erst die Situation geschaffen werden muß, in der Rechtssätze gelten können.« (PT, 19) Die Aufteilung des Juristischen umfasst bei Schmitt, wie erwähnt, nicht nur Norm und Ordnung, sondern als drittes Element die Entscheidung. Schmitt lässt sich und gibt sich an vielen prägnanten Stellen so zu verstehen, dass die Entscheidung beiden anderen Elementen gegenüber primär und somit das grundlegendste, nämlich das »Formelement« des Juristischen ist. (ebd.) Dagegen möchte ich eine Lesart stark machen, der zufolge das Moment der Entscheidung dem Moment der Ordnung weitgehend untergeordnet ist. Die Entscheidung ist demnach nicht das primäre juristische Prinzip. Sie ist vielmehr das Mittel, durch das sich die Überlegenheit der Ordnung über das Normative geltend macht, und sie ist das Medium, in dem diese Überlegenheit, im Ausnahmezustand, sichtbar wird. Dies gilt, so argumentiere ich, insbesondere für die als dezisionistisch akzentuierte Periode der 1920er Jahre. Ein Primat der Entscheidung, die sich von jeder Gebundenheit an eine Ordnung gelöst hat, besteht paradoxerweise erst in dem von Schmitt so genannten »konkrete[n] Ordnungs- und Gestaltungsdenken« (ÜdA, 48), das heißt in der offen nationalsozialistischen Periode der 1930er Jahre. Ich werde also argumentieren, dass in der dezisionistischen Periode bei Schmitt nicht die Entscheidung, sondern die Ordnung maßgebend ist, während in der Periode des Ordnungsdenkens nicht die Ordnung, sondern die Entscheidung an erster Stelle steht. Dabei werde ich in einem ersten Schritt erläutern, inwiefern die Entscheidung bei Schmitt als primäres Element des Juristischen in Betracht kommen *kann*. In einem zweiten Schritt werde ich demgegenüber darlegen, dass in *Die Diktatur* und in der *Politischen Theologie*,

32 Dass Geltung sich nur aus der Ordnung ergibt, verdeutlicht Schmitt, wenn er an späterer Stelle die Begriffe »Rechts-Ordnung« und »Normen-Geltung« so spaltet und re-arrangiert, dass in neuer Wahlverwandtschaft Recht und Norm zusammen stehen, während er auf der anderen Seite Ordnung und Geltung verschwistert. (vgl. ÜdA, 15)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zwei Hauptschriften der dezisionistischen 1920er Jahre, die Entscheidung an der Ordnung orientiert ist. Wie diese Orientierung entfällt, wird in einem dritten Schritt thematisch.

Wenn die Entscheidung sowohl gegenüber der Norm als auch gegenüber der Ordnung primär ist, dann insofern, als diese in der Entscheidung die Bedingung ihrer Verwirklichung haben: Eine konkrete Ordnung wird nach Schmitt immer durch eine Entscheidung gegründet und eine allgemeine Norm stets durch eine Entscheidung angewandt. (vgl. PT, 36–38 und ÜdA, 14) Wo immer also Recht faktisch gelten soll, bedarf es der Entscheidung. Unter den drei Elementen des Juristischen ist die Entscheidung grundlegend, da die Verwirklichung von Recht ganz bei ihr liegt.

In der eigenständigen Bedeutung der Rechtsverwirklichung sieht Schmitt, wie er in der *Diktatur* schreibt, »das juristische Grundproblem der Staatslehre« (D, 191) und damit das grundlegende Problem des Verhältnisses von Recht und Staat überhaupt. Die für die Rechtswirklichkeit grundlegende Bedeutung der Entscheidung zeigt sich nach Schmitt im Ausnahmezustand, in dem über beides zugleich entschieden wird: über das Bestehen der Ordnung und über die Geltung der Normen. Der Akt der Entscheidung über die Ausnahme selbst erfolgt dabei immer als eine Entscheidung über die Normalität; von dieser Entscheidung hängt die Geltung der Normen ab:

> »Es muß eine normale Situation geschaffen werden, und souverän ist derjenige, der definitiv darüber entscheidet, ob dieser normale Zustand wirklich herrscht. Alles Recht ist ›Situationsrecht‹. Der Souverän schafft und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität. Er hat das Monopol dieser letzten Entscheidung. […] Der Ausnahmefall offenbart das Wesen der staatlichen Autorität am klarsten. Hier sondert sich die Entscheidung von der Rechtsnorm, und (um es paradox zu formulieren) die Autorität beweist, daß sie, um Recht zu schaffen, nicht Recht zu haben braucht.« (PT, 19)

Das von der Autorität geschaffene Recht ist die faktisch-juristische Ordnung. Das dafür nicht gebrauchte (sondern gerade vernichtete) Recht ist die Norm. Der Begriff des Rechts wird hier einmal im weiteren und einmal im engeren (normativ-rechtlichen) Sinn gebraucht: Um Recht – eine juristische *Ordnung* – zu schaffen, braucht es kein Recht – keine rechtliche *Norm*. Das, was Recht (Ordnung wie Norm) schafft, ist für Schmitt allein die Entscheidung. In einer solchen dezisionistischen Lesart bildet die Entscheidung das juristisch allein bestimmende Element.

In *Die Diktatur* und in der *Politischen Theologie* vertritt Schmitt nun jedoch keinen radikalen, allein auf die Entscheidung abstellenden Dezisionismus. Zwar ist in beiden Büchern die Entscheidung das Kriterium

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Souveränität. (vgl. D, 191 und PT, 13) Doch liegt der Schwerpunkt in *Die Diktatur* nicht auf der Frage der Entscheidung, sondern auf der Frage der Ordnung. Der Diktator entscheidet nicht frei, sondern ist gebunden an einen Auftrag: die bedrohte Ordnung herzustellen. Seine Aktion ist stets »Gegenaktion«. (D, 133) Die Entscheidung ist kein ungebundenes Moment, sondern dient der Ordnung. Auch die »Selbständigkeit des Problems der Rechtsverwirklichung«, das auf die Entscheidung des Diktators verweist, ist hier zunächst in Abhängigkeit von der Ordnung gedacht. (D, 133f.) Weil zu jeder – nicht nur zur kommissarischen, sondern auch zur souveränen – Diktatur die Abhängigkeit von einer Aufgabe gehört (vgl. D, 134), ist die Entscheidung nicht das allein bestimmende Element.[33] So ist es zu erklären, dass Schmitt, obschon er die Diktatur aufgrund ihrer Verbindung mit dem Ausnahmezustand zum Paradigma der Souveränität macht, zugleich Zweifel äußert, ob der Begriff der Diktatur mit dem der Souveränität nicht in einem Widerspruch steht: »Zu jeder Diktatur gehört eine Kommission, und es fragt sich, ob es eine mit der Souveränität vereinbare Kommission gibt und wieweit es dem Begriff der Souveränität widerspricht, daß sie von einem Auftrag abhängig ist.« (D, 134) Der Auftrag des Diktators ist es, »einen Zustand [zu] schaffen, in dem das Recht verwirklicht werden kann«, in dem also Normen Geltung haben und sich anwenden lassen. (D, 133) Dies bleibt in der *Politischen Theologie* thematisch. Neben die Abhängigkeit der Normen von der Ordnung, in der und auf die sie angewandt werden können, tritt hier ihre Abhängigkeit von der Entscheidung, durch die sie angewandt werden. Dass auch die Ordnung selbst auf einer Entscheidung beruht, kommt hier zwar bereits in Betracht, allerdings weniger, um einen Primat der Entscheidung vor der Ordnung zu behaupten, als vielmehr, um ein ›normativistisches‹ Verständnis der Ordnung zurückzuweisen:

> »[J]ede Ordnung beruht auf einer Entscheidung, und auch der Begriff der Rechtsordnung, der gedankenlos als etwas Selbstverständliches angewandt wird, enthält den Gegensatz der zwei verschiedenen Elemente des Juristischen in sich. Auch die Rechtsordnung, wie jede Ordnung, beruht auf einer Entscheidung und nicht auf einer Norm.« (PT, 16)

33 In seinem berühmten Buch *Der Doppelstaat* beschreibt Ernst Fraenkel den seit der »Verordnung des Reichspräsidenten zum Schutz von Volk und Staat« vom 28. Februar 1933 bestehenden »Maßnahmenstaat« als »souveräne Diktatur« in Schmitts Bedeutung des Begriffs; die Aufgabe dieser souveränen Diktatur bestand, so Fraenkel, in der »Errichtung des nationalsozialistischen Staates mit unbegrenzten Hoheitsbefugnissen«. (Fraenkel 1984, 27) Zur Differenz von souveräner und kommissarischer Diktatur bei Schmitt vgl. Voigt 2013, 88f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In der »Vorbemerkung zur zweiten Ausgabe« der *Politischen Theologie* vom November 1933 gibt Schmitt an, dass er inzwischen nicht mehr nur zwei Elemente, sondern neben Norm und Ordnung die Entscheidung als drittes Element unterscheiden würde. Diese neue Unterscheidung ist von Schmitts Einfluss durch den Nationalsozialismus geprägt. Deutlich wird dies daran, dass Schmitt die Unterscheidung Norm, Entscheidung, Ordnung mit der Unterscheidung Staat, Bewegung, Volk koordiniert, die titelgebend ist für die im selben Jahr publizierte Schrift (Schmitt 1933). Dem juristischen Element der Dezision lässt er dabei in der politischen Einheit das Moment der Bewegung entsprechen. (vgl. PT, 8) Erst in der 1934 erschienenen Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* wird die dreiteilige Unterscheidung detailliert ausgeführt; und erst hier formuliert Schmitt eine radikal dezisionistische Position.[34]

Radikal ist dieser Dezisionismus, weil hier, anders als in *Die Diktatur* und in der *Politischen Theologie,* nicht nur die Norm, sondern auch die Ordnung ganz auf das Moment der Entscheidung zurückgeführt wird. Noch in der Schrift *Legalität und Legitimität*, die Schmitt nach eigener Angabe im Juli 1932 fertiggestellt hat (vgl. LuL, 6), erscheint ›Ordnung‹ als grundlegender Rechtsbegriff. Dies zeigt sich etwa daran, dass Schmitt den französischen Allgemeinbegriff für Recht, *droit*, schlicht mit ›Ordnung‹ übersetzt. (vgl. LuL, 56) In dem dezisionistischen Denken dagegen, das zwei Jahre später programmatisch in *Über die drei Arten* beschrieben wird, sind »alle Normen und Gesetze«, aber auch »alle Ordnungen […] wesentlich Entscheidungen des Souveräns«. (ÜdA, 23) Die souveräne Entscheidung ist hier nicht mehr ›Gegenaktion‹, keine Reaktion auf die Bedrohung der Ordnung, sondern erscheint vielmehr als »der absolute Anfang«. (ÜdA, 24) Nicht nur »normativ betrachtet«, wie in der *Politischen Theologie* (PT, 38), sondern nun auch mit Blick auf die Ordnung selbst ist die Entscheidung »aus einem Nichts geboren« (ebd.). So betont Schmitt in *Über die drei Arten*, dass »der reine Dezisionismus eine *Unordnung* voraussetzt«.[35] (ÜdA, 24, Hervorh. im Original) Von jeder Ordnung wie von jeder Norm ist die Entscheidung losgelöst, weil sie beide erst begründet. (vgl. ÜdA, 23f.) Dass die Entscheidung, und zwar jene über den Ausnahmezustand, Ordnung hervorbringt, ist auch

34 Auch in dieser Abhandlung wird der nationalsozialistische Staat positiv durch die »drei Ordnungsreihen – Staat, Bewegung, Volk« charakterisiert. (ÜdA, 52 sowie 55)

35 In diesem Punkt steht das dezisionistische Denken nicht nur in Verbindung mit der Diktatur, sondern auch mit dem Totalitarismus. Bezugnehmend auf Stalins und Hitlers Herrschaftsbeginn bezeichnet Arendt »eine sich zersetzende Gesellschaftsordnung« als die Vorbedingung eines totalitären Regimes. Während Hitler diese vorgefunden habe, musste Stalin sie sich »mit künstlichen Mitteln« erst schaffen. (Arendt 2011a, 685)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Aussage der *Politischen Theologie:* »Der Souverän schafft und garantiert die Situation als Ganzes in ihrer Totalität.« (PT, 19) In *Über die drei Arten* dient die Entscheidung allerdings nicht der Wiederherstellung der Ordnung, sondern *ist* Herstellung der Ordnung. Der ordnungs-erhaltende Charakter der Entscheidung wird derart zum ordnungs-produzierenden gesteigert, dass die Ordnung ganz in der Entscheidung aufgeht. Die »Herstellung der Ordnung« erscheint hier unmittelbar »[a]ls echte und reine Entscheidung«. (ÜdA, 23) Gegenüber der Entscheidung verliert die Ordnung ihre Eigenständigkeit. Wenn Schmitt von der Entscheidung sagt, sie sei »Anfang (auch im Sinne von ἀρχή)« (ÜdA, 24), so liegt in der doppelten Bedeutung des griechischen Begriffs (›Anfang‹, aber auch ›Herrschaft‹) der Hinweis, dass die Entscheidung nicht nur ursprüngliches, sondern auch dominantes Moment ist: Sie herrscht über die Ordnung, denn sie sagt, *ob* diese besteht; und sie herrscht über die Norm, denn sie sagt, *ob* diese gilt.

In dieser dezisionistischen Auffassung wird die ordnende Kraft der Entscheidung so stark, dass auch Souveränität direkt über die Herstellung von Ordnung definiert ist: »Wer die Ruhe, Sicherheit und Ordnung herstellt, ist Souverän und hat alle Autorität.« (ÜdA, 23) Zum einen tritt hier die Frage der Legitimität ganz hinter der Faktizität zurück: Die Ermächtigung des Souveräns wird zur Selbstermächtigung jenseits jeder Kommission. Zum anderen gewinnt dadurch die Entscheidung eine absolute Überlegenheit nicht nur über die Norm, sondern auch über die Ordnung. Denn unterliegt eine Ordnung nicht einer reinen Entscheidung, dann ist sie, so Schmitt in *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, von Normen bestimmt. Man hat es dann mit einer normativen bzw. »normativistischen Ordnung« (ÜdA, 22) zu tun. Dass es solche Ordnungen in der Rechtswirklichkeit gibt, erscheint aus dieser radikalisiert dezisionistischen Perspektive ausgeschlossen: Rechtswirklichkeit, das heißt verwirklichtes Recht, kann nur auf einem normativen wie ordnungsmäßigen Vakuum beruhen, entsteht also allein aus Entscheidung. Angesichts des absoluten Primats der Entscheidung kann es für Schmitt an diesem Punkt nur nicht-normative Ordnungen geben. Eine nicht-normative Ordnung meint dabei nicht eine Ordnung ohne Normen, aber eine Ordnung, in der das Moment der Norm jede Selbständigkeit und jeden eigenen Gehalt verliert.

Im Abschnitt über »Die gegenwärtige Lage der deutschen Rechtswissenschaft« und in dem sich in den Dienst des Nationalsozialismus stellenden »Schluss« von *Über die drei Arten* vertritt Schmitt selbst nicht den ›klassischen‹ Dezisionismus, den er Hobbes zuschreibt, sondern das erwähnte »Ordnungs- und Gestaltungsdenken« (ÜdA, 48), in dem sich das dezisionistisch-gestaltende Führerprinzip mit einem völkischen Ordnungsbegriff verbindet. Dabei verliert ›Ordnung‹ jede institutionelle Bedeutung; gemeint ist nicht primär die staatliche Ordnung, sondern der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»innere Ordnungszusammenhang« (ÜdA, 52) einer und insbesondere der deutschen ›Volksgemeinschaft‹. Somit hat der Staat innerhalb der sich aus ›Staat, Bewegung, Volk‹ konstituierenden Einheit »nicht mehr das Monopol des Politischen, sondern ist nur ein Organ des Führers der Bewegung«. (ÜdA, 55) Hier tritt ein Aspekt, den Arendt in ihrer Analyse totalitärer Bewegungen benennt, deutlich hervor: der durch »Strukturlosigkeit« (Arendt 2011a, 685) ermöglichte direkte Zusammenhang zwischen einer Ordnung, die nichts als ›Volk‹ ist, und einem Führer, der für die Bewegung entscheidet und als ihr Exponent mit ihr identisch wird. Dabei »hängt [der Führer] von dem ›Willen‹ der Massen, die er verkörpert, genauso ab wie die Massen von ihm, ohne den sie ›körperlos‹ bleiben würden. Ohne den Führer sind die Massen ein Haufen, ohne die Massen ist der Führer ein Nichts.« (ebd., 701) Eben dies scheint mir der Sinn des von Schmitt als Programm einer nationalsozialistischen Rechtswissenschaft formulierten »konkreten Ordnungs- und Gestaltungsdenkens« (ÜdA, 55) zu sein: Die zu gestaltende Ordnung des Volkes und die gestaltende Entscheidung des Führers sind hier wechselseitig aufeinander bezogen, aber eben so, dass das gestaltende Moment einseitig beim Führer liegt. Neben dieser Verbindung von Volk und geführter Bewegung wird bei Schmitt die dritte ›Ordnungsreihe‹, der Staat, marginal – zumindest insofern, als mit ›Staat‹ eine funktionierende *rechtsstaatliche* Ordnung gemeint ist. Ein Interesse am Rechtsstaat besteht an diesem Punkt nicht mehr, weder theoretisch noch praktisch. Die Frage, wie sich das Verhältnis von Normensystem und souveräner Entscheidung innerhalb der Ordnung des modernen Rechtsstaats genau gestaltet, kommt hier daher nicht mehr in Betracht.

Gegenüber diesem radikalen Dezisionismus, in dem die Ordnung ganz in der Entscheidung aufgeht und weder eigenen Wert noch eigene Kraft hat, bleibt der relative Dezisionismus der 1920er Jahre an eine Ordnung gebunden, von der her er seinen Auftrag gewinnt. Dabei handelt es sich nicht um eine demokratische Ordnung, die auf größtmöglicher Zustimmung und Mitbestimmung beruht, sondern einfach um ein Kollektiv, an dem die Personalität der Entscheidung eine Grenze hat. In dieser Grenze lässt sich bei Schmitt ein Primat der kollektiven Ordnung, der ›politischen Einheit‹, gegenüber der personalen Dezision festmachen, die für seine Theorie der Rechtsform bestimmend ist. Das Verhältnis von politischer Einheit und personaler Entscheidung ist für Schmitt das Problem des Souveränitätsbegriffs, der eben eine Verbindung beider darstellt. Schmitt definiert den Begriff der Souveränität auf zwei Weisen, juristisch und politisch. In der juristischen Definition ist die personale Entscheidung, in der politischen Definition die politische Einheit maßgebend. Um den Begriff der Rechtsform bei Schmitt zu erschließen, ist die juristische zur politischen Definition der Souveränität ins Verhältnis zu setzen und in ihrem Rahmen zu betrachten. Denn wenn der moderne Begriff der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Souveränität nach Schmitt ›staatlich‹ ist, indem er sich auf einen politischen »*status* von Einheit und Ordnung« (VL, 4, Hervorh. im Original) bezieht, kann diese politische Einheit auch für die juristische Definition des Begriffs nicht außer acht bleiben.

Juristisch oder politisch: Zwei Definitionen des Souveränitätsbegriffs

Die zwei Definitionen des Souveränitätsbegriffs entwickelt Schmitt an zwei verschiedenen Orten. Juristisch definiert er die Souveränität in der *Politischen Theologie*, politisch definiert er sie im *Begriff des Politischen*. Nach Schmitt besteht Souveränität in jedem Fall, in dem eine politische Einheit existiert, unabhängig von der Frage des Rechts. Während sich die juristische Definition der Souveränität am Ausnahmezustand orientiert, ist die politische Definition der Souveränität um den Kriegsfall zentriert. Auch der Kriegsfall interessiert Schmitt dabei in seiner Eigenschaft als Ausnahme- oder Ernstfall: »Daß dieser Fall nur ausnahmsweise eintritt, hebt seinen bestimmenden Charakter nicht auf, sondern begründet ihn erst. […] Auch heute noch ist der Kriegsfall der ›Ernstfall‹. Man kann sagen, daß hier, wie auch sonst, gerade der Ausnahmefall eine besonders entscheidende und den Kern der Dinge enthüllende Bedeutung hat.« (BdP, 33) Am Kriegsfall erweist sich, dass es die politische Einheit nur in Verbindung mit einer Entscheidung gibt, nämlich der Entscheidung über den Feind.[36] (vgl. BdP, 50) Dies zeigt sich für Schmitt

36 Da Schmitt die Möglichkeit des Politischen an der Existenz des Feindes und den Begriff des Feindes am Krieg orientiert, erscheint seine Definition des Politischen als bellizistisch. Dem versucht Schmitt dadurch entgegenzutreten, dass er auf dem deskriptiven Charakter seiner Definition insistiert. (vgl. BdP, 32) Diese Rechtfertigung hat Karl Löwith mit Verweis auf die in Schmitts *Begriff des Politischen* »offenkundige Sympathie« für den Krieg als dem Höhepunkt großer Politik zurückgewiesen. (Löwith 1960, 106) Der eigentlich kritische Punkt liegt allerdings weniger darin, ob Schmitt hier für oder gegen den Krieg votiert, als vielmehr darin, dass er das politische Gemeinwesen allein durch die Möglichkeit eines äußeren Feindes motiviert sieht. Hierzu hat Heinrich Meier eingewandt, dass Schmitt einen Primat des Feindes setze und die Seite des Freundes vernachlässige: »Dem Freund kommt in Schmitts Konzeption keine tragende Funktion zu. Ganz im Unterschied zum Feind, der für Schmitts theoretisches Unterfangen schlechterdings unverzichtbar ist.« (Meier 2012, 87) Den »subalternen und parasitären Status« von Schmitts Freundbegriff nimmt auch Paolo Virno zum Anlass seiner Kritik. Statt ›Freund‹ allein *negativ* über den gemeinsamen Feind zu charakterisieren, betont Virno die Solidaritätsbeziehungen der Freundschaft, die *positiv* bestimmt sind durch »die gemeinsame Teilhabe an der Republik«. (Virno 2010, 66)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

im kriegerischen Ausnahmefall, in dem der Feind gegenwärtig und damit ›sichtbar‹ ist: »Die Höhepunkte der großen Politik sind zugleich die Augenblicke, in denen der Feind in konkreter Deutlichkeit als Feind erblickt wird.« (BdP, 62) In der im Kriegsfall getroffenen Entscheidung, wer der Feind sei, konstituiert sich die politische Einheit als Zusammenschluss der vom Feind unterschiedenen Freunde. Wie die Entscheidung über den Ausnahmezustand erfolgt nach Schmitt auch die »spezifisch politische Unterscheidung« (BdP, 25) über Freund und Feind nicht ein für alle Mal oder ab und an, sondern permanent. Im Normalfall wird diese Entscheidung allerdings nicht explizit und Souveränität damit nicht evident. Dazu kommt es nur ausnahmsweise, nämlich im Ausnahmezustand und im Kriegsfall, denn im Unterschied zur Normalität werden diese Ausnahmefälle *erklärt*. Inhalt dieser Erklärung ist zunächst, dass eine Differenz zur Normalität vorliegt; sie besteht darin, dass die Lage nun, anders als im Normalfall, ›ernst‹ ist.

Hinsichtlich der Frage, was die beiden Ernstfälle, den des Krieges und den des Ausnahmezustands, unterscheidet und worin entsprechend die Differenz zwischen der juristischen und der politischen bzw. politiktheoretischen Definition der Souveränität besteht, liegen zunächst zwei Antworten nahe. Die eine Antwort verweist auf den Unterschied in der Bedrohungslage, auf die sich die Entscheidung richtet: Im Kriegsfall geht es um die Sicherung der politischen Einheit nach *außen*, im Ausnahmezustand um deren *innere* Befriedung. Während die Entscheidung über den Kriegsfall den äußeren Feind bestimmt, wird die Entscheidung über den Ausnahmezustand eher mit Blick auf einen inneren Feind getroffen. (vgl. dazu BdP, 43f.) Die andere Antwort bezieht sich auf die Differenz im Status der politischen Einheit: In Schmitts am Kriegsfall orientierter, politik-theoretischer Definition der Souveränität geht es um die *Entstehungsbedingung* der politischen Einheit, in seiner juristischen Definition der Souveränität dagegen um die *Erhaltungsbedingung* der bestehenden politischen Einheit. Diese beiden Antworten hängen zusammen: Während sich nach Schmitt eine politische Einheit (als Gruppierung von ›Freunden‹) nur in Bezug auf einen äußeren Feind herausbilden kann, soll diese Einheit im Ausnahmezustand zumeist gegen eine innere Bedrohung erhalten werden. Die zwei miteinander verbundenen Antworten treffen weitgehend, allerdings nicht durchgehend zu; der Ausnahmezustand kann ebenso aus Anlass eines äußeren Krieges erklärt werden, so dass der Ernstfall des Krieges mit dem Ernstfall des Ausnahmezustandes identisch ist. Unabhängig davon scheint mir, wie angedeutet, eine dritte Antwort überzeugender: Die Differenz besteht in einer unterschiedlichen Gewichtung der beiden Komponenten des Souveränitätsbegriffs.

In *Der Begriff des Politischen* liegt der Fokus primär auf der *politischen Einheit*, in der *Politischen Theologie* wie auch in *Die Diktatur* auf der *souveränen Person*. Dem entspricht eine je verschiedene

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Lokalisierung der Entscheidung: In der am Kriegsfall orientierten politischen Definition der Souveränität wird die souveräne politische Einheit, in der am Ausnahmezustand ausgerichteten juristischen Definition hingegen die souveräne Person als Ort der Entscheidung markiert. Im ersten Fall ist thematisch, *dass* die politische Einheit (dadurch ist sie »maßgebende Einheit«, BdP, 36) über den Ernstfall entscheidet, im zweiten Fall steht in Frage, *wer* für die politische Einheit entscheidet. Es handelt sich dabei nicht um zwei unterschiedliche Begriffe der Souveränität, sondern um zwei verschiedene Perspektiven auf denselben Begriff. In der juristischen wie in der politischen Definition der Souveränität tritt diese mit unterschiedlichem Akzent als Verbindung von politischer Einheit und Entscheidung hervor. Die heuristische Bedeutung des Ernstfalls, jene des Krieges wie jene des Ausnahmezustands, liegt nach Schmitt darin, diese Verbindung zur Sichtbarkeit zu bringen. Beide sind sie dadurch für ihn in unterschiedlicher Weise ›Augenblicke‹ der Souveränität. In der politischen Definition der Souveränität hat die Entscheidung allerdings weniger einen personalen Charakter, sondern ist die Entscheidung einer Einheit. Dieses Moment der souveränen Einheit entwickelt Schmitt, als einen Primat des Kollektiven gegenüber dem Individuellen, insbesondere in seinen Auseinandersetzungen mit Hobbes. In ihnen wird deutlich, inwiefern Schmitt das Kriterium innerstaatlicher ›Homogenität‹ als Bedingung einer politischen und juridischen Normalität und damit als Voraussetzung von Souveränität betrachtet.

Bodin oder Hobbes: Entscheidung oder Einheit

Während sich Schmitt im Hinblick auf die personale Entscheidung und damit auf die juristische Definition der Souveränität vor allem auf Bodin beruft, sieht er hinsichtlich der Frage der inneren ›Homogenität‹ und damit der politischen Definition der Souveränität das Vorbild bei Hobbes.[37] Um zu erläutern, wofür Schmitt Hobbes heranzieht, ist der Blick auf Georg Jellinek hilfreich, denn Schmitts Theorie der Souveränität lässt

37 ›Homogenität‹ ist ein Begriff, den Schmitt selbst zur Beschreibung des Normalzustands verwendet. (vgl. D, 133 und 200; PT, 19) Böckenförde hat mit Blick auf diese Verwendungsweise von »relativer Homogenität« gesprochen. (vgl. Böckenförde 2006, Kap. 14, S. 344–366) Relativ *homogen* deshalb, weil die Gegensätze innerhalb der politischen Einheit nicht die Intensität einer Freund-Feind-Gruppierung erreichen (vgl. ebd., 347); nur *relativ* homogen deshalb, weil sie von der Möglichkeit dieser Gruppierung und damit vom Politischen nicht »abgeschottet« (ebd., 348) sind, sondern jederzeit in Richtung dieser Fronten eskalieren können. Dem lässt sich hinzufügen: Insofern *Homogenität* vorliegt, besteht nach Schmitt eine Einheit; dass diese Homogenität nur *relativ* ist, macht diese Einheit im Sinne Schmitts politisch.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sich als Ausgestaltung der Komponenten verstehen, die Jellinek in seiner Dreielemente-Theorie zugrunde legt. Diese erklärt das Phänomen der staatlichen Souveränität über die Kombination von Herrschaftsgebiet (Territorium), Herrschermacht (Entscheidungsinstanz) und sesshaftem Volk (Bevölkerung): »Der Staat ist die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgerüstete Verbandseinheit sesshafter Menschen.«[38] (Jellinek 1922, 180f.) In Schmitts Bezugnahme auf Bodin bleibt der dritte Aspekt, das Moment der Bevölkerung, konturlos.

Auf den historischen Prozess, der die Integration der Menschen zu einer Bevölkerung bedeutet, legt Schmitt hingegen durchaus Gewicht. In diesem Prozess, in dem die indirekten Gewalten zurückgedrängt werden, bildet sich in Europa der neuzeitliche Nationalstaat als ›politische Einheit‹ heraus. Schmitt bezieht sich auf diesen Vorgang bereits 1921 in *Die Diktatur:* Die ständischen und kirchlichen Körperschaften werden geschwächt und die Einzelnen aus ihren diesbezüglichen Gebundenheiten gelöst.[39] In die staatlichen Strukturen werden die Individuen so direkt integriert und unmittelbar beherrschbar. (vgl. D, 115 und 200) Dies bedeutet für Schmitt ›Homogenität‹. Die Unteilbarkeit der politischen Einheit ist durch diese Homogenität bedingt.

Ich werde im folgenden Kapitel argumentieren, dass Schmitt die historische Integration zur Bevölkerung unter dem Begriff der *Homogenität* zur Voraussetzung eines politischen Normalzustands erklärt. Dazu soll Schmitts Interpretation von Hobbes einer kritischen Analyse unterzogen und seine grundsätzliche Verschiebung gegenüber Hobbes ins Licht gerückt werden. Anhand dieser Verschiebung kann deutlich werden, wie Schmitt den Normalzustand der politischen Einheit auffasst; dies ist zugleich notwendig, um ein adäquates Verständnis von Schmitts Konzept des Ausnahmezustands zu gewinnen. Die von Schmitt mit Insistenz wiederholte These, dass die Normalität von der Ausnahme her zu verstehen ist, gilt es dabei umzukehren: Um seine Theorie der Ausnahme verständlich zu machen, ist die zugrunde liegende Idee des Normalzustands zu analysieren. Denn es stimmt, was Schmitt in *Die Diktatur* selber meint: »es kommt darauf an, *wovon* eine Ausnahme gemacht wird«. (D, XVI, Hervorh. im Original) Im Hinblick auf meine Auseinandersetzung mit Schmitt im Gesamten dienen die folgenden Überlegungen dazu, die Verbindung verständlich zu machen, in der Schmitts Begriff der Rechtsform zum Konzept der normalen Ordnung steht. Vor diesem Hintergrund

38 Mit mehr Nachdruck auf dem Aspekt der Territorialität definiert Jellinek an etwas späterer Stelle: »Als Rechtsbegriff ist der Staat […] die mit ursprünglicher Herrschermacht ausgestattete Gebietskörperschaft.« (ebd., 183)

39 Vgl. hierzu auch unten, Kapitel 4.2, in dem dieser historische Vorgang in Auseinandersetzung mit Niklas Luhmann im Zusammenhang mit der gleichzeitigen Herausbildung von positivem Recht, Souveränität und subjektiven Rechten beschrieben wird.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kann anschließend (Kapitel 1.4) die Form des Rechts als die Durchbrechung erläutert werden, welche die Normativität des Rechts normalerweise (und nicht im Fall der Ausnahme) kennzeichnet.

1.3 Politisierung des Todes: Souveräne Einheit nach Hobbes und Schmitt

Seine Theorie souveräner Staatlichkeit hat Hobbes in der Zeit des konfessionellen Bürgerkriegs in England, um die Mitte des 17. Jahrhunderts, in *The Elements of Law, natural and politic* (1640), *De Cive* (1642) sowie im *Leviathan* (1651) entwickelt. In seiner Deutung von Hobbes' Werken, nimmt Schmitt verschiedene Abweichungen gegenüber Hobbes vor. Da diese Abweichungen für ein Verständnis von Schmitts Theorie aufschlussreicher sind als die Punkte, in denen er Hobbes folgt, liegt auf den Abweichungen im Folgenden das Gewicht.

An der Idee des modernen Staates stellt Schmitt zwei Aspekte besonders heraus: die »für Fremde undurchdringliche[]« territoriale Geschlossenheit und den »in sich befriedeten« Charakter. (BdP, 44) Der Aspekt territorialer Geschlossenheit ergibt sich aus der Bestimmung des Politischen bzw. der politischen Einheit als einer gegen äußere Feinde abgeschirmten Gruppe von Menschen. Die Frage nach der inneren Befriedung dieser Menschen ist der Aspekt, für den bei Schmitt die Auseinandersetzung mit Hobbes eine zentrale Rolle spielt. Voraussetzung der Befriedung der Menschen ist ihre ›Vereinheitlichung‹ im Ganzen des Staates. Eben diese Vereinheitlichung sieht Schmitt in Hobbes' Staatskonstruktion gegeben. So schreibt er in *Die Diktatur* über Hobbes' Naturrechtstheorie: »Für das wissenschaftliche Naturrecht des Hobbes ist der einzelne Mensch ein Energiezentrum und der Staat die im Wirbel solcher Atome entstehende, die Einzelheit verschlingende Einheit, der Leviathan.« (D, 116)

Im vorliegenden Kapitel verfolge ich zwei miteinander verbundene Ziele. Ich werde einerseits den Zug in Schmitts Hobbes-Interpretation herausarbeiten, durch den er den Individualismus bei Hobbes zugunsten der Einheit auflöst. Andererseits möchte ich die Vereinheitlichung, die Schmitts Lesart von Hobbes bedeutet, als Homogenisierung explizieren. Denn in der Auseinandersetzung mit Hobbes exponiert Schmitt jene Homogenität, die er als notwendige Voraussetzung eines politisch-juridischen Normalzustandes betrachtet. Dabei entwickle ich in diesem Kapitel die These, dass sich die Voraussetzung der inneren Homogenität bei Schmitt dadurch ergibt, dass er den *vorpolitischen* Krieg, von dem Hobbes ausgeht, als einen *politischen* Krieg deutet; der Bürgerkrieg im Innern wird zu einem Krieg nach außen. Dazu gelangt Schmitt dadurch, dass er,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

wie ich zeigen werde, Hobbes' Konzeption des inneren Krieges mit Platons Begriff eines äußeren Feindes verbindet. Diese ›platonische‹ Lesart ist folgenreich: Durch sie wird der Individualismus, der in einer liberalen Hobbes-Deutung wie jener von Leo Strauss augenfällig ist, restlos gestrichen. Bemerkenswert ist diese Differenz umso mehr, als Strauss wesentliche von Schmitts Voraussetzungen teilt.[40] Die für Schmitt spezifische Verbindung von äußerem Feind und innerem Krieg werde ich deshalb im Folgenden vor dem Hintergrund von Strauss' Interpretation darstellen.

Am Anfang des Politischen steht bei Hobbes der Naturzustand: Aus einer für jeden existentiell bedrohlichen Situation heraus wird der Staat gegründet. Diese Anfangssituation des Hobbes'schen Naturzustands beschreibt Leo Strauss im Vokabular von Schmitts Ausnahmezustand, ohne freilich den Begriff des Ausnahmezustands (oder den Namen Schmitts) direkt zu nennen. Die Allgemeingültigkeit von Hobbes' Souveränitätstheorie sieht Strauss darin, dass sie sich nicht auf die Normalität des Politischen beschränkt. Sie berücksichtigt auch extreme Fälle und geht von einem solchen Fall aus: vom Bürgerkrieg, der die innere Normalität des Politischen am grundlegendsten infrage stellt. Dass Hobbes die politische Gemeinschaft von diesem ›extremen‹ Punkt des Problematisch-Werdens konstruiert, hat Strauss als die Stärke seiner Theorie hervorgehoben:

> »Hobbes' politische Doktrin soll universal und damit auch und besonders auf extreme Fälle anwendbar sein. Hier muß nun in der Tat zum Ruhm der klassischen Souveränitätslehre gesagt werden, daß sie auch dem extremen Fall, nämlich dem, was in Notlagen gilt, gerecht wird, während denjenigen, die diese Lehre in Frage stellen, vorgeworfen wird, daß sie nicht über die Grenzen des Normalen hinausschauen. Demgemäß baute Hobbes seine ganze moralische und politische Doktrin auf Beobachtungen über den extremen Fall auf; denn die Erfahrung, auf welcher seine Lehre vom Naturzustand fußt, ist die Erfahrung des Bürgerkrieges. In der äußersten Situation, wenn die gesellschaftlichen Bande total zerrissen sind, tritt die feste Grundlage in Erscheinung, auf welcher letztlich jede Gesellschaftsordnung ruhen muß, nämlich die Angst vor dem gewaltsamen Tod, welche die stärkste Kraft im menschlichen Leben ist.« (Strauss 1977, 203f.)

In einer der Anmerkungen, die Schmitt der Neuausgabe des *Begriffs des Politischen* von 1963 hinzufügte, beschreibt auch er selbst Hobbes' Naturzustand, den er als »Situation« begreift, in der Terminologie der Ausnahme: »[D]er Naturstand (oder besser -zustand) ist eine abnorme Situation, deren Normalisierung erst im Staat, d.h. in der politischen Einheit gelingt. […] Das Abnorme ist die ›Verfalls-Situation‹, der Bürgerkrieg.«

40 Zum Verhältnis von Schmitt und Strauss hinsichtlich des Verständnisses des Politischen vgl. auch Meier 1988.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(BdP, 112) Den Hobbes'schen Naturzustand denkt Schmitt nicht als vor- oder außerpolitischen Anfang der Ordnung, sondern als Verfall einer bestehenden Ordnung und damit als Situation der Gefährdung, wie sie im Ausnahmezustand unterstellt wird.

Strauss legt nun in seiner Hobbes-Deutung Schmitts These vom heuristischen Wert der Ausnahme zugrunde: Was im Extremfall des Bürgerkriegs ›in Erscheinung‹ tritt oder vielmehr ›enthüllt‹ wird, ist die Grundlage der politischen Ordnung. Die Ordnung gründet darauf, dass alle Menschen einen gewaltsamen Tod fürchten, denn vor einem solchen Tod als dem extremsten ›Vorfall‹ zu schützen, ist der Zweck der Ordnung. Die Nähe zwischen Hobbes und Schmitt stellt Strauss an einer anderen Stelle auch in der umgekehrten Richtung her, indem er Schmitts Verständnis des Politischen im Vokabular von Hobbes beschreibt: »[D]as Politische ist ein *status* des Menschen; und zwar ist es *der* status als der ›natürliche‹, als der fundamentale und extreme status des Menschen.« (Strauss 1998, 107, Hervorh. im Original) Das Politische bei Schmitt, sagt Strauss, entspricht dem Naturzustand bei Hobbes: Bei beiden geht es um einen Zustand des Krieges, bei Hobbes zwischen Individuen, bei Schmitt zwischen Gruppen. Während Hobbes den Krieg im Naturzustand ablehnt, bejaht Schmitt den Krieg in dem von ihm *naturalisierten*, zum Naturzustand gemachten Politischen. Schmitt habe, so Strauss, »den Hobbesschen Begriff des Naturstandes wieder zu Ehren« gebracht, indem er das Politische selbst als »Naturstand« denkt. (ebd., 106)

Ich möchte diesen Gedanken von Strauss im vorliegenden Kapitel entfalten, allerdings in gegenläufiger Richtung, nicht als eine Naturalisierung des Politischen, sondern als eine Politisierung des Natürlichen, nämlich als eine Politisierung des von Hobbes angenommenen *natürlichen* Fundaments des Politischen: des gewaltsamen Todes. Dieses natürliche Fundament des Politischen *politisiert* Schmitt, indem er den Tod, von dem Hobbes ausgeht, politisch wendet. Die Konsequenz, auf die es hier vor allem ankommt, liegt weniger darin, dass Schmitt den Anfang des Politischen wie den innerpolitischen Ausnahmezustand denkt, sondern darin, dass er dadurch den Ausnahmezustand von Beginn an als für das Politische *notwendig* und darum *berechtigt* vorstellt. Aus der Politisierung des Todes ergibt sich für Schmitt ein absoluter Vorrang der politischen Einheit vor dem einzelnen Individuum. Erst ein solcher Primat der souveränen politischen Einheit, den Schmitt von Hobbes ausgehend *gegen* Hobbes konstruiert, lässt das Konzept des Ausnahmezustands nach Schmitt zugleich zwingend wie wünschenswert erscheinen.

Ich beginne im Folgenden mit einer Analyse von Hobbes, um die Position Schmitts davon kontrastierend abzusetzen. Dieser zweite Schritt erfordert auch deswegen eine genaue Lektüre, weil Schmitt selbst an vielen Orten betont, in seinen politischen Prämissen – und damit auch darin, was ihm als Prämisse des Politischen gilt – Hobbes weitgehend zu

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

folgen. Meine Lektüre, die auf den Gegensatz von Schmitt und Hobbes zielt, richtet sich damit gegen das erklärte Selbstverständnis Schmitts. Dabei beziehe ich mich allerdings vor allem auf Schmitts Schriften der 1920er Jahre (sowie auf die 1934 erschienene Abhandlung *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*), in denen er Hobbes positiv als Theoretiker eines personalistischen Souveränitätsbegriffs und einer letzten, personalen Entscheidung rezipiert. In der 1938 erschienenen Schrift *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* übt Schmitt hingegen, wie bereits der Titel anzeigt, eine Kritik an Hobbes' Konzeption des souveränen Staates. Stein des Anstoßes ist dabei die von Hobbes gewährte innere Religionsfreiheit als Ausgangspunkt der liberalen Freiheitsrechte, die wiederum einen prinzipiellen Vorrang der Individuen vor dem Staat begründen. In einer von antisemitischem Ressentiment geprägten Interpretation insbesondere Spinozas und einer Engführung von ›liberal‹ und ›jüdisch‹ argumentiert Schmitt, dass im Anschluss an Hobbes die absolute Souveränität des Staates von liberalen Autoren ausgehöhlt und damit dem Untergang preisgegeben wurde. Die Schuld am Ende des Staates trägt letztlich ein als jüdisch etikettierter Liberalismus. In die Verantwortung nimmt er aber ebenso Hobbes, der den Grundstein für die liberale Lesart gelegt habe. Schmitts in seiner *Leviathan*-Schrift formulierte Kritik an Hobbes steht allerdings auf einem anderen Blatt als die Differenz zwischen Schmitt und Hobbes, um die es im Folgenden geht: Nicht eine *nachträgliche* Selbstbeschränkung des Staates, nicht die innere Religionsfreiheit, wird thematisch, sondern die *Voraussetzung* des Politischen. Was diese Voraussetzung betrifft, gibt sich Schmitt, wie ich nun argumentieren werde, als Schüler von Hobbes aus, konzipiert sie dabei aber in ganz anderer Richtung. Weil es bei Schmitt wie bei Hobbes um die Verhinderung eines gewaltsamen Todes und das politische Verhältnis von Schutz und Gehorsam geht, ist diese Differenz nicht auf den ersten Blick ersichtlich. Da sie für die jeweilige Konzeption des Politischen folgenreich ist, gilt es sie detailliert herauszuarbeiten, wobei ich nun mit Hobbes einsetze.

Zum Eintritt in den Staat motiviert nach Hobbes die natürliche Vernunft. Sie gebietet jedem, »dem gewaltsamen Tode als dem höchsten Übel der Natur auszuweichen«.[41] (Hobbes 1994, Widmung, S. 62) Die Motivation, auf der das Politische gründet, ist bei Hobbes jedem Einzelnen natürlich eingeschrieben; wenn sie dadurch in einen Gegensatz zum Sozialen und Politischen rückt, so erscheint mir wichtig, zugleich die Arbeiten in Erinnerung zu rufen, die deutlich gemacht haben, dass der von Hobbes geschilderte Individualismus keine vorgesellschaftliche

41 Vgl. dazu auch die Stellen zur Todesfurcht in Hobbes 1994, 81 und Hobbes 1991, Kap. 11, S. 76 und Kap. 13, S. 96–98.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Disposition darstellt, sondern einer spezifischen Gesellschaftsform zuzurechnen ist. Dieser Einwand, mit dem die Behauptung des Natürlichen zurückgewiesen wird, geht auf Hegel zurück und wurde im 20. Jahrhundert unter Rückgriff auf die marxistische Theorie wieder aufgenommen. Darauf muss hier Bezug genommen werden, um zu verdeutlichen, was mit der Behauptung gemeint ist, dass bei Schmitt eine Vorstellung von Tod und Leben politisiert wird, die bei Hobbes unpolitisch und insofern ›natürlich‹ gedacht wird. Der spezifische Sinn dieses Unpolitischen soll hier anhand überzeugender Einwände herausgearbeitet werden, die Hobbes' Naturzustand als Beschreibung einer spezifischen gesellschaftlichen (und insofern nicht vorpolitischen) Formation explizieren.

Jenseits des Gesetzes: Das Vorpolitische bei Hobbes

In seinem *Naturrechtsaufsatz* kritisiert Hegel an der empiristischen Methode, für die neben Hobbes auch Locke, Grotius und Pufendorf stehen, dass die Abstraktion des Naturzustands eben diejenigen Eigenschaften des Menschen als natürlich und notwendig begreift, die am gegenwärtigen Menschen vorgefunden werden. Für die Unterscheidung zwischen Zufälligem und Notwendigem sei dabei leitend, dass die Abstraktion so viel enthalten müsse, »als man für die Darstellung dessen, was in der Wirklichkeit gefunden wird, braucht; das richtende Prinzip für jenes Apriorische ist das Aposteriorische.« (Hegel 1986, 445) Im Individualismus der Naturrechtstheorien spiegle sich eine gewandelte Sphäre des Sittlichen, in der »physische Bedürfnisse und Genüsse […] in ihren unendlichen Verwicklungen *einer* Notwendigkeit gehorchen und […] das System der sogenannten politischen Ökonomie bilden.« (ebd., 482, Hervorh. im Original) Der von Hegel kritisierte aposteriorische Maßstab leistet, so Seyla Benhabib, einer Verdinglichung des Gegebenen Vorschub: »[W]as als Darstellung der ›natürlichen Bedingungen des Menschengeschlechts‹ ausgegeben worden war, entpuppt sich als ein von den Bedingungen der Individuen in der zeitgenössischen Gesellschaft abgezogenes Bild.« (Benhabib 1992, 20)

Hegels Argument, dass dem Naturzustand bei Hobbes eine bestimmte Vorstellung des Sozialen zugrunde liege, wurde im 20. Jahrhundert insbesondere von Franz Borkenau und Crawford Brough Macpherson aufgenommen. Beide haben in philosophiehistorisch-vergleichenden Studien dargelegt, dass Hobbes' Beschreibung des Naturzustandes nicht den natürlichen Menschen, sondern den bürgerlich-zivilisierten Menschen zeigt. Borkenau sucht nachzuweisen, dass nicht nur die von Hobbes vorausgesetzte natürliche Welt, sondern auch seine Argumentation eine bürgerliche sei und dass sie spezifisch bürgerlichen Interessen

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dient.[42] (vgl. Borkenau 1971, 442) Dem Begriff der Souveränität komme bei Hobbes, wie in der modernen Staatslehre insgesamt, eine fundierende Bedeutung zu, weil eine an diesem Begriff orientierte Beschreibung der Gesellschaft ständische Strukturen außer Acht lässt und so der Durchsetzung des Kapitalismus theoretisch wie politisch das Wort spricht. (vgl. ebd., 100) Hobbes ist, so Borkenau, »als Ideologe des bewusstest bürgerlichen Teils der landed gentry« anzusprechen. (ebd., 451)

Damit verbindet sich bei Borkenau die an Marx anschließende These, dass der Konkurrenzkampf um knappe Güter, den Hobbes im Naturzustand situiert, als Abstraktion des zeitgenössischen Klassenkampfes zu begreifen ist: »*Hobbes*' ›bellum omnium in omnes‹ entsteht aus einer Vermischung der Züge des Konkurrenzkampfes mit denen des Klassenkampfes. Vom Klassenkampf ist das unbegrenzte Machtstreben übriggeblieben, aber der Klassenkampf ist auf das Niveau des Konkurrenzkampfes heruntergebracht, wo es nur individuelle Interessen und zwar nur individuelle materielle Interessen gibt.«[43] (ebd., 463, Hervorh. im Original)

Nach Macpherson sind es gerade die *anti*-sozialen Züge des Hobbes'schen Individualismus, die in der Rezeption dazu geführt haben, seine Schilderung des Naturzustandes als *nicht*-sozial aufzufassen. Von Hobbes' anti-sozialem Modell der Gesellschaft, so das Argument, werde auf einen nicht-sozialen und damit *natürlichen* Naturzustand geschlossen:

> »Sein Gesellschaftsmodell impliziert einen ähnlich unablässigen Kampf eines jeden um Macht über andere, wenn auch innerhalb eines Rahmens von Gesetz und Ordnung. Das Verhalten der Menschen in Hobbes' Gesellschaftsmodell ist, wenn man will, so anti-sozial, daß, wenn er dieses Verhalten in seinen hypothetischen Naturzustand überträgt, es leicht als eine Feststellung über das Verhalten nicht-sozialer Menschen mißverstanden werden kann. Es handelt sich jedoch um eine Feststellung über das Verhalten sozialer, zivilisierter Menschen.« (Macpherson 1967, 35)

Wie bei Borkenau stellt auch für Macpherson der Konkurrenzkampf die Kontinuität zwischen Natur- und Gesellschaftszustand her. Diesen Kampf beschreibt Macpherson nicht als Abstraktion des Klassenkampfes, sondern als Kampf um Macht. Damit bewegt er sich näher am Wortlaut von Hobbes (vgl. Hobbes 1991, Kap. 13), bringt aber

42 Ebenso notiert Luhmann, dass die frühneuzeitlichen Sozialvertragskonzepte im Rückblick als »›Ideologie‹ des aufstrebenden Bürgertums« erscheinen. (Luhmann 2008a, 221)

43 Dass er sich an Marx' materialistischer Methode orientiere, um Hobbes' »Lehre direkt aus der gesellschaftlichen Wirklichkeit abzuleiten«, bemerkt Borkenau ebd., 439.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dessen Beschreibung ebenfalls in den Zusammenhang mit der Gesellschaft des 17. Jahrhunderts. Denn Hobbes erkenne »gerade in dem tatsächlichen Verhalten der Menschen in der zivilisierten Gesellschaft jene unaufhörliche Begierde eines jeden nach Macht über die anderen. Seine ganze Beschreibung des Machtmarktes, und auch die von Wert und Ehre als der Bundesgenossen der Macht, soll für existierende Gesellschaften gelten.«[44] (Macpherson 1967, 60) Das Modell, das Hobbes »mehr oder weniger bewusst« der Gesellschaft schlechthin zugrunde legte, verbindet Macht, Markt und Eigentum, weshalb es Macpherson unter den Begriff der »Eigentumsmarktgesellschaft« (ebd., 61) fasst.

Wenn Macpherson in Hobbes' Hypothese des vorpolitischen Zustandes keine Beschreibung von Natürlichem sieht, dann deshalb, weil »Hobbes' Naturzustand nicht von den gesellschaftlich erworbenen Merkmalen des zeitgenössischen Menschen abstrahiert, sondern nur von der Möglichkeit, Gesetze und Verträge durchzusetzen, also von der Furcht vor einem Herrscher«. (ebd., 42) Was den Zustand des Politischen vom Naturzustand unterscheidet, ist allein ein durchsetzungsfähiges Recht. Entsprechend ist ein ›natürlicher‹ Mensch nicht vorsozial, sondern entspricht einer bestimmten Gesellschaftsformation: »Ein natürlicher Mensch ist ein zivilisierter Mensch, nur ohne die Beschränkung durch Gesetze.« (ebd., 43) Dies bedeutet die Umkehrung von Hobbes' Postulat, das sich wie folgt formulieren lässt: Ein zivilisierter Mensch ist ein natürlicher Mensch, nur durch Gesetze beschränkt. Diese Gesetze ändern Hobbes zufolge das Verhalten der Menschen nicht (deren gegenseitige Bezugnahme aufeinander bleibt individuiert), doch gewähren die Gesetze den Schutz eines jeden vor dem Individualismus jedes anderen.

In diesem Schutz liegt die erstrebenswerte Differenz, die nach Hobbes den Übertritt vom natürlichen in den politischen Zustand motiviert. Vor dem Hintergrund des Vorangehenden ist deutlich geworden, was bei Hobbes mit ›natürlich‹ gemeint ist: das Leben des Menschen vor (oder nach) dem Politischen, das durch die Geltung von (positiven) Gesetzen bestimmt ist. Der Austritt aus dem Naturzustand bedeutet das Überschreiten der Grenze vom *vorgesetzlichen* in den *gesetzlichen* Zustand. Die Grenze des Gesetzes bildet damit bei Hobbes die Linie, die das Vorpolitische vom Politischen trennscharf scheidet. Dass der Anfang des Politischen nicht schon innerhalb seiner Grenzen liegen kann, steht bei

44 Eine von Borkenau und Macpherson verschiedene Position vertritt Arendt: Hobbes beschreibe weder den Menschen überhaupt noch den Menschen der gegenwärtigen Gesellschaft. Vielmehr beziehe sich seine Beschreibung auf den Menschen, wie er sein muss, »um den Forderungen einer kommenden Gesellschaftsordnung« zu entsprechen. Im Fokus steht nach Arendt der Mensch einer *erst noch zu verwirklichenden* bürgerlichen Welt. (vgl. Arendt 2011a, 318)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hobbes daher außer Frage. Eben dies ändert sich in der Hobbes-Lektüre Schmitts.

Jenseits der Natur: Die Politisierung des Vorpolitischen bei Schmitt

In seiner Deutung von Hobbes verortet Schmitt den Anfang des Politischen im Politischen selbst und führt damit Erhaltung und Gründung, Ausnahme und Anfang zur Identität. Diese Verschiebung von Hobbes zu Schmitt möchte ich im Folgenden erläutern. Bei Hobbes wie Schmitt dient der Staat allein dem Zweck der Sicherung der Existenz. Dieser Zweck motiviert seine Gründung und solange er ihn im Ganzen reibungslos erfüllt, herrscht im Staat ein Zustand politischer Normalität. Die Normalität besteht in einer Ökonomie ständigen Tausches: Gegen den Schutz, den die Untertanen vom Staat erhalten, leisten sie ihm Gehorsam. Hobbes' Relation von »Schutz und Gehorsam« (Hobbes 1991, Schluss, S. 544) scheint sich Schmitt vorbehaltlos anzuschließen, wenn er formuliert:

> »[E]s gibt keine Über- und Unterordnung, keine vernünftige Legitimität oder Legalität ohne den Zusammenhang von Schutz und Gehorsam. Das *protego ergo obligo* ist das *cogito ergo sum* des Staates, und eine Staatslehre, die sich dieses Satzes nicht systematisch bewusst wird, bleibt ein unzulängliches Fragment. Hobbes hat es […] als den eigentlichen Zweck seines ›Leviathan‹ bezeichnet, die ›mutual relation between Protection and Obedience‹ den Menschen wieder vor Augen zu führen«. (BdP, 49, Hervorh. im Original)

So hobbesianisch dies klingen mag, so wenig ist es das. Dies zeigt sich dort, wo aufgrund einer Bedrohung des Staates die Normalität auf dem Spiel steht; dort also, wo die Ökonomie des Tausches aus dem Gleichgewicht gerät, weil der Staat seinen Zweck nicht mehr zuverlässig erfüllen kann. Sind die Individuen bei Hobbes in diesem Fall von ihren staatsbürgerlichen *Pflichten* entbunden, verlieren sie bei Schmitt ihre staatsbürgerlichen *Rechte*. Dies erklärt sich daraus, dass zwar bei Hobbes wie bei Schmitt der Zweck des Staates in dem durch ihn garantierten Schutz liegt, der Gegenstand dieses Schutzes aber verschieden ist. Zwar geht es jeweils um staatlich garantierte Selbsterhaltung; doch während die Selbsterhaltung bei Hobbes auch nach der Staatsgründung individuell bleibt, hat sie bei Schmitt schon vor dem Staat einen kollektiven Sinn, wie ich im Folgenden darlegen werde.

Im »Krieg eines jeden gegen jeden« (Hobbes 1991, Kap. 13, S. 96), wie er im hypothetischen Naturzustand besteht, ist die Möglichkeit der Selbsterhaltung nach Hobbes ausgeschlossen. Weil Frieden nur durch

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eine »allgemeine Gewalt« garantiert werden kann, braucht es zur Vermeidung des Todes den Staat.[45] (ebd., Kap. 17, S. 134) Aus der Todesfurcht ergibt sich bei Hobbes *ex negativo* das politisch Erstrebte. So formuliert Strauss: »Der Tod nimmt den Platz des *telos* ein, oder, um die Zweideutigkeit des Hobbesschen Denkens beizubehalten, die Furcht vor dem gewaltsamen Tod drückt am eindringlichsten den mächtigsten und grundlegendsten aller natürlichen Wünsche aus, nämlich den Urwunsch, den Wunsch nach Selbsterhaltung.« (Strauss 1977, 187f., Hervorh. im Original) Dieser Wunsch ist und bleibt ein ›je eigener‹. Die Errichtung des Staates etabliert zwar ein Leben innerhalb des Politischen, aber damit kein politisches Leben. Versteht man unter einem politischen Leben, sich mit anderen zusammenzutun, um »gemeinsame Sache mit ihnen zu machen« (Arendt 2009, 81), behält das Leben bei Hobbes einen unpolitischen Charakter. Politisch, so lässt sich in Anlehnung an Charles Taylor feststellen, wird das Handeln dadurch, dass es nicht nur seiner Art, sondern auch seinem Sinn nach kollektiv ist. Ein solches Handeln findet sich bei Hobbes nicht:

> »Im Verständnis von Hobbes, Locke, Bentham und dem ›common sense‹ des zwanzigsten Jahrhunderts, den sie formen halfen, werden politische Gesellschaften durch Ansammlungen von Individuen gegründet, um durch gemeinsames Handeln Vorteile zu erhalten, die sie nicht individuell sichern konnten. Das Handeln ist kollektiv, doch sein Sinn bleibt ein individueller. Das gemeinsame Gute wird ausschließlich durch individuelle Güter gebildet.« (Taylor 1993, 112)

Die Selbsterhaltung bleibt auch im Staat ein individuelles Gut. Wie im Naturzustand geht es dabei um die Erhaltung jedes Selbst als Einzelnem.[46] Da die Selbsterhaltung außerhalb des Politischen verbleibt, hat auch das gemeinsame Gut »des allgemeinen Friedens und der allgemeinen Sicherheit« (Hobbes 1991, Kap. 17, S. 134) keinen allgemeinen, keinen gemeinsamen Wert. Den Naturzustand zu verlassen bedeutet nur, ihn

45 Diesen Zusammenhang zwischen der (nicht historisch gemeinten) Hypothese des Naturzustands und der Notwendigkeit des Staates stellt Hobbes in allen drei systematischen Werken seiner politischen Philosophie her: In *The Elements of Law Natural and Politic* (1640), in *De Cive* (1642) sowie im *Leviathan* (1651) geht die Schilderung des Naturzustandes jeweils dem Nachweis voran, dass in souveräner Herrschaft das einzige Gegenmittel liege. (vgl. dazu Macpherson 1967, 32f.) Zu den Unterschieden der drei Werke hinsichtlich der Darstellungsform der politischen Philosophie vgl. Ludwig 1996, 55–62.

46 In diesem Sinn auch Christoph Menke: »Weil aber der gesellschaftsgründende Vertragsschluß, der in ein und demselben Zug Normativität und Souveränität schafft, in Ausübung des natürlichen Rechts eines jeden einzelnen

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

um die fehlende Sicherheit zu ergänzen und dadurch das in ihm stattfindende Leben ›unter Schutz‹ zu stellen. Ist diese Sicherheit nicht mehr gewährleistet, endet nach Hobbes die politische Beziehung:

> »Die Verpflichtung der Untertanen gegen den Souverän dauert nur so lange, wie er sie auf Grund seiner Macht schützen kann, und nicht länger. Denn das natürliche Recht der Menschen, sich selbst zu schützen, wenn niemand anderes dazu in der Lage ist, kann durch keinen Vertrag aufgegeben werden. Die Souveränität ist die Seele des Staates, von der die Glieder keinen Bewegungsantrieb empfangen können, wenn sie einmal den Körper verlassen hat. Der Zweck des Gehorsams ist Schutz.« (ebd., Kap. 21, S. 171)

Weil mit der allgemeinen Sicherheit zugleich jede individuelle entfällt, schuldet dann niemand mehr Gehorsam. Die souveräne Beziehung von Schutz und Gehorsam löst sich insgesamt – für alle – auf; damit auch der Staat, dessen ›Seele‹ in dieser souveränen Beziehung besteht. Für den Einzelnen kann die politische Beziehung aber auch dann enden, wenn die allgemeine Sicherheit gewährleistet ist, ohne dass sie seine eigene abdeckt. Dies ist dort der Fall, wo der Staat selbst eine Bedrohung für das Leben des Individuums bedeutet: Bei der Todesstrafe und im Kriegsfall. Sich der Todesstrafe gewaltsam zu widersetzen, räumt Hobbes dem Einzelnen auch dann ein, wenn dieser schuldig und die Bestrafung rechtmäßig ist. (vgl. ebd., 168–170) Ähnlich gilt Hobbes die Fahnenflucht, sofern sie aus Furcht und nicht aus Verrat geschieht, und die damit verbundene Befehlsverweigerung nicht als »ungerecht«, sondern nur als »ehrlos«. (ebd., 169) Weil die den Staat begründende Übertragung des natürlichen Rechts (*ius in omnia*) auf den Souverän eine willentliche Handlung des Untertanen darstellt und daher »ein *Gut für ihn selbst*« sein muss, kann das vorpolitische Recht auf Widerstand vertraglich nicht aufgegeben werden. (ebd., Kap. 14, S. 101, Hervorh. im Original)

Zugleich wird die souveräne Befugnis, die Verweigerung mit dem Tod zu bestrafen, dadurch nicht in Frage gestellt. Schließlich wurde der Staat von allen Einzelnen ermächtigt, allgemeinen Frieden herzustellen, der indirekt die Sicherheit aller als Einzelner ermöglichen sollte. Dies heißt auch, dass der Staat mit der Sicherheit der Einzelnen in direkter Weise nie befasst ist. Außer-politisch bleibt die Selbsterhaltung damit von beiden Seiten: von Seiten der Untertanen, die sich nicht im Namen eines Gemeinsamen zu Autoren staatlichen Handelns machen, sondern nur um des je Eigenen willen; von Seiten des Staates, weil er seine politische Aufgabe nicht in der Garantie einer individuellen, sondern in der Herstellung einer allgemeinen, dem Einzelnen gegenüber gleichgültigen

> erfolgt; weil also die Sicherung der natürlichen Macht der Selbsterhaltung sein Grund ist, bleibt sie auch sein Zweck«. (Menke 2015, 54)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sicherheit hat. Anders formuliert: Der Staat kümmert sich nicht um Selbsterhaltung, sondern sichert die Ordnung.

Mit der Selbsterhaltung bleibt auch der gewaltsame Tod ausnahmslos ein Tod außerhalb des Politischen. Weil das politische Band für den Einzelnen reißt, sobald der Staat ihn nicht mehr schützt, stirbt er, wenn er durch Gewalt stirbt, nicht mehr im Staat. Darin liegt der fundamentale Unterschied zu Schmitt, der den gewaltsamen Tod, von dem Hobbes ausgeht, innerhalb des Politischen und als *politischen* Tod konzipiert. Schmitt folgt Hobbes darin, in der Wahrscheinlichkeit eines gewaltsamen Todes das Gründungsmoment des Politischen zu sehen. Wie erwähnt, teilt er auch die sich daraus ergebende Konsequenz, dass im Zentrum der politischen Lebensform nicht die kollektive Willensbildung, sondern die Relation von Schutz und Gehorsam steht. Doch gerade die Selbsterhaltung des Einzelnen, der Hobbes den Vorrang gibt, fällt bei Schmitt in die absolute Verfügbarkeit des Staates:

> »Der Staat als die maßgebende politische Einheit hat eine ungeheure Befugnis bei sich konzentriert: die Möglichkeit Krieg zu führen und damit offen über das Leben von Menschen zu verfügen. Denn das *jus belli* enthält eine solche Verfügung; es bedeutet die doppelte Möglichkeit: von Angehörigen des eigenen Volkes Todesbereitschaft und Tötungsbereitschaft zu verlangen, und auf der Feindesseite stehende Menschen zu töten.« (BdP, 43, Hervorh. im Original)

Schmitt entwirft damit ein Verhältnis von Schutz und Gehorsam, das gerade die Idee verwirft, die bei Hobbes den Kern dieses Verhältnisses darstellt, nämlich das unbedingte Recht auf Selbsterhaltung. Es stellt sich die Frage, auf welcher Grundlage diese Verschiebung erfolgt. Bei Hobbes erscheint der Staat als Antwort auf ein vorpolitisches Problem: den hypothetischen Krieg zwischen Individuen. Indem er diese seine Voraussetzung tilgt, entsteht der Staat. Er gründet sich dadurch, dass er den gewaltsamen Tod als sein Fundament ausschließt, den ihn erforderlich machenden Krieg beendet und damit das Vorpolitische ausräumt.

Eine solche vorpolitische Voraussetzung, durch dessen Tilgung sich das Politische begründet, gibt es bei Schmitt nicht. Für ihn stellt der Tod keine vorpolitische Voraussetzung des Politischen, sondern sein politisiertes Fundament dar. Das Politische ›konsumiert‹ hier nicht seine Grundlage, sondern produziert sie erst. Dass bei Schmitt die Bedingung des Politischen ihrerseits politisch ist, zeigt sich, wenn er zirkulär formuliert: »Die politische Einheit setzt die reale Möglichkeit des Feindes und damit eine andere, koexistierende, politische Einheit voraus.« (BdP, 50) Der Feind ist kein Individuum, sondern eine kollektiv vereinte Gesamtheit und damit selbst eine politische Kategorie.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Platonische Feindschaft: Zur Differenz von polémios und echthrós

Weil sich alles politische Handeln auf die politische Kategorie des Feindes zurückführen lässt, gilt Schmitt die Unterscheidung von Freund und Feind als »Kriterium« (BdP, 25) des Politischen: Politisches Handeln ist eine Form von Gemeinschaftshandeln von Freunden gegen Feinde. Bei diesem Feind handelt es sich für Schmitt nicht um einen privaten, sondern um den öffentlichen Feind.[47] Das Verhältnis zum öffentlichen Feind ist keine individuelle Angelegenheit.[48] Es ist frei von subjektiven Gefühlen wie Hass und Ressentiment. (vgl. BdP, 28) Dem Feind werden keine Qualitäten zugeschrieben, aufgrund derer er zum Feind wird. Merkmal des Feindes ist allein, dass gegen ihn Krieg geführt wird.

Schmitt versucht diese Definition durch eine im Griechischen und Lateinischen gegebene lexikalische Differenzierung zu plausibilisieren. Dem politischen Feind, den er vor Augen hat, entspricht nicht griech. *echthrós* und lat. *inimicus* – das ist feindlich auch im Sinne von ›verhasst‹ – sondern griech. *polémios* und lat. *hostis*, also verfeindet im Sinne von ›bekämpft‹. In *polémios* ist der Bezug zum Krieg (*pólemos*) so deutlich wie möglich. Zugleich steht im griechischen Sprachgebrauch fest, dass der Begriff des Feindes sich von dem des Krieges herleitet und nicht umgekehrt. Nun bezieht sich Schmitt allerdings nicht nur auf den griechischen Sprachgebrauch im Allgemeinen, sondern auf Platon im Besonderen. Schmitt gibt an, bei Platon sei »der Gegensatz von *πολέμιος* und *ἐχθρός* sehr stark betont, aber mit dem anderen Gegensatz von *πόλεμος* (Krieg) und *στάσις* (Aufruhr, Erhebung, Rebellion, Bürgerkrieg) verbunden.« (BdP 27, Fn. 5) Der starke Gegensatz, von dem Schmitt spricht, findet sich bei Platon nun allerdings ebenso wenig wie die Verbindung der beiden Gegensatzpaare, die Schmitt suggeriert. Im Vergleich von Schmitts Deutung mit Platons Text dokumentiert sich Schmitts begriffliches Interesse als begriffliche Interessiertheit.

An der entsprechenden Stelle von Buch V der *Politeia*, auf die Schmitt rekurriert, kommen *polémios* und *echthrós* als lexikalisch unterschiedene, semantisch jedoch austauschbare Begriffe vor. (vgl. Platon, *Politeia*

47 Diesem öffentlichen Charakter entspricht sehr genau die römische Praxis der Feindschafts-Erklärung; so schreibt Theodor Mommsen in seinem *Römischen Staatsrecht:* »Wen der Magistrat unter Mitwirkung des Senats zum Freund oder zum Feind erklärt, der ist *amicus populi Romani* oder *hostis populi Romani*«, Freund oder Feind des römischen Volkes. (Mommsen 1888, 1026, Hervorh. im Original)

48 Die Tendenz einer Privatisierung und Psychologisierung des politischen Feindes kritisiert Schmitt heftig und macht sie für die Totalisierung und Intensivierung des Verständnisses von Feind und Krieg im 20. Jahrhundert verantwortlich; vgl. dazu das *Corollarium* 2 in BdP, 94f. sowie Schmitt 1937/38, 562f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

V, 471a–b) An ihrer Differenzierung ist Platon nicht in der Weise gelegen, in der es Schmitt suggeriert. Vielmehr verwendet Platon *échthra* als allgemeinen Gattungsbegriff der Feindschaft, innerhalb dessen er *stásis* und *pólemos* – Zwist und Krieg – als eine schwache und eine starke Art unterscheidet. (vgl. ebd., 470c–d) *Stásis* als schwache Form der Feindschaft bezeichnet eine Entzweiung der Griechen *nach innen*. Sie bedeutet nicht mehr als ein vorübergehendes Krank-Sein *(noseĩn)* Griechenlands[49]; denn weil die Griechen von Natur aus Freunde und Verwandte *(phíloi)* sind, reißt das politische Band zwischen ihnen nicht vollends und eine *restitutio ad integrum* steht außer Frage. Einen solchen Zwist unter Griechen werden diese daher »auch nicht einmal Krieg nennen«. (Platon 1991, 470e-471a, S. 403) *Pólemos*, Krieg, als stärkere Form der Feindschaft richtet sich *nach außen*. Hier stehen sich Griechen und Nichtgriechen als zwei geschlossene Gruppen gegenüber, die einander ›ausländisch‹ *(othneĩos)* und fremd *(allótrios)* sind. Weil Griechen und Barbaren von Natur aus Feinde *(polémioi)* sind, ist diese auf den wirklichen Krieg bezogene Feindschaft nicht vorübergehend, sondern die außenpolitische Normalität.[50] (vgl. Platon, *Politeia* V, 470b–471a)

Ob sich Platons Beschreibung mit den historischen Verhältnissen der klassischen Zeit deckt, braucht hier nicht entschieden zu werden.[51]

49 Derrida wendet gegen Schmitt ein, der die *stásis* als »Selbstzerfleischung« eines Volkes oder Staates, den *pólemos* hingegen als Möglichkeit der Staats- oder gar Volksgründung interpretiert (BdP, 27f., Fn. 5), dass diese Differenz brüchig ist. Es handle sich nicht um zwei verschiedene Formen des Streits, sondern um »eine Differenz im selben«. (Derrida 2002, 160) In beiden Fällen ist der Streit ›natürlich‹ (*phýsei*), denn auch die *stásis* ist nicht gegen die Natur, sondern befällt die Natur in natürlicher Weise: als »Denaturierung der Natur *in* der Natur«. (ebd. sowie ebd., 136f., Hervorh. im Original) Der Gedanke, dass es in der Natur der Staaten liegt, krank zu werden und zu sterben, findet sich auch bei Hobbes und Rousseau; vgl. Hobbes 1991, Kap. 21, S. 171 bzw. Rousseau 2003, Buch III, Kap. 11, S. 96f.

50 Platon lässt es allerdings nicht bei der Unterscheidung der zwei Arten von Feindschaft (*échthra*) bewenden, sondern fordert eine politische Praxis ein, die den Unterschied aufhebt: Die Griechen sollen den Barbaren ebenso begegnen, wie sie es gegenwärtig untereinander tun. Den Bürgern soll dies gesetzlich vorgeschrieben und der von Natur *(phýsei)* bestehende Unterschied damit durch ein Gesetz *(nómos)* kassiert werden. (vgl. *Politeia*, 471b–c)

51 Jean-Pierre Vernant stimmt mit Platon darin überein, dass der Krieg im Innern Griechenlands in dem Sinne ›harmlos‹ ist, dass er nicht »auf Leben und Tod, d.h. die Vernichtung des Feindes in seinem sozialen und religiösen Sein« zielt und die gemeinsamen politischen Bande nicht sprengt. (Vernant 1987, 38f.) Allerdings ist dieser Krieg ihm zufolge – hierin unterscheidet er sich vom Urteil Platons – kein Zeichen einer Krankheit Griechenlands, sondern »der Normalzustand«, nämlich Teil einer agonalen Kultur, in der »Krieg und Frieden nicht zwei völlig gegensätzliche Zustände« darstellen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Vielmehr geht es darum zu verstehen, in welcher Weise Schmitt sie aufnimmt. Er schließt an die zweite Art der platonischen Feindschaft an: Entscheidend für seinen Begriff des Feindes ist die Normalität des Krieges. ›Feind‹ ist diejenige fremde politische Gemeinschaft, der gegenüber Krieg die natürliche Einstellung ist. Auch wenn der Kriegsfall *faktisch* die Ausnahme bleibt, stellt er *strukturell* doch die normale Beziehung dar. Diese zweite Art der platonischen Feindschaft wird von Schmitt nun allerdings radikalisiert. Im Krieg sieht er nämlich nicht bloß einen *Bestandteil der außenpolitischen*, sondern zugleich die *Bedingung der innenpolitischen* Normalität.

Im Unterschied zu Platon und zum griechischen Sprachgebrauch bestimmt bei Schmitt der Krieg nicht nur den Begriff des Feindes, sondern auch jenen der Freunde. Bei Platon sind die Griechen nicht deshalb als Freunde (*phíloi*) vereint, weil ihnen von außen ein Feind droht. Für Schmitt dagegen beruht der politische Zusammenschluss *allein* auf der Möglichkeit des äußeren Feindes und damit des Krieges. Ihren Zweck hat die politische Einheit nur in der »seinsmäßigen Behauptung der eigenen Existenzform« gegen einen Feind, der die seinsmäßige Verneinung dieser Form darstellt. (BdP, 46, ähnlich 26 und 31) Politisch qualifiziert ist nicht die Existenzform selbst, denn sie erscheint eher als bloße Überlebensform denn als eine inhaltlich, das heißt nach innen bestimmte Lebensart. Das Politische liegt allein in der Tatsache, dass sich ein Kollektiv im spezifischen Sinn der »Kampfgruppierung« (PT, 34) *nach außen* hin formiert, um sich gegen die von dort drohende existenzielle Negierung zu behaupten. Das Politische ist diese doppelte Negation: Verneinung des Verneinenden, das heißt Verneinung des Feindes, der dadurch, wie unter anderen Haverkamp bemerkte, zum konstituierenden Moment wird: »[T]he enemy constitutes or brings to a constitution a state of political affairs whose concreteness is owed to what it threatens rather than to what it supports and binds rather than organizes«. (Haverkamp 2005, 2554)

Konkretheit meint hier nicht Inhaltlichkeit.[52] Im Krieg gegen einen äußeren Feind hat die Politik weder ihren Inhalt noch ihr Ziel, doch ist

(ebd., 45 und 40) Der Krieg ist dann nicht der Ernstfall, sondern rückt »in die Nähe der großen panhellenischen Spiele«. (ebd., 39) Der Einfluss von Jacob Burckhardts Beurteilung der klassisch-griechischen Kultur als ›agonal‹ ist hier nicht zu übersehen. Der Krieg ist nach Vernant »so natürlich und notwendig gegenwärtig«, dass er keinen eigenen Bereich bildet: »er ist das Politische selbst«. (ebd., 45) Dass die griechischen Poleis sich normalerweise im Frieden nach außen befanden, wendet Christian Meier gegen die These von der Häufigkeit der Kriege in der Antike im Allgemeinen und gegen Vernant im Besonderen ein. (vgl. Meier 1991, 8, 10f. und 38f.)

52 Dass sich Schmitts Begriff des Politischen durch eine bemerkenswerte Substanzlosigkeit auszeichnet, hat im Besonderen Löwith kritisiert. (vgl.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

er »die als reale Möglichkeit immer vorhandene *Voraussetzung*, die das menschliche Handeln und Denken in eigenartiger Weise bestimmt und dadurch ein spezifisch politisches Verhalten bewirkt.« (BdP, 33, Hervorh. im Original) Von der »extremsten Möglichkeit [des Kampfes] her gewinnt das Leben der Menschen seine spezifisch *politische* Spannung.« (ebd., Hervorh. im Original)

Wenn Schmitt nun, anders als Platon, im Krieg nach außen die Voraussetzung sieht, die das Politische nach innen erst hervorbringt, so folgt er Platon zugleich darin, dass dieser äußere Krieg keine außer- oder vorpolitische Angelegenheit darstellt, sondern selbst politischen Charakter hat. Denn der Feind ist ein Feind im politischen Sinne und bekämpft wird er durch die eigene politische Einheit. Diese Betrachtung des Krieges *als politisch* bedeutet wiederum eine Radikalisierung gegenüber Hobbes, der von einem *vorpolitischen* Krieg zwischen den Individuen ausgeht.[53] Bei Schmitt hat der gewaltsame Tod, gegen den das Politische schützen soll, seinen Ort nicht mehr außerhalb des Politischen, sondern ist ausnahmslos ein politischer Tod. »Die Begriffe Freund, Feind und Kampf«, schreibt Schmitt, »erhalten ihren realen Sinn dadurch, daß sie insbesondere auf die reale Möglichkeit der physischen Tötung Bezug haben und behalten.« (BdP, 31) Dieser Bezug ist ein beidseitiger: Nicht nur referieren die politischen Begriffe auf den gewaltsamen physischen Tod, sondern dieser Tod selbst wird zum politischen Begriff. Die Gefahr des Getötet-Werdens steht wie bei Hobbes am Anfang des Politischen. Der Tod

Löwith 1960, 103 und 108) Die Inhaltsleere des Begriffs stellt ferner Hasso Hofmann heraus. (vgl. Hofmann 2002, 107) Aufschlussreich ist die Position Arendts. In ihrem Urteil ist der »Verlust an Substanz« das Kennzeichen nicht von Politik überhaupt, sondern spezifisch von *totalitärer* Politik. Denn der Politik des Totalitarismus gehe es *nicht* darum, eine bestimmte Ideologie, etwa spezifische »Wahnideen der Rasselehre oder der Klassentheoreme«, zu verwirklichen, sondern um den Beweis, dass wirklich alles möglich ist, »daß selbst die verrückteste Politik oder das verrückteste Auswahlprinzip für politische Handlungen noch eine gute und möglicherweise eine gleiche [sic] gute Chance auf Erfolg hat wie ein anderes«. (Arendt 2011a, 811f.) Diese Beliebigkeit dem bestimmten Inhalt gegenüber macht totalitäre Politik substanzlos. Dass, wie Schmitt sagt, eine Angelegenheit dann vollständig politisch wird, wenn sie jede andere – religiöse, ökonomische, moralische – Qualität, d.h. jede inhaltliche Bestimmtheit verloren hat (vgl. BdP, 35f.), rückt seine Definition des Politischen in die Nähe von Arendts Definition totalitärer Politik.

53 Ein Kriegszustand besteht bei Hobbes freilich auch zwischenstaatlich. Obschon der zwischenstaatliche Kriegszustand unter den Bedingungen des Politischen steht, ist er gleichwohl insofern *vorpolitisch*, als das Verhältnis der Souveräne untereinander dem Verhältnis der Individuen im Naturzustand analog ist. (vgl. dazu Heller 2017, 167–174)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

hat allerdings dadurch eine Politisierung erfahren, dass er einen Teil – und damit ein Produkt – eben derjenigen politischen Sphäre bildet, die vor ihm schützen soll.[54]

Schmitt gelangt zu seinem Begriff des Feindes im Ausgang von Platon und Hobbes, genauer: durch eine Verbindung von Platons Begriff eines äußeren Feindes mit Hobbes' Begriff des vorpolitischen Krieges. Die Verbindung ergibt sich nicht daraus, dass Platon und Hobbes als zwei getrennte Elemente miteinander kombiniert und um das jeweils andere ergänzt würden, sondern dadurch, dass Schmitt Platon von Hobbes und Hobbes von Platon her versteht: In einer hobbesianischen Lesart von Platon macht er den *äußeren* Feind (im Sinne von *polémios*) zur *Voraussetzung* des Politischen; und in einer platonischen Lesart von Hobbes macht er den *vorpolitischen* Krieg zwischen den Individuen zu einem *politischen* Krieg, zu einem Krieg zwischen Feinden, die sich in politischer Form, als »Gesamtheit von Menschen« (BdP, 27) gegenüberstehen.

In seiner platonischen Lesart von Hobbes lässt Schmitt das Individuum vollständig im Staat aufgehen: »das Ganze, der Leviathan, wird zum substantiellen Träger alles [sic] Rechts«. (D, 117) Die Differenz zur liberalen Hobbes-Lektüre Leo Strauss' ist bemerkenswert. Nach Strauss zielte Hobbes gerade auf den Nachweis, dass das »Individuum an sich, ohne Berücksichtigung seiner Eigenschaften […] als essentiell vollständig und unabhängig von der bürgerlichen Gesellschaft aufzufassen« sei. »Alle Rechte der bürgerlichen Gesellschaft oder des Souveräns sind abgeleitet von Rechten, die ursprünglich dem Individuum gehörten.« Dass der Staat auf den Rechten der Einzelnen beruht, bedeutet nicht nur, dass die Individuen »in jeder Hinsicht älter« sind als die bürgerliche Gesellschaft. (Strauss 1977, 190) Es bedeutet auch, dass sie als selbständige Größen erhalten bleiben und die Rechte, die sie dem Staat geliehen haben, zurückgewinnen, sobald dieser in seiner Aufgabe versagt. Bei Schmitt werden die Individuen dagegen kassiert, was sich auch darin spiegelt, dass in seinen Bezugnahmen auf Hobbes das zentrale Moment der individualistischen Vertragsschließung, das ist des Konsenses nach innen, relativiert wird oder ganz unerwähnt

54 Dass am Anfang des Politischen ein solches ironisches Produktionsverhältnis steht, hat Rousseau kritisch festgestellt. Er hat eingewandt, dass der Krieg allein »den Vorkehrungen entsprungen ist, die die Menschen trafen, um sich einen dauerhaften Frieden zu sichern«. (Rousseau 1989, 60) In den vor- oder außer-politischen Beziehungen zwischen Privatleuten kann es dagegen, so Rousseau, zum Krieg in einem begrifflich strengen Sinn nicht kommen, da Krieg einen zwischenmenschlichen Zustand von einer gewissen Dauer darstellt, dauerhafte Beziehungen im Vorpolitischen aber nicht existieren. (vgl. ebd., 57)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bleibt.[55] Den einzelnen Vertragspartnern wie auch ihrer Summe gegenüber ist der Leviathan juristisch »transzendent«. (Lev, 52) Die Gründung der souveränen politischen Einheit erfolgt in der Hobbes-Lektüre Schmitts über den Kopf der Individuen hinweg; deren bedingungslose Unterordnung unter den Staat steht damit von Beginn weg fest. Diese Suspension des Individuellen folgt daraus, dass Schmitt den Anfang der politischen Einheit in einer Extremsituation verortet, in der ein Tod droht, der unpersönlich gegeben und empfangen wird, ja der als *politischer* Tod am individuellen Leben gleichgültig vorbeigeht: Als individuell oder persönlich kommt das Leben des Einzelnen hier zu keinem Zeitpunkt in Betracht. In diesem Sinn ist Schmitts Deutung totalitär.

Politik und Leben

Der systematische Primat, den das Individuum bei Hobbes behauptet, wird bei Schmitt in die absolute Unterlegenheit gewandt. Darin liegt die offenkundigste Verschiebung, die Schmitt in seiner Interpretation von Hobbes vornimmt. Sie macht deutlich, dass es in die Irre führt, in Schmitt einen »Hobbesianer reinsten Wassers« zu sehen.[56] Die Verschiebung ist die Konsequenz aus der Politisierung der Hobbes'schen Fundamente. Ein Staat, der in einem *politischen* Tod gründet, kann nicht den Sinn haben, den Hobbes intendiert: Er bezweckt keine Befriedung vorpolitischer Individuen nach innen und damit auch nicht den Schutz dieser Individuen als Einzelner. Wird der Tod, den zu verhindern das Politische bezweckt, selbst als politisch, nämlich als Tötung durch einen politischen Feind begriffen und wird dadurch der Begriff des Politischen an einem kollektiven Kampf nach außen orientiert, so entfällt die normative Orientierung am Leben der Einzelnen, die bei Hobbes die unaufgebbare Grundtatsache seiner politischen Konzeption bildet.

Dies bedeutet zunächst, dass das Leben der Einzelnen zum politischen Material wird, über das der Staat verfügen kann. Es bedeutet zugleich, dass das Leben, das geschützt werden soll, *vor allem dasjenige des Politischen selbst ist:* das Leben des politischen Ganzen, dem der Einzelne sein Leben verdankt und für das er es daher im Ernstfall hergeben muss. An die Politisierung des Todes knüpft sich eine Vitalisierung des Politischen.[57] Die

55 *Relativiert* ist das Vertragsmoment in Lev, 51f. und Schmitt 1994, 15f., *unterschlagen* hingegen in Schmitt 2006, 23f. Zu Schmitts Aneignung und Umdeutung von Hobbes' Theorie der Repräsentation vgl. ferner Thomä 2016, 398–400.

56 So sieht es Wolfgang Kersting. (vgl. Kersting 2009, 206)

57 Die Differenz zu Hobbes bringt Schmitt an diesem Punkt in eine gewisse Nähe zu Rousseau, der im *Gesellschaftsvertrag* einer politischen Logik

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verschiebung gegenüber Hobbes ist damit eine doppelte. Sie liegt zunächst darin, dass sich der Zusammenschluss nicht nach innen richtet, sondern sich gegen außen wendet; für Schmitt besteht das Gemeinsame – das politische Gut, auf der die Kohäsion beruht – darin, den von außen drohenden politischen Tod gemeinsam zu verhindern. Die zweite Verschiebung liegt darin, dass es im Politischen nicht länger um den politischen Tod, sondern um den Tod des Politischen geht. Das Politische am Leben zu erhalten, wird zur ersten politischen Aufgabe. Erstes und wichtigstes Instrument dazu ist bei Schmitt der Ausnahmezustand.

Der Ausnahmezustand bildet für Schmitt den Verbindungspunkt von Politik und Leben; in ihm zeigt sich, dass das Politische eine lebendige Form hat. Zur Politisierung des Todes stellt das Leben der Politik keinen Gegensatz dar, sondern ist seine Fortsetzung. Im Ausnahmezustand setzt sich die Politisierung des Todes dadurch fort, dass hier der Feind, auf den hin sich das Politische nach außen gründet, ins Innere versetzt und dadurch politisch ›vereinnahmt‹ ist. Der Krieg nach innen ist für Schmitt, anders als für Platon, kein bloßer Zwist, sondern der nach innen gekehrte äußere Krieg. Der Krieg, der als Ernstfall die Voraussetzung des Politischen bildet, ist bei Schmitt mit dem Krieg, der als Ernstfall die Voraussetzung für den Ausnahmezustand darstellt, strukturell identisch. Gründung und Ausnahme folgen bei Schmitt derselben Logik: Nach außen zeigt sie sich, wie ich argumentiert habe, als Politisierung des Todes, nach innen als Vitalisierung des Politischen. Diese ›Verlebendigung‹ des Politischen ist nicht identisch mit der Politisierung des Lebens, die im Fokus biopolitischer Debatten steht. In diesen ist thematisch, wie das Leben selbst zum bevorzugten Gegenstand der Politik wird, indem sich die Politik unmittelbar auf das Leben (der Menschen) bezieht. Schmitt ist kein biopolitischer Denker, sondern ein Theoretiker moderner Souveränität, die er als Verbindung von Personalität und Staatlichkeit versteht. Das Leben, um das es hier geht, ist das Leben des Politischen selbst.[58] Dieses Leben des Politischen zeigt

folgt, nach der das Leben des Einzelnen, da es ein bedingtes Geschenk des Staates darstellt, in dessen unbedingte Gewalt übergehen kann: »Der Gesellschaftsvertrag hat die Erhaltung der Vertragschließenden zum Zweck. Wer den Zweck will, will auch die Mittel, und diese Mittel sind mit einigen Gefahren, selbst mit einigen Verlusten untrennbar verbunden. Wer sein Leben auf Kosten der anderen erhalten will, muß es auch für sie hingeben, wenn es nötig ist.« (Rousseau 2003, Buch II, Kap. 5, S. 37) Für eine Kritik an Rousseau, die den auf die Einzelnen ›legitim‹ ausgeübten Zwang unter dem Gesichtspunkt der Volkssouveränität in den Blick nimmt, vgl. Loick 2012, 108–112.

58 Für das Leben der in politische Gemeinwesen (Staaten) integrierten oder aus ihnen exkludierten Menschen ist diese Vitalisierung des Politischen allerdings nicht folgenlos; vielmehr ist sie mit einer Politisierung des

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich für Schmitt auch in der souveränen Durchbrechung der Rechtsordnung: Im Ausnahmezustand hat die lebendige Form des Politischen die Form des den normativen Inhalt suspendierenden Rechts. Deutlich wird nach Schmitt damit zugleich, dass die Form des Rechts selbst einen politischen Gehalt hat.

Die »Eigenart« der Rechtsform

Der Begriff der juristischen Form ist bei Schmitt in zwei Hinsichten spezifiziert. ›Form‹ meint erstens, wie bereits erwähnt, »nicht etwas Rechtssatzmäßiges oder normativ Gesolltes«, sondern »etwas Seinsmäßiges, einen *Status*«. (VL, 5, Hervorh. im Original) Um die Form der Rechtsordnung zu wahren, wird im Ausnahmezustand deren rechtssatzmäßiger Inhalt außer Kraft gesetzt. Zweitens bezeichnet ›Form‹ nicht das Geformte, sondern das Formgebende. Etwas wie eine ›leere Form‹ ist, so verstanden, eine contradictio in adiecto. Denn bei der Form handelt es sich nicht um eine leere Schablone, die durch einen Inhalt zu füllen wäre, sondern um den ausfüllenden und in diesem Sinn bestimmenden Akt.

So schreibt Schmitt am Ende des zweiten, von der Rechtsform handelnden Kapitels der *Politischen Theologie:* »Die Form […] liegt in der konkreten, von einer bestimmten Instanz ausgehenden Entscheidung.« (PT, 40) Dieses »konstitutive, spezifische Entscheidungsmoment« ist, vom Inhalt der zugrunde liegenden Norm aus gesehen, »etwas Neues und Fremdes«. (PT, 37) Denn aus dem Inhalt der Norm lässt es sich nicht ableiten. Schmitt nennt dieses konstitutive Element, das »mit rechtslogischer Notwendigkeit« in jeder Entscheidung dazu tritt, den »Eigenwert der Form«. (PT, 33)

Die Entscheidung ist nun nicht insofern formal, als sie sich nicht auf eine inhaltliche Bestimmung der Wirklichkeit einließe. Denn genau in dieser Bestimmung liegt ihr Zweck. Dass sie formal ist, heißt vielmehr, dass sie gegenüber den Normen als dem Inhalt des Rechts grundlegend verschieden ist: »Das Formale im spezifisch-rechtlichen Sinne liegt in einem Gegensatz zu dieser inhaltlichen Qualität«. (PT, 38) Der Gegensatz von Form und Inhalt ist ein Gegensatz von ›besonders‹ (oder wie Schmitt formuliert: ›konkret‹) und ›allgemein‹. Das Allgemeine ist dabei nicht die Form, sondern der Inhalt: die allgemein formulierte Norm. Das Besondere liegt dagegen im formalen Element, in der immer konkreten Entscheidung. Über die juristische Form schreibt Schmitt:

> menschlichen Lebens verknüpft. Dies wird in verschiedenen Kapiteln von Teil II, der den Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten expliziert, im Fokus der Analyse stehen. (vgl. v.a. die Kapitel 3.1–3.3)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> »Sie hat nicht die apriorische Leerheit der transzendentalen Form; denn sie entsteht gerade aus dem juristisch Konkreten. Sie ist auch nicht die Form der technischen Präzision; denn diese hat ein wesentlich sachliches, unpersönliches Zweckinteresse. Sie ist endlich auch nicht die Form der ästhetischen Gestaltung, die eine Dezision nicht kennt.« (PT, 40)

Die »spezifische Eigenart der Rechtsform« (PT, 38), wie sie sich für Schmitt darstellt, besteht in der Verbindung von Formalem und Konkretem. Seine Forderung, dass diese Eigenart »in ihrer rein juristischen Natur erkannt werden« müsse (ebd.), bedeutet, den konkreten Charakter dieser Form zu verstehen. Der Gegensatz, in dem die konkrete Form zum allgemeinen Inhalt des Rechts – die Entscheidung zur Norm – steht, ist kein äußerlicher. Denn die Form lässt die Norm nicht unberührt, sondern bedeutet ihre »Transformation«. (PT, 37)

Nur durch Transformation kann die allgemeine Norm in die konkrete Wirklichkeit überführt, das heißt angewandt werden. Dabei ändert die Norm nicht ihre Form, sondern kommt mit Form überhaupt in Kontakt; Transformation meint somit weniger Umformung als vielmehr Formierung. Der Formgewinn der Norm, den sie durch ihre »Umsetzung in die Wirklichkeit« (PT, 35) erfährt, ist zugleich ihre Durchbrechung: Verlust der Allgemeinheit, die ihre Normativität kennzeichnet. Wenn Schmitt darauf insistiert, dass es sich bei der Rechtsverwirklichung, und damit bei der Form des Rechts, um ein »selbständiges« Problem handelt (vgl. PT, 29, 33, 36, 37, 40), geht es um eben diese Durchbrechung des Normativen.

Die Form ist damit nicht etwas Bestehendes, das den normativen Inhalt durchbricht, sondern sie besteht in dieser Durchbrechung. Daraus resultiert für Schmitt die heuristische Bedeutung, die dem Ausnahmezustand nicht nur für die juristische Definition der Souveränität, sondern allgemeiner für ein Verständnis der Rechtsform zukommt. Insofern gilt vom Ausnahmezustand, was Jacques Rancière über den ästhetischen Zustand sagt: Er »ist reine Suspendierung, ein Augenblick, in dem die Form als solche wahrgenommen wird.« (Rancière 2006, 40) Die Form, die in der Suspension der Normen sichtbar wird, ist die Entscheidung. Die Ausnahme »entzieht sich der generellen Fassung, aber gleichzeitig« – nämlich gerade dadurch – »offenbart sie ein spezifisch-juristisches Formelement« – nämlich das Element der juristischen Form – »in absoluter Reinheit«. (PT, 19) Die Rechtsform tritt hier in ›Reinheit‹ hervor, weil nach Schmitt die mit dem Ausnahmefall verbundene Entscheidung in besonders hohem Grad, »im eminenten Sinne Entscheidung« ist. (PT, 13) Sie ist dies, weil sie in einem besonders eklatanten Bruch zur Norm steht: Durch die Entscheidung, dass faktisch ein Ausnahmefall vorliegt und juristisch ein Ausnahmezustand besteht, wird das allgemein-inhaltliche Moment der Norm nicht durchbrochen (›transformiert‹), um die Norm anzuwenden, sondern mit dieser Entscheidung wird die »Norm vernichtet« (PT, 19).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

An diesem Punkt gilt es Schmitt vor dem Hintergrund seiner eigenen Prämissen zu widersprechen: Gerade weil das Moment der Normativität ganz außer Kraft gesetzt ist, tritt im Ausnahmezustand die von ihm gesuchte Form des Rechts nicht hervor. Die Rechtsform ist – bei Schmitt selbst – nicht als absolute Durchbrechung und damit nicht als völlige Preisgabe der Normativität zu verstehen. Das heißt auch: Die Form des Rechts besteht *nicht*, wie Schmitt sagt, in einem personal begriffenen Akt der Entscheidung. Dies ist als grundlegender Einwand gegen Schmitts Heuristik der Ausnahme zu formulieren (und wird im nächsten Kapitel detailliert thematisch).

Eine solche Heuristik der Ausnahme prägt insbesondere die vielbeachtete *Politische Theologie*. Anders verhält es sich in der einige Jahre später erschienenen *Verfassungslehre* von 1928. Hier wird das Verhältnis von Normensystem und Entscheidung im modernen Rechtsstaat insgesamt deutlich komplexer gefasst als durch bloße Überordnung der Entscheidung über die Norm. Auch in der *Verfassungslehre* geht es Schmitt um das Moment der Durchbrechung. Er macht dieses Moment gegen eine »Fiktion« von Verfassung geltend, die er so zusammenfasst: »Es wird fingiert, daß erstens die Verfassung nichts ist als ein System von gesetzlichen Normierungen, daß zweitens dieses System geschlossen und daß es drittens ›souverän‹ ist, d.h. an keiner Stelle aus Gründen und Notwendigkeiten der politischen Existenz *durchbrochen* oder nur beeinflusst werden kann.« (VL, 131, Hervorh. J.H.) Dieses falsche Verständnis der Verfassung zeichnet Schmitt zufolge nicht nur ein bestimmtes liberales Nachdenken über die Verfassung aus, sondern bildet vielmehr ein Merkmal des liberalen Staates. Das Dokument, in dem der liberale Staat seine Sicht auf sich selbst darlegt, ist die Verfassung selbst. Die *Verfassungslehre* ist deshalb, mehr noch als die *Politische Theologie*, der Ort, an dem Schmitt seine Kritik an einem nur bürgerlich-rechtsstaatlichen und insofern unpolitischen Verständnis der Verfassung formuliert. Dabei scheint die Stoßrichtung der *Politischen Theologie* in der *Verfassungslehre* auf den ersten Blick eine Fortsetzung zu finden: Seit dem 16. Jahrhundert – dem Beginn der Neuzeit oder, wie Schmitt sagt, der Moderne – sei »die Frage nach der Souveränität« identisch mit der »Frage nach der Durchbrechung«. (VL, 107) Die erste Frage nicht zu adressieren, heißt für Schmitt daher, auch von der zweiten zu schweigen. An der Realität des modernen Rechtsstaats gehe das vorbei, denn:

> »Auch für den modernen Rechtsstaat sind diese Durchbrechungen das Kriterium der Souveränität. Die Schwierigkeit liegt hier darin, daß der bürgerliche Rechtsstaat von der Vorstellung ausgeht, die gesamte Ausübung aller staatlichen Gewalt restlos in geschriebenen Gesetzen erfassen und umgrenzen zu können, so daß kein politisches Handeln irgendeines Subjekts – sei es der absolute Monarch oder das politisch zum Selbstbewusstsein gekommene Volk

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> –, keine Souveränität mehr möglich ist, sondern verschiedenartige Fiktionen aufgestellt werden müssen: daß es überhaupt keine Souveränität mehr gebe, oder, was das gleiche ist, daß die ›Verfassung‹, genauer: die verfassungsgesetzlichen Normierungen, souverän seien usw. […] In Wirklichkeit aber sind es gerade die wesentlich politischen Entscheidungen, welche der normativen Umschreibung entgehen. Die Fiktion der absoluten Normativität hat dann kein anderes Ergebnis, als daß eine so fundamentale Frage wie die nach der Souveränität im Unklaren gelassen wird. Für die unvermeidlichen Souveränitätsakte entwickelt sich dann eine Methode *apokrypher Souveränitätsakte*.«[59] (VL, 107f., Hervorh. im Original)

Die durchbrechenden Akte, die in der ›normativen Umschreibung‹ außer acht bleiben, erfolgen im wörtlichen Sinn apokryph: ›verborgen‹. Apokryph heißt aber auch ›unecht‹ und hat somit die pejorative Bedeutung, auf die es Schmitt ankommt. Politisches Handeln, so Schmitt, soll sich zu erkennen geben. Fest steht für ihn, dass es sich vielleicht wegreden lässt, aber doch nicht ausbleiben kann. Politische, das heißt das Gefüge der Gesetze durchbrechende Entscheidungen erscheinen ihm unverzichtbar. Sie springen ab und an wie Schachtelteufel aus der vermeintlichen Geschlossenheit des Normativen heraus. Und das Subjekt der Entscheidung, das sich als solches nicht zeigen darf, verbirgt sich dabei hinter apokryphen Akten wie der Schachtelteufel im Kostüm des Clowns. In seinem *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber* schreibt Schmitt, es »wäre nämlich schon ein großer Erfolg, wenn man es erreichen könnte, daß die wirkliche Macht öffentlich und sichtbar auf der politischen Bühne erscheint.« (Schmitt 1994, 31) Stattdessen fallen Fiktionen wie Vorhänge herab und verdecken, dass es eine politische Bühne überhaupt gibt. Die Annahme, dass ein unpolitischer Zustand eingetreten sei, bezeichnet Schmitt in *Der Begriff des Politischen* als »unehrliche Fiktion«.[60] (BdP, 51)

›Apokryphe Souveränitätsakte‹ sind die Folge dieser »Fiktion der absoluten Normativität« (VL, 108) und zugleich ihre Entlarvung. Indem sie zeigen, dass politische Entscheidungen fallen *müssen*, machen sie klar, dass ein politischer Zustand – ein Zustand, in dem Entscheidungen fallen *können* – noch besteht. Gegenüber einem Schauspiel, das nur apokryphe Akte enthält und gleichsam hinter der Bühne stattfindet, erscheint der

59 Auf der anderen Seite sieht Kelsen den rechtstheoretischen Blick gerade dann von »Fiktionen getrübt«, wenn er sich nicht ausschließlich auf die Norm richtet, und er gibt an, in seinen Werken den »Kampf gegen die rechtstheoretische Fiktion« zu führen, die glauben macht, dass der Gegenstand der Rechtswissenschaft in irgendeiner Weise über »die einfachen und reinen Relationen des Rechtssatzes« hinausgehe. (Kelsen 1981, VI)

60 Die spezifische Form von Aufrichtigkeit, die Schmitt mit dem Ausdruck »unehrliche Fiktion« in Anspruch nimmt, hat Derrida aufschlussreich herausgearbeitet und problematisiert. (vgl. Derrida 2015, 118f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausnahmezustand, da in ihm der Souverän sichtbar hervortritt, gleichwohl enthüllend, offenbarend, ›wahr‹ im griechischen Sinn von ›unverborgen‹, und für Schmitt in gewisser Weise geradezu befreiend.

Ich werde im folgenden Kapitel allerdings zeigen, dass Schmitt die Frage nach der durchbrechenden Form des Rechts zwar im Hinblick auf den Ausnahmezustand aufwirft, sich seine Antwort aber vielmehr in seiner Beschreibung rechtsstaatlicher Normalität findet. Die Frage nach dem Zusammenhang von Durchbrechung und Erhaltung, nach Form und Begriff des Rechts wird am Normalfall gerade deshalb beantwortbar, weil sie sich hier nicht in heuristischer Evidenz, sondern viel komplexer stellt. Dazu muss der Begriff der Rechtsform als ›substanzielle Form‹ und das heißt in Verbindung mit dem Begriff des Lebens in Betracht kommen.

1.4 Leben, Form, Durchbrechung: Die Einheit der Souveränität im Subjekt

> »Und wenn man sich für das Leben interessiert«, sagte Hans Castorp, »so interessiert man sich namentlich für den Tod. Tut man das nicht?«
> »Na, so eine Art von Unterschied bleibt da ja immerhin. Leben ist, daß im Wechsel der Materie die Form erhalten bleibt.«
> »Wozu die Form erhalten«, sagte Hans Castorp.
> »Wozu? Hören Sie mal, das ist aber kein bißchen humanistisch, was Sie da sagen.«
> »Form ist ete-pe-tete.«
> »Sie haben entschieden was Unternehmendes heute. Förmlich was Durchgängerisches. Aber ich falle nun ab«, sagte der Hofrat. »Ich werde nun melancholisch«, sagte er und legte seine riesige Hand über die Augen.
> *Hans Castorp und Hofrat Behrens in Thomas Manns* Der Zauberberg. *(1981, 282)*

Mit Hans Castorp und Hofrat Behrens stehen sich in Thomas Manns *Der Zauberberg* zwei unterschiedliche Auffassungen des Verhältnisses von Leben und Form gegenüber. Für Hofrat Behrens ist Leben die Erhaltung von Form. Dadurch ist das Leben vom Tod, in dem die Form zerfällt, unterschieden. Für Hans Castorp hingegen ist dieser Unterschied nicht nennenswert: Denn wie der Verwesungsprozess besteht auch der Lebensprozess hauptsächlich in »Oxydation«, wodurch komplexe Strukturen »in simplere Verbindungen zerlegt« werden. (Mann 1981, 282) Behrens'

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Auffassung vom Leben als Formerhaltung stellt Castorp eine Perspektive entgegen, in der Leben Entformung ist: Abbau von Form.

In Behrens' folgender, das Gespräch beendender Bemerkung deutet sich eine dritte Lesart des Lebens an. Leben ist nicht nur Erhaltung oder Zersetzung von Form, sondern selbst Form. Leben ist das, was Behrens mit Blick auf Castorp sagt: »Förmlich was Durchgängerisches.« Leben ist *förmlich*, wesentlich Form, und als Form *durchgängerisch:* Leben ist die Form der Durchbrechung. Durchbrochen wird das Tote, Erstarrte, das, wie Castorp viel später sagen wird, »nicht Formlosigkeit, sondern Überform« ist. (ebd., 532) Erstarrte Überform, man könnte auch sagen: geschlossenes System, wird vom Leben de-formiert. Demnach ist Leben Formierung durch Deformation. Einer solchen Deutung des Lebens, die Formierung und Deformation verbindet, nähert sich Castorp bereits im Anschluss an das zitierte Gespräch mit Behrens an. Leben erscheint ihm als eine »zwischen Aufbau und Zersetzung in sonderbarer Seinsschwebe sich erhaltende[] empfindliche[] Substanz«; in diesem vermischten Zustand hat es sein »heilig-unreine[s] Geheimnis.« (ebd., 290)

Schmitts Begriff der Form, Angelpunkt seiner Rechtstheorie, gilt ihm als ›Leben‹ in diesem dritten Sinn. Entscheidend ist dabei auch für die ihn interessierende Form des Rechts der Begriff der Substanz: Die Rechtsform hat Leben als ›substanzielle‹ Form. Dabei meint ›Substanz‹ wie bei Mann etwas Gemischtes. Denn die ›rein‹ juristische Form ist nicht rein rechtliche, sondern zugleich politische Form. Der Anspruch von Schmitts Theorie ist es, die Einheit dieses Gemischs aufzuweisen. Diese Einheit ist für ihn *juristisch* relevant, denn sie bestimmt das Recht begrifflich: Ein juristisch adäquater Rechtsbegriff muss das Recht als Einheit von Recht und Politik verstehen. Möglich wird ein solches Verständnis des Rechtsbegriffs, wenn das Recht von seiner Form her begriffen wird. Die Rechtsform selbst ist nach Schmitt jener einheitsstiftende Akt, der Recht und Politik verbindet. In der Bestimmung des Rechts durch seine Form liegt der Zug, durch den Schmitt den Anspruch seiner Theorie einzulösen sucht. Vor diesem Hintergrund wird klar, warum der Ausnahmezustand bei Schmitt heuristische Bedeutung hat. Denn im Ausnahmezustand aktualisiert sich die Rechtsform »in absoluter Reinheit« (PT, 19). Die Rechtsform erscheint im Ausnahmezustand als unauflöslicher Zusammenhang von politischer Einheit (Ordnung) und souveräner Person (Entscheidung). Diese Form tritt gerade dadurch hervor, dass der Inhalt des Rechts (die Norm) »vernichtet« (ebd.) wird.

Die heuristische Klarheit kommt nur zum Preis einer Unklarheit: Durch die Heuristik des Ausnahmezustands wird unklar, wie die Form des Rechts mit dem Inhalt oder der Materie des Rechts zusammenhängt. Der Ausnahmezustand bedeutet die Suspension der Verfassung und damit die Auflösung dieses Zusammenhangs. Gerade im Zusammenhang eines normativen und eines politischen Teils besteht allerdings, wie

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schmitt in der *Verfassungslehre* darlegt, die rechtsstaatliche Normalität des Rechts. Diese Normalität wird, anders als Schmitt in der *Politischen Theologie* behauptet, durch eine Heuristik der Ausnahme nicht begreiflich. Denn hier tritt die Form wörtlich »in absoluter«, von allem Inhalt getrennter »Reinheit« heraus. Darin liegt der heuristische Gewinn und zugleich der begriffliche Verlust: Wo sich die Einheit von politischer Ordnung und personaler Entscheidung in größter Deutlichkeit zeigt, wird die Einheit von Form und Materie des Rechts unklar. Die Form des Rechts, in der sich Recht und Politik verbinden, ist aber diese doppelte Einheit: von Ordnung und Entscheidung einerseits, von Form und Materie andererseits. Form gilt es deshalb nicht nur *im Unterschied* zur Materie, sondern auch *als Einheit* von Form und Materie zu verstehen. Verliert sich dagegen die normativ-inhaltliche Dimension des Rechts, so reduziert sich Recht auf Politik. Die Einheit besteht dann nicht mehr aus der Spannung von zweien, sondern wird monoton. Der theoretische Anspruch, die Einheit eines Unterschiedenen aufzuweisen, lässt sich gerade dann nicht einlösen. Die These, von der ich im Folgenden ausgehe, ist daher, dass sich der Ausnahmezustand gar nicht eignet, um dasjenige begrifflich zu erläutern, was Schmitt erläutern will. Am Problem, um das es ihm geht, geht eine Heuristik der Ausnahme vorbei.

Soll die Einheit von Recht und Politik verständlich werden, muss die Rechtsform anders gedacht werden. Das bedeutet, die Durchbrechung anders zu denken, in der die Form besteht. Im Ausnahmezustand erscheint die Durchbrechung als Suspension und damit als Verlust von Normativität. In diesem Kapitel möchte ich zeigen, inwiefern Durchbrechung bei Schmitt auch als Erhaltung zum Tragen kommt und zwar nicht nur als Herstellung und Erhaltung von Ordnung, sondern auch als Herstellung und Erhaltung von Normativität. Dies erfordert einen Blickwechsel von der Ausnahme zur rechtsstaatlichen Normalität, und damit von der *Diktatur* und der *Politischen Theologie* zur *Verfassungslehre*. Fällt die Durchbrechung im Ausnahmezustand unter den Begriff der Suspension, so im Normalfall unter jenen des Lebens. Rechtsform als ›Leben‹ zu verstehen, heißt nach Schmitt, sie als ›substanzielle‹ Form zu verstehen. In den folgenden Überlegungen werde ich das Konzept der ›substanziellen Form‹ erschließen, um so die Frage nach der Einheit von Recht und Politik bei Schmitt zu klären.

Ich werde dazu in vier Schritten vorgehen. In einem ersten Schritt werde ich die Merkmale des bei Schmitt in Frage stehenden Lebensbegriffs skizzieren. Es soll hier deutlich werden, dass Schmitts Begriff des Lebens weder mechanistisch noch organistisch, sondern in einem spezifischen Sinn formalistisch ist. Die Art dieses Formalismus werde ich vor dem Hintergrund des Formalismus-Verständnisses Kelsens erläutern. Vor diesem Hintergrund dienen die folgenden drei Schritte dazu, den Zusammenhang dieses Lebensbegriffs mit dem Begriff der ›substanziellen

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Form‹ zu entwickeln. Im zweiten Schritt werde ich den Begriff der ›substanziellen Form‹ ausgehend von seiner philosophischen Herkunft bei Aristoteles und Thomas von Aquin erläutern. Anschließend werde ich in einem dritten Schritt in Auseinandersetzung mit Hegel und der Hegeldeutung bei Kojève die Wendung darstellen, die Schmitt dem Begriff der ›substanziellen Form‹ gegenüber dem klassischen Verständnis bei Aristoteles und Thomas gibt. Im vierten und letzten Schritt zeige ich, wie Schmitt anhand dieses Begriffs eine Theorie des Rechts als Theorie einer sich selbst durchbrechenden und in diesem Sinn ›reflexiven‹ Normativität entwickelt.

Leben, formalistisch

Für Schmitt ist der Begriff des Lebens interessant, weil sich an ihm die rechtlich-politische ›Vermischtheit‹ der Rechtsform als das spezifisch Juristische explizieren lässt. Auch wenn sich Schmitt, um die Lebendigkeit des Rechts zu plausibilisieren, gerne auf Hobbes und die Metapher des politischen Körpers und des Staates als Person beruft, ist sein Lebensbegriff jenem bei Hobbes entgegengesetzt. Hobbes bestimmt das Leben als Bewegung aus eigenem Antrieb. Lebendig sind nicht nur die natürlichen Geschöpfe, die Gott geschaffen hat, sondern auch die künstlichen, die der Mensch hergestellt hat: Automaten, das heißt selbsttätige (griech. *autómatos*) Maschinen. Das Leben des Staates ist das Leben einer solchen Maschine. Leben und Mechanismus schließen sich bei Hobbes nicht aus. (vgl. Hobbes 1991, Einleitung, S. 5) Aus der Sicht Schmitts hingegen ist es nicht möglich, den Staat zugleich als lebendig und als Maschine zu denken. Der Automatismus der Maschine schließt personales Handeln aus und verdrängt dadurch den Souverän. (vgl. PT, 52 und D, XV) Gerade weil das Leben des Politischen auf Souveränität beruht, kann der Staat, als Mechanismus, nicht lebendig sein. Leben ist für Schmitt vielmehr dasjenige, was jede Mechanik durchbricht. (vgl. PT, 21) Die Durchbrechung der Mechanik (der Gesetze, nach der eine Maschine funktioniert) ist kein Nebeneffekt, den das Leben en passant zeitigt, sondern es ist nach Schmitt das, was das Leben ausmacht und worin es besteht. Insofern ist das Leben für Schmitt dem Begriff nach ein ›Wunder‹. Denn als Wunder bestimmt er (in Anlehnung an Donoso Cortés) eben die Durchbrechung, namentlich »die Durchbrechung des rechtlichen Zusammenhangs«, die in der Suspendierung der staatlichen Gesetze liegt. (D, 135f.; ähnlich PT, 43) Gegenüber dem normalen Funktionieren bedeutet das Wunder der Durchbrechung die Produktion von etwas Unberechenbarem und Neuem.[61] Im Folgenden

61 Zum durchbrechenden Charakter des Wunders bei Schmitt, im Verhältnis zu Franz Rosenzweigs ein Jahr vor der *Politischen Theologie* erschienenem

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zitiere ich einen Gedanken von Byung-Chul Han über den Begriff des Lebens. In ihm gelangt jener Gegensatz zum Ausdruck, den Schmitt zwischen dem Wunder des Lebens und dem Gesetz der Maschine ansetzt:

> »Keine Maschine kann mehr hervorbringen, als sie aufgenommen hat. Gerade darin besteht das Wunder des Lebens, dass es mehr hervorbringen kann, als es aufgenommen hat, und etwas ganz anderes hervorbringt, als das, was es aufgenommen hat. Das ist das Leben. Leben ist Geist. Darin unterscheidet es sich von der Maschine. Aber dieses Leben ist da bedroht, wo alles maschinell wird, wo alles von Algorithmen beherrscht wird.«[62]

Als Wunder der Durchbrechung kann das Leben nicht Maschine sein. Um den Lebens-Charakter des Politischen zu verstehen, ist die Metapher vom Körper damit allerdings noch nicht grundsätzlich zurückgewiesen. Dass das Leben des Politischen nicht im Sinne eines mechanischen Körpers begriffen werden kann, bedeutet nicht, dass es überhaupt nicht als Körper aufgefasst werden könnte. Dies legt die Theoriegeschichte nahe: Historisch hat sich die Metapher des politischen Körpers vom Mechanismus zum Organismus verschoben. (vgl. dazu Koschorke et al. 2007, 357) Der Begriff des Organismus gewann im 19. Jahrhundert rechtswissenschaftliche Bedeutung, ohne seine naturwissenschaftliche Prägung zu verlieren. Ein naturwissenschaftlicher, das heißt nicht-humanistischer Begriff des Organismus orientiert sich nicht am Bild des menschlichen Körpers mit Kopf, Seele und Gliedern; er impliziert keine hierarchische Binnenstruktur zwischen den einzelnen Teilen, sondern ihre gegenseitige Verflechtung. Damit unvereinbar ist allerdings wiederum die Vorstellung von Souveränität, die begrifflich etwas Höchstes, die Verbindung von höchstem Recht und höchster Macht, darstellt. Im Politischen kann Leben für Schmitt deshalb nicht Organismus bedeuten, sondern nur »Eingriff in die organische Evolution«. (Parl, 68; vgl. auch ebd., 60)

Schmitts Lebensbegriff ist nicht-mechanistisch und anorganisch. Der Grund, weswegen das Leben des Politischen aus seiner Perspektive weder mechanisch noch organisch gedacht werden kann, ist derselbe: Sowohl mechanisches als auch organisches Leben schließen Souveränität aus, damit aber genau dasjenige, was dem Politischen Leben gibt. Weil es das Politische für ihn nur als Lebendiges gibt, kann ohne Souveränität nichts Politisches existieren. Mechanisches und organisches Leben ist unpolitisches Leben und damit das Gegenteil dessen, was Schmitt unter dem Leben des Politischen begreift. Zum Leben des Politischen gehört

Buch *Der Stern der Erlösung* (1921), vgl. die Ausführungen bei Honig 2009, 90–95.

62 http://www.zeit.de/zeit-wissen/2014/05/byung-chul-han-philosophie-neoliberalismus/seite-5; abgerufen am 21.05.2016.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

für Schmitt, dass es mit dem mechanischen und dem organischen Leben Schluss macht. Das mechanische Leben, das für Schmitt Wiederholung ist, wird vom politischen Leben *durchbrochen*: »In der Ausnahme durchbricht die Kraft des wirklichen Lebens die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik.«[63] (PT, 21) Organisches Leben hingegen ist Entwicklung und wird vom politischen Leben *unterbrochen:* Die Diktatur, die »notwendig« Ausnahmezustand ist (D, XVI), »scheint eine Unterbrechung der kontinuierlichen Reihenfolge der Entwicklung zu sein« (Parl, 68). Wirkliches Leben, das heißt politisches Leben – ein anderes kommt angesichts der Politisierung des Todes nicht in Betracht[64] –, ist das Gegenteil oder vielmehr die Entgegensetzung zu beidem: zu mechanischer Repetition und organischer Kontinuität. Leben ist weder zyklisch noch linear, sondern interruptiv. Um eben dies sein zu können, ist es zugleich auf dasjenige angewiesen, was es durchbricht, denn es gibt keine Durchbrechung ohne Durchbrochenes. Wenn Leben Durchbrechung ist, dann ist es die Beziehung, die zwischen dem Durchbrechenden und dem Durchbrochenen besteht. Und wenn Souveränität ›Leben‹ ist, so geht es auch bei ihr um diese Relation.

Souveränität ist bei Schmitt lebendige Form. Was bei der Form der Souveränität – der Rechtsform – für Schmitt auf dem Spiel steht, ist die Einheit von durchbrechendem und durchbrochenem Recht. Die Schwierigkeit, vor die diese Form stellt, kann in Abgrenzung zum Begriff der Souveränität bei Kelsen Kontur erhalten. Auch Kelsen denkt den Begriff der Souveränität zugleich als Höchstes und als Form: »Dieses Wort, das aus dem Lateinischen, das von ›supremitas‹ herkommt und in allen modernen Sprachen zu einem Fachausdruck geworden ist, bedeutet im Grunde nicht viel mehr als einen Superlativ überhaupt, das Zuhöchst-Sein dessen, wovon es ausgesagt wird.«[65] (Kelsen 1970, 164f.)

63 Die Kraft des wirklichen Lebens ist bei Schmitt eine *negative* Kraft: Sie ist nicht die Kraft der Einsetzung, sondern der Außer-Kraft-Setzung. Die Suspension der Regeln bedeutet das Aufbrechen einer verkrusteten Normalität. So beschreibt es auch Ingeborg Bachmann in *Der gute Gott von Manhattan*. Hier ist es allerdings nicht der *unumschreibbare* faktische Tatbestand wie bei Schmitt (vgl. PT, 13f.), sondern ein »*unbeschreibliche[s]* Lächeln«, das andeutet, »daß die Spielregeln bald außer Kraft gesetzt werden«, und anfängt, »wie ein glühendes Zigarettenende in einen Teppich, in die verkrustete Welt ein Loch zu brennen«. (Bachmann 1975, 29, Hervorh. im Original) Die Durchbrechung der Verkrustung nimmt auch hier den Ausgang von etwas (dem Lächeln), das sich der Beschreibung, d.i. der Einordnung in das bestehende Regelsystem (hier nicht des Rechts, sondern der Sprache) entzieht.

64 Vgl. dazu oben, Kapitel 1.3.

65 Auch in seinem elf Jahre früher erschienenen Buch über *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1920) bestimmt Kelsen

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Indem der Begriff der Souveränität nur ein Zuhöchst-Sein meint, hat er »einen durchaus formalen Charakter« (ebd., 173): Souveränität ist »Rechtsform«. (ebd., 175) Formal ist nach Kelsen, was sich nicht auf den Inhalt des rechtlich Geltenden bezieht, sondern nur auf die Geltung selbst. (vgl. ebd., 168) Souveränität ist der höchste Punkt, von dem Geltung ausgeht und in diesem Sinn *höchste Form*. Der Grund der Rechtsgeltung, darin stimmen Kelsen und Schmitt überein, liegt nicht im Inhalt, sondern in der Form. An diesem Punkt setzt auch die Differenz an. Höchste Form ist für Kelsen eine höchste Norm. Von dieser leitet sich die Geltung jeder anderen zur Rechtsordnung gehörenden Norm ab. Indem sie garantiert, dass die Geltung des Rechts etwas rein Normatives ist, stellt die höchste Norm zugleich sicher, dass im Recht nichts anderes vorkommt als Norm. Darin besteht die Einheit des Rechts und zugleich seine Reinheit, welche die *Reine Rechtslehre* behandelt: Beschrieben wird das Recht unter dem Gesichtspunkt reiner Normativität.

Faktisches Eingreifen und damit eben das, was Schmitt unter Leben versteht, bleibt bei Kelsen aus dem Recht ausgeschlossen. Für die höchste Norm impliziert dies, dass sie nicht das Resultat einer Setzung sein darf. Denn Setzung hieße eine Person anzunehmen, deren Akt die reine Normativität unterbricht. Die Normativität bleibt nur ungebrochen intakt, wenn die höchste Norm nicht als personale Setzung, sondern als anonyme Voraussetzung erscheint.[66] Alleiniges Postulat dieser höchsten Norm ist nach Kelsen, »daß man sich so verhalten soll, wie die historisch erste Verfassung, der gemäß die positive Rechtsordnung erzeugt ist, vorschreibt.« (Kelsen 1960, 443) Damit bestimmt die höchste Norm

Souveränität als ein Zuhöchst- oder Zuoberst-Sein (vgl. Kelsen 1981, 5). In beiden Schriften – die spätere ist im Wesentlichen eine knappe Zusammenstellung der Thesen der früheren – geht es Kelsen um den Nachweis, dass die Idee einzelstaatlicher Souveränität mit der Idee einer völkerrechtlichen Ordnung unvereinbar ist. Er plädiert dafür, diese Unvereinbarkeit zugunsten des Völkerrechts aufzulösen und das »Dogma« der Souveränität fallen zu lassen, das heißt, wie er sich ausdrückt, es radikal zu verdrängen (vgl. Kelsen 1981, 320) oder zumindest dahingehend zu neutralisieren, dass Souveränität nur noch eine Eigenschaft des Rechtssystems im Ganzen, also der alle Staaten umspannenden Einheit bezeichnet, nicht mehr aber eine Eigenschaft des Einzelstaates (vgl. Kelsen 1970, 178). Für Kelsen ist damit, anders als für Schmitt, eine Staatlichkeit jenseits von Souveränität vorstellbar.

66 »Als höchste Norm muß sie [die Grundnorm, J.H.] *vorausgesetzt* sein, da sie nicht von einer Autorität *gesetzt* sein kann, deren Kompetenz auf einer noch höheren Norm beruhen müßte. Ihre Geltung kann nicht mehr von einer höheren Norm abgeleitet, der Grund ihrer Geltung nicht mehr in Frage gestellt werden. Eine solche als höchste vorausgesetzte Norm wird hier als Grundnorm bezeichnet.« (Kelsen 1960, 197, Hervorh. im Original)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»lediglich den Geltungs*grund*, nicht den Geltungs*inhalt* des positiven Rechts«. (ebd., Hervorh. im Original) Als *Grund* der positiven Rechtsgeltung ist die höchste Norm nicht selbst Bestandteil des positiv geltenden Rechts. Wie Lykurg, der mythische Gesetzgeber Spartas, die Stadt verlässt, nachdem er ihre Gesetze in Geltung setzt, hat die höchste Form im Recht selbst keinen Ort. Dass sie nicht zum Recht gehört, ist die Voraussetzung für dessen Homogenität: Reine Normativität lässt eine *Setzung* der Geltung nicht zu. Auch Souveränität (die Geltung setzt und garantiert) bleibt so außerhalb des Rechts. Kelsens Konsequenz, dass das in der Wissenschaft noch bestehende Dogma der Souveränität auszuräumen sei, ist insofern folgerichtig. Der Begriff »Souveränität«, der lediglich das Zuhöchst-Sein bedeutet, erhält Kelsen zufolge »[e]inen bestimmten Sinn« erst durch das Subjekt, von dem es ausgesagt wird. (Kelsen 1970, 165) Wird das formale Zuhöchst-Sein allerdings nicht einem Subjekt, sondern einer Norm zugeschrieben, verliert der Begriff der Souveränität seinen Sinn. Denn die Formalität, die dann vorliegt, besteht gerade in ihrem unpersönlichen Charakter und daher jenseits von Souveränität.

Für Schmitt ist dies eine abstrakte und insofern missverstandene Formalität. Eine Form, die von Person und Souveränität abstrahiert, verfehlt ihm zufolge das für Formalität konstitutive Konkrete; mit der Begründung, »daß die Jurisprudenz etwas Formales sei«, käme Kelsen »nicht zur Sache«: Seine Ausführungen blieben »in der Antichambre der Jurisprudenz«. (PT, 29) Die »positivistisch sogenannte ›Form‹« (D, 172) gilt Schmitt nicht als Form im eigentlichen Sinne. Einem »hilflosen Formalismus, der alles als Gesetz bezeichnet« (VL, 142), sei nur geholfen, wenn er »an der in der Rechtsform liegenden spezifischen Realität des Rechtslebens« nicht länger »ahnungslos« vorbeigehe (PT, 40). Dies bedeutet für Schmitt, das Recht nicht in normativer Homogenität, sondern in der Heterogenität der souveränen Durchbrechung zu denken.

Als Herstellung von Einheit darf Souveränität, auch wenn sie wesentlich Durchbrechung ist, mit Homogenität gleichwohl nicht unvereinbar sein. Wie also kann die souveräne Durchbrechung juristisch so gedacht werden, dass sie die Einheit des Rechts nicht sprengt, sondern stiftet? Nach Schmitt ist dies nur möglich, wenn das Recht nicht als ›System‹ gedacht wird. Denn die Durchbrechung des Systems bedeutet notwendig den Verlust seiner Einheit. Anders ist dies, wenn das Recht als ›Leben‹ begriffen wird. Zum Leben gehört begrifflich ein Moment der Überschreitung, durch das Einheit nicht vernichtet, sondern konstituiert wird. Den irreduzibel politischen Charakter des Rechts versteht Schmitt als solche unifizierende Überschreitung. In dieser (immanenten und für Schmitt insofern säkularisierten) Transzendenz liegt zugleich das Theologische des Politischen: Insofern Schmitt die personale Tat, die das geschlossene System transzendiert, als das Kriterium des Politischen auffasst, hat das Politische für ihn genuin theologischen Charakter. In der *Politischen*

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Theologie fasst Schmitt die Transzendenz unter zwei Begriffe, den des Wunders (PT, 43) und den des Lebens (PT, 21). Der Begriff des Lebens ist nichts anderes als der säkularisierte Begriff des Wunders: Die Transzendenz des Wunders erscheint im Begriff des Lebens in immanenter Form. Nichts anderes als dies – Immanentisierung der Transzendenz – bedeutet bei Schmitt Säkularisierung.

Leben ist bei Schmitt eine konkrete, »individuelle Fülle« (Parl, 79), die sich in keine abstrakte Einheit bringen lässt und hinsichtlich derer alle Systematisierung Gewalt ist: »Die konkrete Individualität, die soziale Wirklichkeit des Lebens wird in jedem umfassenden System vergewaltigt.« (ebd.) Form als Leben zu denken, heißt zunächst, sie nicht dem Abstrakten, sondern dem Konkreten zuzurechnen. Die Konkretisierung der Form ist nicht ihre Materialisierung, ihr Füllen mit Inhalt; konkret ist die Form vielmehr als ›substanzielle‹. (vgl. PT, 31) Substanzialität, dies wird im Folgenden deutlich werden, ist für Schmitt gerade kein Gegensatz zu Relationalität. Die Form ist vielmehr substanziell, weil sie eine Relation zum Ausdruck bringt: zwischen dem, was durchbrochen wird, und dem, was durchbricht. Dass die Form für Schmitt »etwas Substanzielles« ist, kündigt sich in einer Fußnote zum »mißverständlich sogenannten ›Formalismus‹« bereits in der frühen Schrift *Gesetz und Urteil* aus dem Jahr 1912 an. (Schmitt 1969, 52) Weder hier noch später findet das Kompositum der ›substanziellen Form‹, das er mit dem Begriff des Lebens eng führt, allerdings eine explizite Klärung, ebenso wenig wie die Einzelbegriffe ›Form‹ und ›Substanz‹, aus denen es sich zusammensetzt.[67] Ein Verständnis kann deshalb nur im Rückgriff auf die Tradition gewonnen werden.

Forma substantialis in der Tradition: Aristoteles und Thomas von Aquin

Der Begriff der *forma substantialis* findet sich prominent in der *Summa Theologica* des Thomas von Aquin (I, 76, 4–8). Dass Schmitt den Begriff der Substanz mit der scholastischen Tradition in Verbindung bringt, wird in *Die Diktatur* deutlich, wenn er betont, dass es sich bei der Unterscheidung zwischen Substanz der Souveränität und inhaltlich geregelter Ausübung der Souveränität nicht um »eine unbeachtliche scholastische Spitzfindigkeit« handle, sondern um »das juristische Grundproblem der Staatslehre«. (D, 191) Es ist aufschlussreich, diese Stelle nicht als Abwertung, sondern als Aufwertung der Scholastik zu verstehen: Ihre Überlieferung ist nicht leichtfertig als Summe von Spitzfindigkeiten abzutun. Insofern Schmitts Begriff des Lebens mit demjenigen der »Form im

67 In der *Politischen Theologie* bezieht sich Schmitt an einer Stelle auf Kurt Wolzendorff, dessen Aufsatz *Der reine Staat* »die Diskussion auf den

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

substanziellen Sinne« (PT, 33) identisch ist, muss diese Tradition auf jene Elemente hin befragt werden, aus denen sich Schmitts ontologischer Begriffsrahmen erschließt. Das Problem der substanziellen Form übernimmt die Scholastik von Aristoteles, der es in Buch Z der *Metaphysik* behandelt. In der substanziellen Form besteht nach Ernst Tugendhat die Hauptschwierigkeit für die Interpretation der aristotelischen Substanzlehre. (vgl. dazu Tugendhat 2003, 161–166) In Buch Z vertritt Aristoteles die These, dass nicht nur das aus Form *(eĩdos)* und Materie *(hýle)* Zusammengesetzte *(sýnolon)* – das konkrete Einzelwesen –, sondern auch die Form *(eĩdos)* dieses Zusammengesetzten eine Substanz und zwar die vor allen ausgezeichnete erste Substanz *(próte ousía)* ist (vgl. *Met.* Z 11, 1037a, 21–30): Das aus Form und Materie Zusammengesetzte, das eine Substanz darstellt, hat eine Form, die wiederum Substanz ist. Diese substanzielle Form ist eine Form zweiter Stufe. Sie ist reine Form und gleichwohl nicht in dem Sinne absolut, dass sie vom Zusammengesetzten, vom konkreten Einzelwesen, abgelöst wäre: Als dessen Form bleibt sie daran gebunden.

Die damit verbundenen Probleme können hier nur so weit angedeutet werden, als sie das Verständnis des Kompositums ›substanzielle Form‹ bei Schmitt erhellen. Die Hauptfrage ist, wie sich die substanzielle Form zu dem aus Form und Materie zusammengesetzten Einzelwesen verhält. Dies impliziert zum einen die Frage, weshalb neben dem aus Form und Inhalt Zusammengesetzten überhaupt noch eine weitere, reine Form gedacht werden muss; zum anderen die Frage, inwiefern diese reine Form als (erste) Substanz vorgestellt werden kann und muss. (vgl. Tugendhat 2003, 83) Dazu muss vor Augen stehen, was Substanz hier heißt. Aristoteles definiert in Buch Z ›Substanz‹ als dasjenige Seiende, das als einziges in einem absoluten und ursprünglichen Sinn seiend ist. Der Substanz kommen folgende Merkmale zu: Sie ist erstens einheitlich, also nicht weiter teilbar. Sie kann zweitens von nichts anderem ausgesagt werden, denn sie stellt selbst das letzte Substrat dar, von dem alles andere ausgesagt wird. Als letztes Substrat ist sie drittens vollumfänglich selbständig.[68] Für die reine

entscheidenden Begriff, nämlich den der Form im substanziellen Sinne« gebracht habe. (PT, 33) Im genannten Aufsatz bringt Wolzendorff zwar gegen die »Formalistik und Mechanik des doktrinären (westeuropäischen) Konstitutionalismus« (Wolzendorff 1920, 225), d.h. gegen einen »Formalismus romanischen Geistes« (221), mit dem der »deutsche Geist« (226) nicht zurechtkomme, einen Begriff der Form in Anschlag, der mit »Leben«, »Lebensgehalt« und »Lebenskraft« einer (als germanisch verstandenen) »Idee des reinen Staates« in Verbindung (228f.) und damit einem kritisierten »Mechanismus der Staatsmaschine« (202) entgegen steht – der Begriff der ›substanziellen Form‹ selbst findet sich in diesen nationalistischen Überlegungen Wolzendorffs hingegen nicht.

68 Vgl. dazu die knappe Zusammenstellung der Merkmale in Halfwassen 1998, 498f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Form, die erste Substanz ist, heißt dies, dass sie ontologisch ursprünglicher und ›mehr seiend‹ *(mãllon ón)* ist nicht nur gegenüber der Materie, sondern auch gegenüber dem aus Form und Materie zusammengesetzten Einzelwesen. (vgl. *Met.* Z 3, 1029a, 5–7 und 27–33) Wie sie als ontologisch vorgängig gedacht werden kann gegenüber dem Zusammengesetzten, von dem sie sich zugleich nicht trennen lässt, ist das zentrale Problem.

In seinem Nachwort zur 2003 erschienenen fünften Auflage von *TI KATA TINOS* hält Tugendhat dafür, dass die von Aristoteles in Buch Z vertretene These zur substanziellen Form »in unlösbare Schwierigkeiten führt« (Tugendhat 2003, 161) und hält seinen eigenen Lösungsansatz aus dem Jahr 1958 (vgl. dazu ebd., § 12, S. 81–87) für unzureichend. Zugleich notiert er, dass der These im ontologischen Denken des Aristoteles nicht die Bedeutung zukommt, die ihr zugeschrieben wird. Nur für einen speziellen Fall ist sie bei Aristoteles gleichermaßen wichtig wie verständlich: demjenigen der Lebewesen. (vgl. ebd., 162)

Eben dieser Fall, in dem sich die substanzielle Form auf das Lebendige bezieht, ist auch für Schmitt zentral. Bei den Lebewesen ist die substanzielle Form die Seele *(psyché)*. (vgl. Met. Z 11, 1037a, 28–29; hier spezifisch in Bezug auf den Menschen) In *De anima* schreibt Aristoteles: Die Seele ist die Substanz »als« *(hos)* Form bei denjenigen Körpern, die potenziell Leben *(zoé)* besitzen. (vgl. *De anima* B, 412a, 19–21) Durch die Seele hat der Körper Leben; das Beseelte ist das Lebendige. (vgl. ebd., 413a, 20–22) Vermittelt über den Begriff der Seele ergibt sich bei Aristoteles die Identität von substanzieller Form und Leben. Leben bedeutet, das Prinzip *(arché)* von Bewegung *(kínesis)* und Stillstand *(stásis)* in sich selbst zu haben. (vgl. ebd., 412b, 17) Die Identität von Form und Leben gestaltet sich analog in Schmitts Theorie der Entscheidung: Die substanzielle Form – die souveräne Entscheidung – ist ›lebendig‹, indem sie über *kínesis* und *stásis*, über den normalen Verlauf des Rechts und über den suspendierenden Stillstand bestimmt. Diese Entscheidung erfolgt ohne äußere Vorgaben: Die Rechtsform als Form im substanziellen Sinn zu denken, heißt daher, sie als etwas absolut Selbständiges zu denken. Es heißt zugleich, sie nicht als statisch, sondern als dynamisch zu denken: als Akt der »Formierung«. (vgl. PT, 35) Zunächst formiert die Form sich selbst. (vgl. *De anima* B, 413a, 25) In dieser ›Autoformierung‹ gibt sie sich selbst das Sein. Darin ist sie lebendig. Zugleich gibt sie das Sein dem Zusammengesetzten, dem Lebewesen, dessen Seele sie ist.

An diesem Punkt setzt Thomas von Aquin mit seiner Interpretation von Aristoteles und der substanziellen Form ein. Er interessiert sich für das Problem der Seele beim Menschen. Gewicht legt er darauf, dass von allem Selbständigen ein *Tätigsein* prädiziert werden kann. Auch für die Seele, die als Substanz selbständig ist, trifft dies zu. (vgl. *Summa Theologica* I, 75, 2) Bei Thomas wird thematisch, worauf sich dieses Tätigsein, diese Aktivität der substanziellen Form erstreckt: In ihrem Tätigsein

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

bringt die substanzielle Form nicht nur sich selbst hervor, sondern schafft das ganze Sein, dessen Form sie ist: »*Sed forma substantialis dat esse substantiale. Ergo unius rei est tantum una forma substantialis. Anima autem est forma substantialis hominis.*«[69] (ebd., 76, 2) Was bedeutet es, dass die substanzielle Form das substanzielle Sein ›gibt‹? Das Sein, um das es hier geht, ist das Sein des aus Form und Materie Zusammengesetzten, des konkreten Einzelwesens. Dass die substanzielle Form dieses Sein ›gibt‹, bedeutet, dass es seine Einheit stiftet. Nur dadurch kann das Zusammengesetzte bestehen, ohne zu zerfallen: Für das Einzelwesen bedeutet die substanzielle Form sein Leben.

Das zusammengesetzte Einzelne, um dessen Einheit es bei Schmitt geht, ist das Recht. Es besteht einerseits aus dem System der Normen; dies ist sein inhaltlicher Teil, seine Materie. Und es besteht andererseits aus der souveränen Entscheidung; darin liegt seine Form. Im Ausnahmezustand durchbricht die Entscheidung das Normensystem, indem sie dieses suspendiert. Die Einheit des Rechts ist dadurch gefährdet: Die Form droht die Materie und dadurch auch sich selbst zu zerschlagen. Doch was hier durchbricht, ist nach Schmitt »die Kraft des wirklichen Lebens« (PT, 21). Die Entscheidung ist nicht allein die Form erster Stufe, die zusammen mit der Materie das Zusammengesetzte des Rechts bildet. Sie ist zugleich die Form zweiter Stufe, welche die Einheit herstellt und dem Recht Leben, das heißt überhaupt ein konkretes Sein gibt.

In der *Politischen Theologie* verwehrt sich Schmitt gegen das positivistische Befürworten Kelsens und anderer, dass die Form »aus dem Subjektiven ins Objektive verlegt« (PT, 35) und die Einheit und Geltung des Rechts allein auf das Normensystem abgestellt wird (vgl. PT, 27f.). Es erklärt sich von hier, weswegen Schmitt, wenn er über positivistische Theorien schreibt, die Begriffe »Form« (D, XX und 172) und »formal« (D, XI) in Anführungszeichen setzt: Wird die Form ins Objektive, ins Normensystem verlegt, hat man es nur mit Materie, nicht aber mit Form zu tun. Nur wenn die Form *Subjekt* ist, bleibt sie ein Formales. Ist das Objektive identisch mit der Norm, so das Subjektive mit der Tat. Bei der Forderung, die Form im Subjektiven zu halten, geht es um diese *Tat*, um Form im Sinne der Formierung. Auf die Frage, wie die Form ihren subjektiven Charakter wahren kann, antwortet Schmitt, so meine hier vertretene These, mit dem Postulat des Substanziellen: Wird die Form »im substanziellen Sinne« (PT, 33) aufgefasst, bleibt sie Subjekt und damit ein formierender Akt.

69 »Die substanzielle Form aber gibt das substanzielle Sein. Also hat eine Sache nur eine substanzielle Form. Die Seele aber ist die substanzielle Form des Menschen.« (Übers. J.H.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Substanz als Subjekt: Eine Umdeutung nach Hegel

In diesem Punkt findet sich Schmitt einig mit Hegel, der von Aristoteles die Verbindung von Substanz und Form übernimmt und ihm auch darin folgt, Form als Tätigkeit zu begreifen.[70] Wie Schmitt plädiert Hegel, ebenfalls im Rahmen einer Formalismus-Kritik, dafür, die Substanz subjektiv zu denken.[71] Schmitts girlandenartig ausladende Assoziationskette ›Souveränität - substanzielle Form - Subjekt - Tat‹ lässt sich von dieser Hegel'schen Seite her in eine argumentative Bündelung bringen. Dem dienen die folgenden Überlegungen.

In der Vorrede zur *Phänomenologie des Geistes* mahnt Hegel an: »Es kömmt nach meiner Einsicht […] alles darauf an, das Wahre nicht als *Substanz*, sondern ebensosehr als *Subjekt* aufzufassen und auszudrücken.« (Hegel 1988, 13f., Hervorh. im Original gesperrt) Das Wahre begreift Hegel *zugleich* als Substanz und Subjekt. Möglich ist dies, wenn die Substanz als etwas Lebendiges, aristotelisch gesprochen: als erste Substanz oder als Seele in Betracht kommt[72]: »Die lebendige Substanz ist ferner das Sein, welches in Wahrheit *Subjekt,* oder was dasselbe heißt, welches in Wahrheit wirklich ist, nur insofern sie die Bewegung des sich selbst Setzens, oder die Vermittlung des sich anders Werdens mit sich selbst ist.« (Hegel 1988, 14, Hervorh. im Original gesperrt) Das *wirkliche*, das heißt politische Leben, von dem Schmitt spricht, bricht als Subjekt durch. Die Form ist substanziell gedacht, wenn sie subjektiv konzipiert ist. Mit Hegel findet sich Schmitt vor allem in Übereinstimmung, wenn die Lesart Hegels zugrunde gelegt wird, die Kojève vorschlägt.[73]

Dass die Substanz Subjekt, nämlich Mensch ist, bedeutet, dass sie »nicht (statisch-gegebenes-)*Sein*, sondern *Tat*« ist: ein »Akt-des-sich-setzens

70 Vgl. dazu Rohs 1969, 28f.; zu Hegels Anknüpfung an die antike, mittelalterliche und neuzeitliche Diskussion in seinem Denken der Form vgl. insgesamt das aufschlussreiche Kapitel *Die Hegelsche Logik als Metaphysik der Form*, 11–36.

71 Zum Verhältnis von Hegel und Schmitt vgl. allgemein Mehring 1989 sowie hinsichtlich der Konzeption des Politischen Kervégan 2005, insbes. die Kapitel I, II und V des zweiten Teils.

72 In einem Brief an Alexandre Kojève schreibt Iring Fetscher am 05.04.1953: »Hegel ist gewiß als Vollender der klassischen, aristotelischen Philosophie zu begreifen; wie umgekehrt Thomas vom Christentum aus Aristoteles aufgenommen hat.« (in Kojève 1975, 351) Diese Feststellung kann besonders für den Zusammenhang von Substanz und Leben gelten.

73 Dass Kojèves Hegel-Interpretation ihrerseits »durchfurcht ist von einem Begriff des Politischen der von C.S. stammt«, hat Jacob Taubes (in einem Brief vom August 1985 an Piet Tommissen, den Herausgeber der *Schmittiana*) zu Recht bemerkt. (in Kopp-Oberstebrink et al. 2012, 196) Dies trifft insbesondere mit Blick auf Kojèves nachdrücklich vertretene Behauptung zu,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder des Sich-selbst-erschaffens«. (Kojève 1975, 219, Hervorh. im Original) Dabei handelt es sich nicht um eine einmalige, sondern um eine fortlaufend stattfindende und in diesem Sinne geschichtliche Tat. Sie ist Setzung, dies allerdings nicht als Position, sondern als Negation. Negiert wird, was bereits vorliegt: das natürlich und menschlich Gegebene. Indem der Mensch das Gegebene negiert, scheidet er sich als etwas Anderes davon ab und erschafft sich gerade durch die Eröffnung dieser Differenz zur Natur »als ein *Werk*«. (ebd., 221, Hervorh. im Original) Da die unterscheidende Tat allerdings nicht abschließend ist, sondern andauert, ist der Mensch weniger das Werk, als das er sich schafft, sondern vielmehr die Tat, durch die er sich schafft. Als Werk darf er nur so aufgefasst werden, dass er weiterhin »nicht gegebenes Sein, sondern vielmehr schöpferische (= das Gegebene negierende) Tat ist«. (ebd.) Schöpfung hat den Charakter von Negativität im Sinne einer Durchbrechung des bereits Gesetzten. Die Gesetze, die der Mensch in seiner negierenden Formierung durchbricht, sind diejenigen der Natur. Der Natur gegenüber verhält sich der Mensch dadurch, dass er sich selbst von ihr (unter)scheidet und somit die Immanenz ihrer Gesetze überschreitet, als Wunder: »Wiewohl er in der Natur lebt, unterliegt er nicht ihren Gesetzen (Wunder!): insoweit er sich ihr entgegenstellt und sie negiert, ist er ihr gegenüber unabhängig, d.h. autonom oder *frei*.«[74] (ebd., 224, Hervorh. im Original) Indem er die Natur durch seine negierende Tat »tatsächlich *transzendiert*« (ebd., 227, Hervorh. im Original), überschreitet er die Schwelle in die geschichtliche Welt. Als Durchbrechung der Natur ist seine Tat Geschichte.

Es bedarf wenig, um die Analogie zu Schmitts Konzept der Rechtswirklichkeit und Rechtsverwirklichung herzustellen: Die souveräne Entscheidungstat ist das geschichtliche Ereignis, das die naturgesetzliche Mechanik suspendiert und die Kruste der statisch-erstarrten Normlandschaft dynamisch durchstößt wie ein erstmalig ausbrechender und aktiv bleibender Vulkan, oder besser: wie der Gott Vulcanus selbst, um in dieses Bild das säkularisiert-personalistische Moment aufzunehmen. Mit dieser souveränen Tat tritt nun aber erst diejenige Seite ins Licht,

> dass das Tun des Einzelnen nur dann allgemeinen Charakter gewinnt, wenn es im Einsatz des Lebens für den Staat kulminiert. Mit Schmitt teilt Kojèves Interpretation von Hegel, dass die Geschichtsfähigkeit des Menschen ihre Voraussetzung in der Eventualität von Feindschaft und Krieg, d.h. in einem gewaltsamen politisierten Tod hat: »Der Mensch ist nur insoweit geschichtlich, als er aktiv am Leben des Staates teilnimmt, und diese Teilnahme gipfelt im freiwilligen Einsatz des Lebens in einem rein politischen Kriege. So ist der Mensch nur insoweit wahrhaft geschichtlich oder menschlich, als er – zumindest potenziell – Krieger ist.« (Kojève 1975, 252) Der Idee des Todes misst Kojève für die Philosophie Hegels eine »überragende Rolle« zu. (ebd., 217 und insges. Kap. V)

74 Zum Wunder vgl. ferner Kojève 1975, 231 und 236f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die die Einheit des Rechts gefährdet, noch nicht hingegen jene, welche sie stiftet. Die Form (Entscheidungs-Akt) erscheint hier im Gegensatz zur Materie (Normen-System), damit aber erst als eines der beiden Elemente, aus denen das Recht sich zusammensetzt, und nicht als die Einheit, die das Zusammengesetzte bindet und ihm, mit Thomas gesprochen, Sein bzw. Leben gibt (*dat esse substantiale*). Kurz: Die Form ist hier noch nicht ›substanziell‹ und nicht lebendig gedacht. Damit entbehrt sie der Einheit und dem Recht überhaupt fehlt das Leben, auf das Schmitt zielt. Das Recht erstarrt so zwar nicht normativ im System, aber es zerbirst eruptiv an einer in ihrem Übermaß schließlich formlos werdenden Form.

Für dieses Problem sieht Kojève bei Hegel eine Lösung. Durch die Negativität der Tat, die der Mensch ist, spaltet er sich zwar als Subjekt von der objektiven Welt der Natur ab und stellt sich ihr entgegen. Doch: »[J]ene selbe Negativität, die als menschliche Existenz im Schoße der Natur Wirklichkeit geworden ist, vereinigt auch von neuem Subjekt und Objekt«. (Kojève 1975, 219) Durch die Entscheidung, dass ein Ausnahmezustand vorliegt, bringt sich der Souverän als das Andere des Systems und damit als eine der zwei Seiten des zusammengesetzten Einzelwesens »Recht« hervor; durch dieselbe Entscheidung, verstanden als substanzielle Form, stiftet er die Einheit von Materie (oder Norm) und Form (oder Entscheidung). Die Entscheidung leistet dies, indem sie im Rahmen des Rechts bleibt wie der Mensch trotz seiner Geschichtlichkeit im Rahmen der Natur. Die substanzielle Form, so auch Tugendhats Interpretation von *Metaphysik* Z 11, 1037a, 29 ist auch als Form zweiter Stufe der Materie nicht äußerlich. Sie ist *eĩdos enón*, die in der Materie, so Tugendhat, »darinnenseiende« Form. (Tugendhat 2003, 83) Möglich ist dies deshalb, weil die Form *in sich selbst* die Spaltung von der Materie vollzieht, diese dadurch transzendiert und gleichwohl in ihr verbleibt. Dieser Gedanke ist nun nicht aristotelisch. Bei Aristoteles führt das Problem, wie Tugendhat feststellt, »in unlösbare Schwierigkeiten« (ebd., 161) und findet aus ihnen nicht mehr heraus. Die Lösung findet sich erst bei Hegel, der in diesem Punkt, solange mit Kojève gelesen, dann tatsächlich zum »Vollender der klassischen, aristotelischen Philosophie« (Fetscher in Kojève 1975, 351) wird. Der Mensch bringt sich selbst als das Andere der Natur hervor, indem er die Natur (als Sünde) in sich selbst negiert. (vgl. Kojève 1975, 224) Dadurch bringt er allerdings nicht nur sich selbst als das von der Natur Verschiedene hervor, sondern zugleich die Natur als das von ihm Verschiedene. Bei Hegel selbst lässt sich dieser Gedanke in der *Enzyklopädie* an jener Stelle nachvollziehen, an der er die Natur als dasjenige bestimmt, was sich der Geist als seine eigene Voraussetzung setzt. (vgl. Hegel 1991, § 381 und 384)

In diesem Sinn lässt sich bei Schmitt die souveräne Entscheidung über den Ausnahmezustand als substanziell verstandene Form des Rechts

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

begreifen: Als die Tat des Souveräns, der sich *in eo actu* nicht nur selbst als das Subjekt der Souveränität hervorbringt, sondern in seiner durchbrechenden Selbst-Unterscheidung vom System der Normen dieses System erst schafft und bestätigt. Indem er sich selbst *und* seinen Gegensatz als ein einheitliches Subjekt erzeugt, ist und schafft er die Form des Rechts im substanziellen Sinne. Indem der Souverän dem Recht die Einheit gibt, garantiert er das Rechts-Leben überhaupt. Für das »Problem der Souveränität als Problem der Rechtsform und der Entscheidung«, wie das zweite Kapitel der *Politischen Theologie* heißt, bietet die richtig, ›im substanziellen Sinn‹ verstandene Rechtsform nach Schmitt die Lösung. Allerdings erscheint gerade die so verstandene Form im Ausnahmezustand nicht. Der Ausnahmezustand zeigt, anders als Schmitt suggeriert, nur eine Form erster Stufe, keine substanzielle Form. Denn insofern im Ausnahmezustand die Normativität ganz zurückgedrängt (»die Norm vernichtet«, PT, 19) wird, ist hier auch die gesuchte Einheit durchbrochen. Nicht der Ausnahmezustand, sondern die Normalität der geltenden Verfassung ist daher für Schmitts ›Problem der Rechtsform‹ – für den Zusammenhang von Leben und Form bzw. von Durchbrechung und Einheit – von Interesse.

Reflexivität als Selbstdurchbrechung: Zur Theorie der Normativität bei Schmitt

Das Problem der Rechtsform bei Schmitt stellt sich an dieser Stelle wie folgt: Verstehen wir die Materie (das Normensystem) in der beschriebenen Weise als das Produkt der Selbstspaltung der Form, so erscheint es zugleich als das von der Form (der Entscheidung) Abgespaltene. Form und Materie, Normensystem und Entscheidung, wären so als einander äußerlich zu denken, entstanden im Akt der Trennung, in dem die Form die Materie veräußert. Die Einheit von Form und Materie wäre dann dadurch gestiftet, dass die Entscheidung das Normensystem als sein Anderes hervorbringt und garantiert. So aber ist es nicht.

Die souveräne Entscheidung bringt *nicht* die Rechtsordnung im Sinne des Normensystems hervor. An dieser Stelle muss noch einmal der Unterschied betont werden, der zwischen der *Form* der Rechtsordnung und der *Materie* oder dem Inhalt der Rechtsordnung besteht. Die Form dieser Ordnung liegt in der Entscheidung: Sie garantiert die Rechtsförmigkeit der Ordnung. Die Materie der Rechtsordnung liegt hingegen in der Vielzahl der Normen, angefangen bei der Verfassung als dem grundlegenden Normensystem. Wenn Schmitt behauptet, dass der Souverän die Rechtsordnung garantiert oder gar schafft, ja dass er der Grund der Ordnung ist, dann ist er nicht der Grund der Ordnung als ganzer, denn er ist nicht der Grund der Materie der Ordnung, des Systems der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Normen. Der Souverän begründet die Rechtsordnung nicht in dem Sinn, dass er ihre Normen etabliert; Normenproduktion – Gesetzgebung – ist bei Schmitt, anders als bei Bodin, nicht die Aufgabe und erst recht nicht das Kennzeichen des Souveräns: Souverän ist nicht, wer die Verfassung einsetzt, sondern wer sie aufhebt. Nicht die Materie der Ordnung, sondern ihre Form bringt der Souverän hervor. Allerdings sind Materie (Normen) und Form (Entscheidung) nicht gleichwertige Bestandteil der Ordnung. Normative Ordnungen gibt es für Schmitt nicht; im Hinblick auf Normativität spricht Schmitt nur von »Ordnungen« in Anführungszeichen. (vgl. BdP, 67) Ordnung ist bei Schmitt mehr etwas Formales denn etwas Inhaltliches. Zwar ist eine Rechtsordnung auch, aber nicht primär eine normative Ordnung. Präziser: Die Rechtsordnung *ist* eine formale, auf Entscheidung beruhende Ordnung, während sie eine normative Ordnung (ein Normensystem, eine Verfassung und die zugehörigen Gesetze) bloß *hat*. Was die Ordnung hat, ist für sie sekundär. Sie kann es aufgeben, ohne dass sie aufhört zu sein, was sie ist. Eben dies wird deutlich, wenn im Ausnahmezustand die Verfassung als das System der Normen suspendiert wird, während die juristische Ordnung, der Staat, bestehen bleibt. (vgl. PT, 18) Aufgrund dieses Primats der Form vor der Materie kann der Souverän nach Schmitt die Ordnung im Wesentlichen hervorbringen, ohne etwas mit ihrem normativen Teil zu schaffen zu haben. Indem der Souverän Rechtsförmigkeit herstellt, garantiert er das für die Ordnung ›Substanzielle‹. Da es auf die Form ankommt, spielt die Materie keine wesentliche Rolle. Dies aber, darauf kommt es hier an, trifft nicht zu.

Zwar mag die programmatisch gehaltene *Politische Theologie* einen solchen Eindruck vermitteln. Er bestätigt sich aber nicht, sobald auch andere von Schmitts Abhandlungen in Betracht kommen. Der Punkt, den ich im Folgenden entwickeln möchte, lautet in Kürze: Die Form ist der Materie nicht äußerlich. Die Einheit von Form und Materie kann nicht so verstanden werden, dass die Form die Materie, um sie zu erhalten, aus sich entlässt. Denn dies hieße, dass die Form (die Entscheidung) die Materie (das Normensystem) *als etwas Anderes* erhält. In dem Moment, in dem die Form die Materie abspaltet, ginge so die Einheit verloren, auch wenn noch eine erhaltende Verbindung besteht. Eine Einheit liegt nur vor, wenn das Bedingungsverhältnis wechselseitig ist: Die Materie setzt nicht nur die Form voraus, sondern die Form setzt ebenso die Materie voraus. Entscheidung und Normensystem sind nicht so verknüpft, dass sie im Akt der Hervorbringung auseinandertreten (und sich fortan äußerlich als ihr je Anderes gegenüberstehen). Die Form spaltet die Materie nicht ab, sondern findet mit ihr zusammen, ohne mit ihr zusammen zu fallen. Die Einheit bleibt eine Einheit von Verschiedenem, von Form *und* Materie, die sich wechselseitig bedingen. Wie dies juristisch zu denken ist, klärt Schmitt in der *Politischen Theologie*, in der er die substanzielle

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Form des Rechts programmatisch ankündigt, wie erwähnt nicht. Hingegen finden sich Hinweise in seinem Hauptwerk, der von verschiedenen politischen Seiten geschätzten, erstmals 1928 erschienenen *Verfassungslehre*.[75] Hier wird deutlich, dass die Durchbrechung nicht als Trennung der Form von der Materie, sondern als *Eingehen* der Form in die Materie zu verstehen ist. Die Durchbrechung ist somit ein Teil der normativen Struktur. Die Form der Entscheidung ist in den Stoff der Normativität ›eingewoben‹. Das heißt auch: Die Form kann ohne diesen Stoff, ohne die Materie des Normensystems, nicht existieren und hat in ihm seine Voraussetzung. Dass die Durchbrechung durch die Form Eingang in die normative Struktur findet, hat zunächst die paradox anmutende Folge, dass sich nicht nur das Recht insgesamt, sondern auch sein normativer Bestandteil – das System der Normen – *nicht* auf ein System von Normen reduzieren lässt. Dies gilt es nun anhand von Schmitts *Verfassungslehre* auseinander zu setzen.

Das System der Normen ist im Wesentlichen die geschriebene Verfassung, die Kodifikation, aus der sich die weitere rechtliche Normierung ableitet. Diese Verfassung nun ist für Schmitt nicht rein normativ. Denn in diese Verfassung fließt die »Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit« (VL, 20) mit ein. Die Entscheidung, in der sich die politische Einheit ihre politische Form gibt – Demokratie, Monarchie, parlamentarisch-monarchische Regierung auf demokratischer Grundlage usf. (vgl. VL, 21–23) –, stellt einen politischen Akt dar. Für die geschriebene Verfassung ist dieser Akt konstitutiv, da er sie grundlegend bestimmt. Das geschieht zumeist in den Präambeln oder in den ersten, die allgemeinen Bestimmungen enthaltenden Artikeln. In den ersten Artikeln der *Weimarer Verfassung*, die Schmitt vorrangig vor Augen hat, bestimmt sich das Deutsche Reich selbst als parlamentarische Demokratie.[76] Bei diesen Artikeln, darauf kommt es an, handelt es sich Schmitt zufolge *nicht* um Normen. Es handelt sich um Bestimmungen *ohne* Gesetzesform. Die Artikel stehen in der Verfassung, ohne Verfassungsgesetze zu sein. Auch als Rahmengesetze oder

75 Habermas nennt die *Verfassungslehre* »brilliant« (Habermas 1987, 108); Taubes berichtet, wie er 1948 in Jerusalem Zeuge davon wurde, dass der damalige Justizminister Pinchas Rosen die *Verfassungslehre* beim Plan heranzog, eine Verfassung Israels zu entwerfen (vgl. Taubes 1987, 66).

76 Konkret handelt es sich um die Bestimmungen, dass die Staatsgewalt vom Volk ausgehe, dass das Deutsche Reich die Gestalt einer Republik mit bundesstaatlicher Struktur habe, dass Gesetzgebung und Regierung in parlamentarisch-repräsentativer Form bestehen und dass das Funktionieren des Staates an den beiden bürgerlich-rechtsstaatlichen Prinzipien der Grundrechte und der Gewaltenteilung seine grundlegende Orientierung nehme. (vgl. VL, 24)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Grundsätze will Schmitt sie nicht ansehen und eben darin liegt für ihn ihre Bedeutung:

> »Sie sind *mehr* als Gesetze und Normierungen, nämlich die konkreten politischen Entscheidungen, welche die politische Daseinsform des deutschen Volkes angeben und die grundlegende Voraussetzung für alle weiteren Normierungen, auch diejenigen der Verfassungsgesetze, bilden. Alles, was es innerhalb des Deutschen Reiches an Gesetzlichkeit und an Normativität gibt, gilt nur auf der Grundlage und nur im Rahmen dieser Entscheidungen. Sie machen die Substanz der Verfassung aus.« (VL, 24, Hervorh. im Original)

Das politische ›Mehr‹ in der normativen Kodifikation, das ihre Normativität durchbricht, ist ihre ›Substanz‹. Sie ist, meine ich, im erläuterten Sinn als ›substanzielle Form‹ zu verstehen. Erst von dieser Substanz her gewinnt das Normensystem seine Einheit und damit seinen systematischen Gehalt.[77] Was ansonsten nur »eine Menge zusammenhangloser, äußerlich gekennzeichneter Gesetze« wäre (VL, 25), bringt die substanzielle Form der Entscheidung in einen Zusammenhang. Gegenüber dieser ›existenziellen‹, über die Existenzform der politischen Einheit bestimmenden Entscheidung sind alle anderen Gesetze, »für welche aus irgendwelchen Gründen die Form des Verfassungsgesetzes gewählt wird«, »relativ« und »sekundär«. (ebd.) Die Kodifikation zerfällt in zwei Arten von Bestimmungen: die »echten Fundamentalbestimmungen« über die politische Form auf der einen Seite, die »verfassungsgesetzlichen Einzelheiten« auf der anderen.[78] (VL, 12) Die beiden Arten von Bestimmungen werden danach unterschieden, ob sie für die politische Einheit eine ›existenziell-seinsmäßige‹ Bedeutung haben. Die Unterscheidung zwischen einem politischen und einem normativen Moment verortet Schmitt hier also innerhalb der normativ verstandenen Verfassung selbst.[79]

77 Die beiden Prinzipien des rechtsstaatlichen Systems – Grundrechte (als »Verteilungsprinzip«) einerseits, Gewaltenteilung (als »organisatorisches Prinzip«) andererseits – stellen Schmitt zufolge die Systematik nicht her; denn sie folgen aus einer Entscheidung für eine »politische Form«, die sie von sich aus nicht zu begründen vermögen. (VL, 200)

78 Bezogen auf das Beispiel der *Weimarer Verfassung* wären die beiden Absätze des Artikel 1 (»Das Deutsche Reich ist eine Republik.« und »Die Staatsgewalt geht vom Volke aus.«) der ersten Seite zuzurechnen, die Artikel 129 Abs. 3 Satz 3 und 144 Abs. 1 Satz 2 hingegen der zweiten (»Dem Beamten ist Einsicht in seine Personalausweise zu gewähren.« und »Die Schulaufsicht wird durch hauptamtlich tätige, fachmännisch vorgebildete Beamte ausgeübt.«). (vgl. VL 12 und 27)

79 Es handelt sich im Grundsatz um dieselbe Differenz, die Schmitt 1914 in *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* zwischen einem

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Damit wird die geschriebene Verfassung nicht äußerlich der politisch-formierenden Entscheidung untergeordnet. Es handelt sich vielmehr um eine Hierarchisierung und Heterogenisierung *innerhalb* der geschriebenen Verfassung, deren »Wesen« oder Substanz gerade »nicht in einem Gesetz oder einer Norm enthalten ist«. (VL, 23) Wenn Schmitt einige Seiten davor schreibt, die Einheit der Verfassungsgesetze liege »außerhalb dieser Normen in einem politischen *Willen*«. (VL, 15, Hervorh. im Original), dann ist dies nicht so zu verstehen, dass der politische Wille (und damit die Garantie der Einheit) außerhalb der geschriebenen Verfassung läge. Vielmehr liegen der politische Wille und die Einheit innerhalb der Verfassung, nämlich in jenen ihrer Bestimmungen, die nicht-normativ sind und keine Gesetzesform haben. Die souveräne Durchbrechung der Norm durch die Form vollzieht sich so als Selbstdurchbrechung innerhalb des Normativen. Wie der Ausnahmezustand die Immanentisierung des Wunders ist, so die Verfassung die Immanenz der Ausnahme.

Neben der *exzeptionellen* Selbstdurchbrechung des Rechts im Ausnahmezustand steht die *normale* Selbstdurchbrechung des Normativen, in der die alltägliche Form der politischen Einheit ihren verfassungsmäßigen Ausdruck hat. ›Leben‹ und ›Substanz‹ hat das Recht nicht nur im Ausnahmezustand, sondern in der Durchbrechung, die das Recht *jederzeit* ist. Die souveräne politische Entscheidung wirkt fortwährend in die Kodifikation hinein. Im Ausnahmezustand, in dem sie von der Person des Souveräns getroffen wird, tritt sie gleichsam aus der Verfassung heraus und wird dadurch sichtbar. Hier, in der Ausnahme, zeigt sich, wie das rechtsstaatliche Recht immer schon funktioniert: nicht nur als ein Mehr von Entscheidung, das sich in der alltäglichen Normanwendung als ein Überschuss der Rechtsverwirklichung gegenüber der Rechtsnorm niederschlägt; sondern als eine auf Dauer gestellte Selbstdurchbrechung seiner verfassungsmäßigen Normativität. Doch im Ausnahmezustand, dies ist der Einwand gegen Schmitts heuristische Emphase der Ausnahme, zeigt sich diese Selbstdurchbrechung gerade nicht in ›Reinform‹, da das normative Element durch das formale ganz beseitigt wird: Die Ordnung die hier nach Schmitt besteht, ist noch eine juristische, aber keine Rechtsordnung mehr. (vgl. PT, 18)

Anders lässt sich dagegen in der *Verfassungslehre* Schmitts Insistenz verstehen, ›Verfassung‹ von ›Verfassungsgesetz‹ zu unterscheiden. Diese Unterscheidung separiert nicht eine normative Kodifikation von einem über die politische Form entscheidenden Akt. Sie trennt vielmehr die innere Normativität des Verfassungssystems auf und flicht in sie ein

abstrakt-normativen und einem staatlich-verwirklichenden Normbestandteil und 1921 in *Die Diktatur* zwischen »Normen des Rechts und Normen der Rechtsverwirklichung« angesetzt hatte. (vgl. Schmitt 2004, 77 und D, XVII)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

politisches Moment ein, das wiederum die Einheit des Systems erst herstellt. Im selben Zug ist durch diese Selbstdurchbrechung des Normativen die homogene Einheit des Rechts als eine sich selbst durchbrechende, heterogene Form *stabilisiert*.

Das Leben (oder die Form) des Rechts ist somit allerdings anders zu denken, als Schmitt meint: nicht bloß als eine Form, die im Ausnahmezustand mit der Norm bricht, sondern als ein normatives System, das im Normalfall mit sich selbst bricht. Es ist zwar richtig, dass Schmitt in der normalen Rechtsanwendung eine Durchbrechung (die ›Transformation‹) der angewandten Norm sieht. (vgl. PT, 36f. und oben, Kapitel 1.1) Doch worum es hier geht, ist nicht die äußere, sondern die innere ›Transformation‹ des Normativen, nämlich die Selbstdurchbrechung des Systems. Sie lässt sich so formulieren: Das Recht *ist* System, insofern es sich durchbricht. Die Form des Rechts ist das sich selbst durchbrechende System.

In der *Verfassungslehre* führt Schmitt den Ausnahmezustand zum ersten Mal dort ein, wo er seinen auf der Unterscheidung von Verfassung und Verfassungsgesetz basierenden, »positiven« Begriff der Verfassung etabliert.[80] Der Ausnahmezustand dient ihm dabei als Beispiel, an dem sich die praktische Bedeutung dieser Unterscheidung zeigt. Im Ausnahmezustand bleibt die Unantastbarkeit der Verfassung gerade dadurch gewährleistet, dass die Verfassungsgesetze angetastet bzw., wie Schmitt schreibt, »durchbrochen« werden:

> »Die *Verfassung ist unantastbar*, die Verfassungs*gesetze* dagegen können während des Ausnahmezustandes suspendiert und durch Maßnahmen des Ausnahmezustandes durchbrochen werden. Nach Art. 48 Abs. 2 RV. ist der Reichspräsident zu solchen Maßnahmen befugt; die in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124, und 153 RV. festgesetzten Grundrechte können zeitweise außer Kraft gesetzt werden. Das alles berührt die grundlegenden politischen Entscheidungen und die Substanz der Verfassung nicht, sondern steht gerade im Dienste der Aufrechterhaltung und der Herstellung dieser Verfassung. Darum wäre es widersinnig, aus der Unantastbarkeit der Verfassung eine Unantastbarkeit jedes einzelnen Verfassungsgesetzes

80 Die Beziehung zwischen Normensystem (Verfassung im relativen Sinne) und politischer Einheit (Verfassung im absoluten Sinne) ist bei Schmitt vermittelt durch einen dritten, den »positiven« Verfassungsbegriff. Seine *Verfassungslehre* versteht Schmitt als die Lehre von der Verfassung im Sinne dieses »positiven« Begriffs. (vgl. VL, 44) Da dieser Begriff das Verhältnis zwischen absoluter und relativer Verfassung bezeichnet, löst er die letzteren beiden Begriffe nicht ab, sondern schließt sie ein (oder hebt sie, im Hegel'schen Sinn, auf). »Verfassung« im positiven Sinne meint die »Gesamtentscheidung über Art und Form der politischen Einheit«. (VL, 20) »Positiv« ist der Begriff damit im doppelten Sinn von (Verfassungs-)Setzung und (Verfassungs-)Gesetz.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> zu machen und in jeder einzelnen verfassungsgesetzlichen Bestimmung ein unübersteigliches Hindernis für den Schutz der Verfassung im ganzen zu sehen. Das hieße im praktischen Ergebnis nichts anderes, als das einzelne Gesetz über das Ganze der politischen Existenzform zu setzen und Sinn und Zweck des Ausnahmezustandes in sein Gegenteil verkehren.« (VL, 26f., Hervorh. im Original)

Das Moment der Durchbrechung ist hier ebenso grundlegend wie das der Erhaltung. Erhalten wird nicht nur »das Ganze der politischen Existenzform«, sondern eben auch die Verfassung als System. Durchbrochen wird, anders als hier explizit wird, *nicht nur* das einzelne Gesetz und auch nicht eine Mehrzahl einzelner Gesetze, sondern eines der »beiden Prinzipien des rechtsstaatlichen Bestandteils jeder modernen Verfassung«, das Prinzip der Grundrechte.[81] (vgl. VL, 126) Die Durchbrechung ist eine politische Handlung, die Normatives durchbricht, während sie Politisches *unberührt lässt* (die grundlegende politische Entscheidung) bzw. *sicherstellt* (die politische Existenzform). Ist die Durchbrechung das Leben des Rechts, so ist es, Schmitt zufolge, ein politisches Leben im Dienst des Politischen: Das Leben des Rechts ist kein verrechtlichtes, sondern ein politisiertes Leben.

Zugleich aber liegt das Leben des Rechts für Schmitt gerade in der Verbindung von Politischem und Systematischem. Diese Verbindung besteht in der Bewegung einer politischen Durchbrechung des Systems im Innern des Systems selbst. Entfällt das System, so mag es mit der politischen Einheit vielleicht weitergehen, mit dem Leben des Rechts aber hat es ein Ende. Als ›Rest‹ kann das Leben nicht zurückbleiben, weil es allein in der politisch-rechtlichen Beziehung besteht, die das normative System garantiert, indem es dieses zugleich durchbricht. Das Denken der Ausnahme und des Rechts überhaupt hat einen Sinn nur dann, wenn das Gesetz, das System der Normen, als eine gegenüber der Entscheidung *eigenständige* Größe Bestand hat: *nómos* (Recht) und *thesmós* (Gesetz) dürfen nicht ineinander fallen.[82] Ohne die Differenz von Norm und Form, ohne die Heterogenität der Durchbrechung, wird die Einheit des Rechts nicht verständlich. Sie erschließt sich allein in der reflexiven Figur der Selbstdurchbrechung. In einem Satz lässt sich dies mit der Stelle bei Gregor von Nazianz (Oratio theol. III, 2) formulieren, die Schmitt in *Politische Theologie II* zitiert: »Das Eine – *to Hen* – ist immer im Aufruhr – *stasiatson* – gegen sich selbst – *pros heauton*.« (PT II, 90, Hervorh. im Original) Dies gilt für das Recht ›immer‹, denn darin besteht nach Schmitt dessen Form. Es gilt besonders im Ausnahmezustand, in der *stasis* selbst.

81 Das andere Prinzip ist die Gewaltenteilung. Beide Prinzipien folgen, so Schmitt, aus der Grundidee der bürgerlichen Freiheit. (vgl. VL, 125)

82 Schmitts Insistenz auf dieser Unterscheidung ist in vielen seiner Schriften thematisch; vgl. u.a. PT II, 87; ÜdA, 13–15; LuL, 15 und besonders deutlich Schmitt 1958b, 242.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Im Ausnahmezustand wird das Gesetz *(thesmós)* suspendiert, während das Recht *(nómos)* bestehen bleibt. Denjenigen Aspekt der Souveränität, der sich gesetzlich nicht regeln lässt, nennt Schmitt in *Die Diktatur* »Substanz« der Souveränität (D, 191) bzw. »Substanz der staatlichen Allmacht, die auf Grund einer bestimmten Sachlage […] das System der [geregelten, J.H.] Kompetenzen durchbricht.« (D, 190)

Diese Substanz kann nur bestehen, wenn es das System gibt, in das sie einbricht; *nómos* kann es nur im Unterschied zu *thesmós* geben. Fällt dieser Unterschied zwischen Recht und Gesetz, so könnten auch Souveränität und Ausnahmezustand nicht länger im Recht verortet werden. In seinem Aufsatz über *Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit* von 1931 hält Schmitt an der Bedeutung dieser Unterscheidung fest. (vgl. Schmitt 1958b, Teil III) In *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* von 1934 verliert das Normativ-Gesetzliche Moment *(thesmós)* hingegen jede eigenständige Bedeutung. Im selben Schritt, in dem Schmitt eine nationalsozialistische Rechtsauffassung vertritt, nach der das Recht im Zusammenhang von völkischer Ordnung und rechtsgestaltendem Führer aufgeht, ist auch der grundlegende theoretische Anspruch aufgegeben, einen Begriff des Rechts zu finden, der ein normatives und ein politisches Moment verbindet. Die Insistenz auf Heterogenität, die Schmitts Rechtsdenken ausgezeichnet hatte, ist nationalsozialistischer Einförmigkeit gewichen. Der Ausnahmezustand, an dem Schmitt diese Heterogenität aufzuzeigen suchte, ist in der Schrift von 1934 deshalb nicht mehr von Interesse, denn Heterogenität des Rechts und Ausnahmezustand gehören bei Schmitt zusammen.

Ganz anders verhält sich dies in der Theorie des Ausnahmezustands, die Giorgio Agamben vorgelegt hat. Zwar steht auch bei Agamben der Ausnahmezustand in Verbindung mit einer Theorie der juridischen Form. Doch die Heterogenität von Recht und Gesetz, auf die es bei Schmitt ankommt, ist bei Agamben kein Gegenstand dieser Theorie. Im Gegenteil ist für Agamben der Ausnahmezustand jenes Phänomen, in dem Recht und Gesetz vollständig zur Deckung kommen, in dem das Recht ganz im Gesetz aufgeht. Dazu kommt es, indem Agamben eine Tendenz von Schmitt aufnimmt, sie radikalisiert und in dieser Radikalisierung gegen Schmitt verkehrt. Diese Tendenz Schmitts ist die in diesem Kapitel beschriebene Einbindung des zentralen Merkmals des Ausnahmezustands, des Moments der Durchbrechung, in das normale Funktionieren der rechtlichen Normativität. Agamben radikalisiert dieses Motiv, indem er den Ausnahmezustand selbst mit der rechtlichen *Normalität* gleichsetzt. Und er verkehrt es gegen Schmitt, indem er diese Normalität – die Logik des Ausnahmezustands – als das Wesen der rechtlichen *Normativität*, als das Gesetz selbst, bestimmt. Bei Agamben zeigt der Ausnahmezustand nicht, dass das Recht seiner Form nach mehr ist als das

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesetz, sondern der Ausnahmezustand wird zur Form des Gesetzes. Die mit dieser Form verbundenen Konzepte von Subjekt und Leben weichen von jenen bei Schmitt deutlich ab. Vor allem aber ist bei Agamben das der Normativität entgegengesetzte (und zugleich in sie eingeflochtene) Moment des Handelns ganz zurückgenommen. Diese Entmächtigung und Entrechtung, die der Ausnahmezustand bedeutet, steht bei ihm in einem Zusammenhang mit der modernen Idee der Menschenrechte. Auf den Zusammenhang von juristischer Form, Ausnahmezustand und Menschenrechten richtet sich die nachfolgende Auseinandersetzung.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2. Ausnahmezustand und »Gesetzesform« bei Giorgio Agamben

2.1 Jenseits der Souveränität: Ausnahmezustand als Struktur

> »Sie könnens so ausdrücken: Wo nichts am rechten Platz liegt, da ist Unordnung. Wo am rechten Platz nichts liegt, ist Ordnung.«
> *Kalle zu Ziffel in Brechts* Flüchtlingsgesprächen. *(Brecht 1967b, 1390)*

Im Mittelpunkt von Giorgio Agambens Homo-sacer-Projekt steht die Thematik der Ausnahme. Das Gesamtprojekt besteht aus vier Teilen, von denen der zweite und der vierte mehrere Bände umfassen. Am Anfang steht das erstmals 1995 erschienene Buch *Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*. Den Abschluss des letzten Teils bildet das 2014 veröffentlichte Buch *Der Gebrauch der Körper*.[1] In Teil I des Projekts, dem Buch *Homo sacer*, exponiert Agamben die Grundzüge der Souveränität in Geschichte und Gegenwart. In Teil II, als dessen Hauptbestandteile die Bücher *Ausnahmezustand* (2003) und *Herrschaft und Herrlichkeit* (2007) gelten können, analysiert er das Phänomen der Souveränität unter dem Gesichtspunkt seiner Struktur. In Teil III, *Was von Auschwitz bleibt* (1998), untersucht er das Lager als denjenigen Ort, an dem das spezifische Faktum der Politik der Moderne paradigmatisch hervortritt: Es besteht Agamben zufolge darin, dass der Ausnahmezustand zur Regel geworden ist. Für ihn bedeutet dies, dass die souveräne Struktur und damit das Politische überhaupt zu ihrer äußersten Konsequenz und damit an die Grenzen ihres Funktionierens gelangt sind. In Teil IV, *Höchste Armut* und *Der Gebrauch der Körper,* arbeitet Agamben sein Modell einer politischen Alternative heraus: ein Leben, das von seiner politischen Form nicht getrennt werden

1 Die dazwischen liegenden Bände erschienen nicht in chronologischer Reihenfolge. 2015 erschien zudem auf Italienisch und Englisch unter dem Titel *Stasis. Civil War as a Political Paradigm* ein kürzeres Buch, das zwei im Jahr 2001 gehaltene Seminare enthält und als Teil II.2 veröffentlicht wurde. Ebenfalls als II.2 war zuvor schon *Herrschaft und Herrlichkeit* (2007) erschienen, so dass für den zweiten Teil die Zählung unklar bleibt.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

kann. Ein solches Leben fasst er unter den Begriff der Lebens-Form.[2] Zu diesem Begriff gehört, dass die Politik jenseits jeder Beziehung zu denken ist; denn die Kategorie der Beziehung ist, so Agamben, mit der Struktur der Ausnahme untrennbar verbunden. Nur die Preisgabe dieser Kategorie kann daher die Untrennbarkeit von Leben und Form, die Agamben anstrebt, im Politischen garantieren.[3]

Bevor ich in eine eingehendere Rekonstruktion und Deutung von Agambens Theorie der Ausnahme einsteige, möchte ich einige einleitende Bemerkungen voranstellen, die den Rahmen seines Projekts abstecken und zugleich die Bedeutung kennzeichnen, die dem Nachdenken über Souveränität und Ausnahmezustand darin zukommt. Dieses Nachdenken erhält Kontur, wenn es mit Schmitts Überlegungen kontrastiert wird. Dies soll daher schon in diesen einleitenden Absätzen erfolgen.

Entscheidendes und entrechtetes Subjekt: Von Schmitt zu Agamben

Das Projekt Agambens zielt auf eine grundlegende Kritik der westlichen Politik. Diese Kritik ist grundlegend, weil sie sich auf die Grundlage westlicher Politik richtet, und sie ist grundlegend, weil sie diese Politik im Ganzen verwirft. Die beiden Aspekte hängen zusammen: Die westliche Politik ist als Ganze zu verwerfen, weil sie von Grund auf verwerflich ist. Sie beruht, so Agamben, auf der Herstellung eines Lebens, das seiner politischen Form beraubt ist: Die »*ursprüngliche Leistung der souveränen Macht*« (HS, 16, Hervorh. im Original) besteht darin, ein nacktes, folgenlos tötbares Leben zu produzieren. *Ursprünglich* ist diese Leistung, weil sich die souveräne Macht durch sie selbst hervorbringt. Insofern ist das nackte Leben ein notwendiges Seitenprodukt in der Selbstproduktion von Souveränität. Da die souveräne Macht auf dieser Produktionsleistung gründet, ist das tötbare Leben beides: »Fundament der Souveränität« (HS, 140) und zugleich ihr Erzeugnis. Ein folgenlos tötbares Leben ist ein absolut entrechtetes Leben. Darin besteht der Zusammenhang zum juristischen Ausnahmezustand. Er trennt die

2 Über Agambens verschiedene Hinweise zu einer »neuen Politik« (HS, 196) und über unterschiedliche Deutungen des damit verbundenen Begriffs der Lebens-Form vgl. Geulen 2009, 115–124.

3 Im Zusammenhang meiner Überlegungen, in denen die Struktur der Souveränität und ihre Verbindung mit dem Ausnahmezustand im Fokus stehen, sind von den früheren Werken des Projekts *Homo sacer* und *Ausnahmezustand*, von den jüngst veröffentlichten vor allem *Stasis* von Bedeutung. Mit dem Homo-sacer-Projekt sind allerdings auch Bücher und Aufsätze eng verknüpft, die nicht als Bestandteile gekennzeichnet sind. Wo diese für meine Fragestellung relevant sind, werde ich sie heranziehen, was im vorliegenden Kapitel vor allem *Signatura rerum. Zur Methode* (2008) betrifft.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Menschen von ihren Rechten und damit von ihrer politischen Form. Auf dieser entrechtenden Ausnahme beruht Agamben zufolge die westliche Politik seit ihren Anfängen bei den Griechen. Agambens Kritik westlicher Politik ist allerdings vor allem eine Kritik der westlichen Moderne, die bei ihm nicht wie bei Schmitt mit den Religionskriegen des 16. Jahrhunderts, sondern mit der Französischen Revolution am Ende des 18. Jahrhunderts beginnt. Die These, die Agamben belegen will, lautet: In der Moderne bildet das seiner Form beraubte, nackte Leben nicht nur die marginalisierte Voraussetzung, die den politischen Bereich eröffnet (nicht nur ein Nebenprodukt der Souveränität), sondern es füllt diesen Bereich vollständig aus. Der Bereich der Politik ist dabei wie bei Schmitt mit der Sphäre der Souveränität identisch. Die politische Aufgabe sieht Agamben deshalb darin, die Politik aus dem Rahmen der Souveränität, in den sie gebannt ist, herauszuführen. Das Ende der westlichen Politik ist zugleich das Ende der Souveränität.

Den Zusammenhang von Souveränität und Ausnahmezustand versteht Agamben anders als Schmitt. In meiner Auseinandersetzung mit Schmitt habe ich gezeigt, dass bei ihm die Durchbrechung des Normensystems, die ihm als Kennzeichen des Ausnahmezustands und damit der Souveränität gilt, die rechtsstaatliche Normalität, das heißt die verfassungsmäßige Normativität, viel tiefer durchdringt, als auf den ersten Blick ersichtlich ist. Die Durchbrechung des Normensystems gehört zu dessen Struktur. In der Tendenz bedeutet dies eine Ablösung der Souveränität von der personalen Entscheidung. Es ist dieser Punkt, an dem sich Schmitts Theorie der Souveränität selbst unterläuft, indem die grundlegende Entscheidung nicht im transzendierenden personalen Akt, sondern in der Verfassung selbst verortet wird. Ich entwickle in meiner Auseinandersetzung mit Agamben die These, dass es eben dieser Übergang von einem personalen zu einem strukturellen Denken der Souveränität ist, den Agamben in äußerster Weise radikalisiert. Dies hat zur Folge, dass das Verhältnis von Ausnahmezustand und Souveränität eine völlig andere Form als bei Schmitt annimmt. Für Schmitt zeigt sich in der souveränen Entscheidung über den Ausnahmezustand, dass das juristisch maßgebende Moment in dem liegt, was die Norm überschreitet und zugleich ermöglicht. Dieses der Norm gegenüber Transzendente nennt Schmitt Souveränität. Der Ausnahmezustand ist für ihn gleichsam der ›Beweis‹, dass die personale Entscheidung und damit Souveränität im Recht konstitutive Bedeutung haben.

Insofern nun Agamben die Souveränität gerade nicht von der Entscheidung her, sondern strukturell versteht, wäre zu erwarten, dass der Ausnahmezustand bei ihm eine untergeordnete oder gar keine Rolle spielt. Allerdings ist seine Theorie, mehr noch als eine Theorie der Souveränität, eine Theorie der Ausnahme. Die heuristische Funktion des Ausnahmezustands muss dann eine andere sein: Der Ausnahmezustand

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

macht hier nicht die souveräne Person sichtbar. Denn der Ausnahmezustand ist nicht das Produkt einer personalen Entscheidung, sondern die Produktion entpersonalisierten Lebens. In zwei Hinsichten besteht im Ausnahmezustand Subjektlosigkeit: erstens weil er nicht durch ein Subjekt bewirkt (erklärt) ist, zweitens weil er eine ent-subjektivierende Wirkung hat. Dadurch wird die von Schmitt aufgeworfene »Frage nach dem Subjekt der Souveränität« als »Frage nach der Souveränität überhaupt« (PT, 14) nicht obsolet. Vielmehr ist Agambens Theorie des Ausnahmezustands eine Theorie der Subjektivierung. Das in Frage stehende Subjekt ist dabei nicht der über dem Gesetz stehende Souverän, sondern das dem Gesetz unterworfene Leben. Ins Zentrum stellt Agamben den politischen Prozess, in dem die Individuen vom Politischen getrennt und dadurch zu entsubjektivierten Subjekten werden. Seine Kritik der Moderne formuliert er als Kritik dieser modernen Subjektivierung.

In der Frage der Subjektivierung liegt die Verbindung zu Agambens Kritik der Menschenrechte: Was die Menschenrechte Agamben zufolge »schützen«, ist die entleerte Subjektivität, das nackte Leben, das im Ausnahmezustand produziert wird. Ausnahmezustand und Menschenrechte schließen sich so verstanden nicht gegenseitig aus, sondern stehen in einem Verhältnis der Komplizenschaft. Dieser Blick auf die Menschenrechte, die sich ihrem Selbstverständnis nach gegen Entrechtung richten, ist düster. Die Moderne erscheint als Verhängnis, das durch die Respektierung der Menschenrechte nicht abgewehrt, sondern vertieft wird.

In Agambens negativistischer Kritik gibt es allerdings zumindest eine positive Spur: Dem Politischen ist es nicht gelungen und kann es nie gelingen, ein nacktes, völlig entsubjektiviertes Leben ›wirklich‹ hervorzubringen; immer bleibt ein Rest bestehen, der sich der Entsubjektivierung entzieht. Diese These entwickelt Agamben insbesondere in seiner Auseinandersetzung mit den Lagern des Nationalsozialismus in seinem Buch *Was von Auschwitz bleibt*. Was bleibt, ist dieser nicht auszulöschende Rest an Subjekt, der sich vor allen Dingen in der Sprache manifestiert. Der Sprache eignet, wie bei Arendt, ein politischer Gehalt. Dass ein nacktes, politisch gehaltloses Leben produziert werden kann, erweist sich demnach trotz aller in den Lagern durchgeführter Versuche als Fiktion. Die Freilegung des fiktionalen Gehalts moderner Politik soll den Ausblick auf die Möglichkeit einer anderen Politik eröffnen.

Damit verbindet sich die theoretische Arbeit gegen eine zweite Fiktion: die Fiktion, dass zwischen dem Recht und dem Ausnahmezustand eine substanzielle Relation besteht. Die These, dass diese Relation im juristischen Sinn substanziell ist, steht im Kern von Schmitts Theorie des Rechts, gegen die Agamben sich folglich richtet. Nach Schmitt kann der Ausnahmezustand zum Recht gehören, weil das Recht mehr ist als nur Gesetze. Für Schmitt hat der Ausnahmezustand eine heuristische

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Bedeutung, weil in ihm die Differenz zwischen Recht und Gesetz zur Geltung kommt. In Agambens Theorie des Ausnahmezustands wird gerade diese Differenz kassiert. Entfernt davon, das Andere des Gesetzes zu sein, ist die Struktur des Ausnahmezustands bei ihm vielmehr identisch mit der Struktur bzw. ›Form‹ des Gesetzes (*forma di legge*). Dass der Ausnahmezustand, wie Agamben behauptet, in der Moderne die Regel wird, ist vor diesem Hintergrund als vollständige Realisierung der Struktur des Gesetzes zu deuten: Der Ausnahmezustand ist die Form, die das Gesetz in der Moderne annimmt. Er ist in diesem wörtlichen Sinn von »Gesetz« der Nomos der Moderne. Denn dieses Gesetz, die Struktur des Ausnahmezustands, hat sich nach Agamben in die Subjekte eingeschrieben, sie vom Politischen getrennt und zu nacktem Leben gemacht. Das Gesetz ist im nackten Leben verkörpert und ebenso wie dieses eine Fiktion. Als das Gesetz der Moderne ist der Ausnahmezustand, anders als bei Schmitt, juristisch nicht ›substanziell‹, denn er steht in keiner substanziellen Verbindung zum Recht. Die Fiktion zu analysieren und ihre realen Konsequenzen zu unterbrechen, bildet für Agamben in einer solchen Moderne die zentrale philosophische und politische Aufgabe.

Der Fokus meiner Auseinandersetzung mit Agamben liegt auf der spezifischen Verschiebung, die seine Theorie des Ausnahmezustands gegenüber Schmitts Theorie des Rechts vornimmt. Zu dieser Verschiebung gehört erstens die Gleichsetzung von Recht und Gesetz. Darin liegt ein in eigentümlicher Weise »positivistischer« Zug dieser Verschiebung. Zu ihr gehört zweitens die Gleichsetzung des Gesetzes mit der faktischen Normalität. Darin ist diese Verschiebung nicht- oder sogar anti-positivistisch. Denn eine rechtspositivistische Beschränkung des Rechts auf Normen, wie sie etwa Kelsen vertrat, richtet sich gerade auf die scharfe Trennung des Rechts und damit der Normen vom Bereich der sozialen Wirklichkeit. In seiner Beschreibung der Moderne setzt Agamben also das Recht mit dem Gesetz und das Gesetz mit der Normalität gleich. Die politische Situation der Moderne, in der das Gesetz mit der faktischen Normalität identisch wird, ist der auf Dauer gestellte Ausnahmezustand. Mit Schmitts in den 1920er Jahren entwickelten Begriffen der Souveränität, des Ausnahmezustands und des Rechts ist diese Identifikation unvereinbar. Agambens zweifache Verschiebung gegenüber Schmitt lässt sich knapp so formulieren: Ging es Schmitt um eine Theorie der Rechtsform, entwickelt Agamben eine Theorie der Gesetzesform.

Der Wechsel von der Rechtsform zur Gesetzesform impliziert ein anderes Funktionieren des Ausnahmezustands, das heißt einen anderen Modus der Suspension. Bei Agamben entfällt die Rolle des Souveräns und die Suspension der gesetzlichen Ordnung erfolgt im Gesetz selbst: In der Suspension des Gesetzes besteht die reine Form des Gesetzes. (vgl. HS, 60–73) Der Modus der Suspension liegt so nicht in der Durchbrechung des gesetzlichen Funktionierens, sondern in der Funktionsweise

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Gesetzes selbst. Dieses Gesetz schreibt sich nicht ins System der Normen, sondern ins Leben der Individuen ein. Auch Agamben arbeitet mit einer girlandenartig ausladenden Kette von Gleichsetzungen. Diese weist aber in eine Schmitt entgegengesetzte Richtung. War es bei Schmitt die Kette ›Souveränität – substanzielle Form des Rechts – Subjekt – Tat‹ so ist es bei Agamben jene von ›Souveränität – Gesetzesform – Entsubjektivierung – Passivität‹.

In diesem Wechsel vom Vorrecht des Souveräns zum entrechteten Leben manifestiert sich die Verschiebung von Agamben gegenüber Schmitt, die Verlagerung des Souveränitätsproblems von der Rechtsform zur Gesetzesform, am augenfälligsten. Deutlich wird dies an der Benennung zweier Buchkapitel, die in der Souveränitätstheorie von Schmitt und Agamben jeweils zentrale Bedeutung haben. Auf den Titel des zweiten Kapitels der *Politischen Theologie* habe ich im Zusammenhang mit dem Begriff der Form bei Schmitt bereits hingewiesen: Er lautet *Das Problem der Souveränität als Problem der Rechtsform und der Entscheidung*. Diesem Titel (und dem damit bezeichneten Kapitel) steht bei Agamben das vierte Kapitel des *Homo sacer* gegenüber: Es lautet schlicht *Forma di legge*. (Agamben 2005, 57) Was übersetzt »Gesetzesform« heißen müsste, ist in der deutschen Ausgabe allerdings mit »Rechtsform« (HS, 60) wiedergegeben, so dass die entscheidende Differenz zu Schmitt gerade nicht kenntlich wird.[4] In diesem Kapitel zur Gesetzesform beschreibt Agamben das im Ausnahmezustand hervortretende Phänomen der Souveränität als eine Beziehung zwischen Gesetz und Leben.

Auch Schmitts Theorie der Souveränität bringt, wie ich im letzten Kapitel argumentiert habe, Gesetz und Leben in einen Zusammenhang: In der Durchbrechung des Systems der Gesetze liegt für Schmitt das Leben (i.S. der substanziellen Form) des Rechts. Das Leben, auf das Agamben fokussiert, ist dagegen nicht das, was das Gesetz verletzt, sondern das von ihm Verletzte. Es geht nicht um das Leben des Rechts, sondern um das straflos tötbare menschliche Leben. Die sich im Ausnahmezustand paradigmatisch aktualisierende Souveränität liegt bei Schmitt im Leben, das über das Gesetz triumphiert (in der Rechtsform), bei Agamben im Leben, das dem Gesetz vollständig preisgegeben und von ihm eingenommen ist (in der Gesetzesform). Bei Schmitt ist das Leben die Überschreitung des Gesetzes, bei Agamben ist das Gesetz die Zertretung des Lebens. Vom Gesetz ist das Leben hier aufgrund der Totalität der Unterwerfung

4 Der Übergang vom Recht zum Gesetz zeigt sich im italienischen Original am Übergang vom dritten Kapitel – *Potenza e diritto* (Agamben 2005, 46), *Potenz und Recht* (HS, 50) – zum vierten Kapitel – *Forma di legge, Gesetzesform*. In der deutschen Übersetzung steht dann innerhalb des Textes des vierten Kapitels für *forma di legge* (etwa Agamben 2005, 60 und 64) jeweils korrekt »Gesetzesform« (HS, 63 und 65).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht mehr verschieden, sondern es geht vielmehr ganz im Gesetz auf. Bedeutet ›Leben‹ für Schmitt dasjenige, was im Recht das Gesetz transzendiert, so verkörpert es für Agamben die absolute Immanenz des Gesetzes, auf das sich die menschliche Subjektivität zusammenschnurrt. Ein solcherart desubjektiviertes Leben weist mit dem subjektivierenden Leben bei Schmitt jenseits des greifbaren Gegensatzes eine wichtige Übereinstimmung auf. Bei beiden bezeichnet ›Leben‹ eine politische Durchdringung des Rechts, in der Souveränität besteht.

Agamben sieht in dem seiner Rechte beraubten Leben nicht nur den Anfang des dadurch von Beginn an disqualifizierten Rechts, sondern auch den Beginn des Politischen: Das »erste Fundament der politischen Macht [ist] ein absolut tötbares Leben«. (HS, 98) Dieser von Agamben postulierte Beginn des Politischen bildet den Einsatzpunkt für meine nun folgende Rekonstruktion seiner Theorie der Ausnahme.

Naturalisierung und Politisierung: Die Tötbarmachung des Lebens

Das »*dem Tod ausgesetzte Leben* (*das nackte oder heilige Leben*)«, schreibt Agamben, »*ist das ursprüngliche politische Element*«.[5] (HS, 98, Hervorh. im Original; »l'elemento politico originario«, Agamben 2005, 98) Es ist die Bedingung dafür, dass das Politische überhaupt anfängt. Agamben bezeichnet dieses Leben durch eine Figur des römischen Rechts, den *homo sacer*. Dieser zeichnet sich dadurch aus, dass er »*getötet werden kann, aber nicht geopfert werden darf*« (HS, 18, Hervorh. im Original) und dadurch keiner menschlichen Ordnung mehr zugehört. Den *homo sacer* als Verkörperung nackten Lebens analysiert der zweite, mittlere Teil des gleichnamigen Buches *Homo sacer*. In diesem Mittelteil des Buches will Agamben klären, wie sich das von der Ordnung ausgestoßene und, als das Fundament dieser Ordnung, zugleich in sie eingeschlossene Leben begrifflich bestimmen lässt. Der davor stehende erste Teil des Buches befasst sich mit der Logik der Souveränität und der abschließende dritte Teil beschreibt das Lager als das biopolitische Paradigma der Moderne. Erläutert der erste Teil die

5 Es wurde mit Recht herausgestellt, dass Agambens Begriff des »nackten« Lebens (*nuda vita*) auf Benjamins Begriff des »bloßen« Lebens referiert (vgl. Benjamin 1977, 201); vgl. die Übersetzungsanmerkung von Hubert Thüring in HS, 199 sowie Lemke 2008, 90, Fn. 1 und Loick 2012, 217, Fn. 213. Der Kern der Parallele scheint mir nun allerdings nicht in der offenkundigen semantischen Nähe von ›Bloßheit‹ (Benjamin) und ›Nacktheit‹ (Agamben) zu liegen, sondern darin, dass Agamben das nackte Leben – wie Benjamin das bloße Leben – konstitutiv mit dem Konzept der »Heiligkeit des Lebens« verbindet. Zu Agambens Bestimmung des nackten als heiligem Leben vgl. weiter unten in diesem Kapitel.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Struktur der Souveränität als Struktur des Ausnahmezustands, thematisiert der dritte Teil das Lager als denjenigen Topos, in dem sich der Ausnahmezustand permanent materialisiert. Im Zentrum des Ausnahmezustands, und deshalb im Zentrum des Buches (im zweiten Teil), steht das nackte Leben als das ursprüngliche Element des Politischen. Die Theorie der Ausnahme tritt bei Agamben mit demselben Anspruch auf wie bei Schmitt: Sie ist zugleich eine Theorie des Politischen *und* des Rechts, denn beide diese Begriffe sind von der Ausnahme her zu verstehen. Bei Schmitt kommt es allerdings darauf an, dass die Ausnahme ein extremer Fall ist; nach Agamben hingegen ist sie die Normalität. Während Schmitts Theorie der Ausnahme auf einen affirmativen Begriff des Politischen führt, ist Agambens so entwickelter Begriff des Politischen negativ. Darauf verweist schon das Konzept des nackten Lebens, um das sein Ansatz zentriert ist. Um diesen Ansatz zu erschließen, muss klar sein, wie das nackte Leben zu verstehen ist: Es muss deutlich werden, wie die Tötbarkeit gedacht ist, in der die Nacktheit des Lebens besteht. Die Beschaffenheit der Tötbarkeit lässt sich am besten in einem Vergleich mit Hobbes und Schmitt erläutern. Denn auch bei diesen beiden Autoren steht die Tatsache der Tötbarkeit am Anfang oder an der Schwelle des Politischen: vor dieser Schwelle bei Hobbes, hinter dieser Schwelle bei Schmitt.

Hobbes setzt beim gewaltsamen Tod an, der im vor- oder außer-politischen Zustand allen von allen droht und sie zur Gründung des Staates motiviert. Bei Schmitt dagegen hat der Tod, dessen Möglichkeit das Politische konstituiert, von Anfang an eine politische Bedeutung: Es handelt sich um den Tod durch den ›Feind‹ als den Angehörigen einer verfeindeten politischen Einheit. Mit der Möglichkeit dieses politischen Todes steht und fällt die Möglichkeit des Politischen. Denn die »spezifisch *politische* Spannung« (BdP, 33, Hervorh. im Original), welche die politische Einheit zusammenhält, speist sich nach Schmitt allein daraus, dass dieser Tod möglich ist. Dass dieser Tod politisch ist, heißt hier auch, dass es ein Tod *für* das Politische ist. Der Zweck des Politischen liegt anders als bei Hobbes nicht darin, den Tod der Einzelnen zu verhindern. Der Staat ist nicht das Mittel zum Zweck der Einzelnen, sondern die Einzelnen werden zu einem Mittel des Staates. Insofern sie ein solches Mittel sind, liegt ihr ›Zweck‹ darin, die Vernichtung der eigenen politischen Einheit abzuwehren.

Eben dieser Aspekt, dass der Staat ein tötbares Leben nicht schützt, sondern hervorbringt, wird von Agamben radikalisiert. Der Tod droht hier nicht durch einen äußeren Feind, sondern durch die souveräne Macht selbst, die sich durch die Produktion von Tötbarkeit konstituiert. Damit wird der Tod der Individuen, anders als in Schmitts Theorem des Politischen, nicht nur in Kauf genommen; an einem dem Tod ausgelieferten Leben hat die souveräne Macht vielmehr ein substanzielles Interesse.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Darin allein liegt allerdings noch nicht der neue und merkwürdige Zug, den Agamben der Tötbarkeit zuschreibt. Denn dass sich Souveränität auf tötbares Leben stützt und durch dieses Leben möglich wird, stellt eine vertraute und historisch leicht zu plausibilisierende Einsicht dar. Nehmen wir ein Beispiel aus dem antiken Rom. Als Caesar 49 v. Chr. den Rubikon, der als Grenzfluss seine Provinz Gallia Cisalpina von Italien trennte, in Richtung Rom überschritt, war diese Überschreitung nicht deshalb in einem modernen Sinn *souverän*, weil sie gesetzte Grenzen durchbrach, sondern weil sie mit den ihm ergebenen Truppen erfolgte. Das Leben der Soldaten, die Caesar zur Unterwerfung Galliens eingesetzt hatte, bildete das Fundament seiner souveränen Macht. Allerdings in einem ganz anderen Sinn als in Agambens Theorie der Souveränität. Caesars Soldaten dienen *mittelbar* der Herstellung von Souveränität: Der Einsatz ihres Lebens ist das Mittel zur Eroberung Galliens und zum Sieg über den Rivalen Pompeius. Dies stellt die Grundlage dar für eine unbedingte Vormacht- und Vorrechtsstellung: für die Ernennung zum *dictator perpetuus*, zum Diktator auf Lebenszeit. Im Fall Caesars – oder vorsichtiger gesagt: in dieser Lesart des Falles – bildet das Leben der Soldaten das Material der Souveränität, das Caesar braucht, um in Rom Souverän zu werden. Das Leben der Soldaten aufs Spiel zu setzen, bildet das Mittel *zu* diesem Zweck und ist *von* diesem Zweck dadurch geschieden. In der Theorie Agambens stellt das Leben in einer anderen Weise das Fundament der Souveränität dar. Es kommt nicht als Mittel zum Zweck zum Einsatz, sondern stellt *unmittelbar* souveräne Macht her.

Diese Unmittelbarkeit ist im selben Sinn zu verstehen, in dem Benjamin sie der rechtsetzenden Gewalt zuschreibt. Alle rechtsetzende Gewalt – eigentlich das Mittel zum Zweck der Etablierung eines Rechtszustands – emanzipiert sich von diesem Zweck und verliert mit der Zweckgebundenheit ihren Charakter als Mittel: Sie bezweckt nicht mittelbar einen Zustand des Rechts, sondern will vielmehr *unmittelbar* sich selbst, ihre eigene Macht. (vgl. Benjamin 1977, 197f.) Ebenso ist bei Agamben das nackte Leben kein Mittel, das zur Förderung der souveränen Macht eingesetzt wird – etwa durch den Einsatz im Krieg oder in der ökonomischen Produktion. Es befördert die souveräne Macht *unmittelbar* dadurch, dass es als das hervorgebracht wird, was es ist: als nacktes Leben. Selbst wenn das Leben als Mittel gebraucht wird, sei es im Krieg oder zur Arbeit im Lager, liegt der Sinn gleichwohl nicht in diesem Einsatz als Mittel. Souveränität wird nicht dadurch hergestellt, dass Leben *eingesetzt* und als Einsatz aufs Spiel gesetzt wird, sondern dadurch, dass es als tötbares hergestellt wird. Das Leben ist nicht Rohstoff, sondern Produkt der Souveränität, die sich durch diese Produktion selbst hervorbringt. Insofern ist das nackte Leben »von der Warte der Souveränität aus gesehen das ursprüngliche politische Element«. (HS, 100) *Nur* von der Warte der Souveränität aus gesehen, ist das nackte, tötbare Leben ›ursprünglich‹;

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Tötbarkeit der Individuen bildet die Voraussetzung der Souveränität und steht somit am Ursprung des Politischen. *An sich* ist das nackte Leben keineswegs ursprünglich. Die Nacktheit ist nicht jene anfängliche, in der die Menschen geboren werden. Sie ist nicht unbeschriebenes Leben, sondern dem Leben eingeschrieben; nicht natürliche Blöße, sondern politische Bloßstellung.

Die Einschreibung der Nacktheit ins Leben gleicht einer *damnatio memoriae*: Ein römischer Kaiser wurde dadurch aus dem öffentlichen Gedächtnis getilgt, dass sein Name in Inschriften ausgemeißelt – und als solcher eingeschrieben wurde. Die Einschreibung der Nacktheit ins Leben erfolgt als solche *Entschriftung*. Gelöscht wird dabei der dem Leben zukommende politische Gehalt und das Leben so von allen Rechten getrennt. Wie die Hervorbringung nackten Lebens ist auch die *damnatio memoriae* keine Rückkehr zur Unbeschriebenheit, keine *annihilatio* im Sinn der Überführung in ein anfängliches Nichts: Die Spuren der Tilgung bleiben sichtbar und das Vergessen wird als solches erinnert. Die *damnatio* hat den Charakter eines Fluches, der die Existenz nicht auslöscht, sondern ihr anhaftet. Ebenso wird das nackte Leben gerade in seiner Vernichtbarkeit erhalten; es ist tötbar gemachtes, nicht einfach getötetes Leben. Dem erinnerten Vergessen der *damnatio memoriae* korrespondiert die am Leben gehaltene Tötbarkeit des *homo sacer*.

Auch diese römische Figur des *homo sacer*, die Agamben als Verkörperung des nackten Lebens gilt, ist Folge eines Fluchs: Es ist »der Ausdruck *sacer esto*« – ›*sacer* soll er sein‹ bzw. ›*sacer* sollst du sein‹ – der das Leben bloßstellt. (HS, 82, Hervorh. im Original) *Sacer*, ›heilig‹ ist ein »menschliches Leben, das [straflos, J.H.] getötet, aber nicht geopfert werden kann«. (HS, 93) Der Fluch, die *sacratio*, konstituiert somit »eine doppelte Ausnahme, sowohl vom *ius humanum* als auch vom *ius divinum*«. (HS, 92, Hervorh. im Original) Aus dem menschlichen Recht ist dieses Leben herausgenommen, weil es getötet, aus dem göttlichen Recht, weil es nicht geopfert werden darf. In der *sacratio* sieht Agamben ein explanatorisches Potential, das ihn veranlasst, das nackte Leben, das bereits Arendt thematisiert hatte[6], als *sacer*, als heilig zu deuten: ›Heiligung‹ ist Entrechtung. Heilig ist das Leben, von dem das Recht eine Ausnahme macht, indem es ihm seine Rechte nimmt. Die Ausnahme hat damit zunächst einen topologischen Sinn: Das durch sie ausgenommene, nackte Leben steht außerhalb des Rechts. Doch meint ›Ausnahme‹ nicht allein, wie es die Etymologie von lateinisch *exceptio* nahe legt, ›herausgenommen‹. (vgl. HS, 27) ›Ausnahme‹ hat bei Agamben vielmehr auch den Sinn von *exenteratio*: Herauslösung dessen, was zum menschlichen Leben innerlich gehört. Herausgelöst ist nach Agamben der politische

6 Arendt spricht von einer »abstrakten Nacktheit« eines »Nichts-als-Menschseins«. (Arendt 2011a, 619f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gehalt des Lebens. Mit der äußeren Ausschließung aus dem politischen Bereich ist die innere politische Entleerung verbunden. Agambens rhetorisch gestellte Frage, »ob die Struktur der Souveränität und die Struktur der *sacratio* nicht irgendwie verknüpft sind« (HS, 93, Hervorh. im Original), findet in der Ausnahme ihre Antwort. Mit der rhetorischen Frage verbindet sich eine Behauptung: Souveränität und *sacratio* sind gleichermaßen als Strukturen aufzufassen. Den Prozess, in dem nacktes Leben hervorgebracht wird, gilt es *strukturell* zu denken: als *prozessuale Struktur*, in der das Funktionieren der Ausnahme besteht, und zugleich als *strukturellen Prozess*, in dem sie sich in der Moderne ausdehnt und normalisiert.

Das nackte Leben, das aus der Ausnahme hervorgeht, ist bei Agamben *negativ* bestimmt durch die Nicht-Zugehörigkeit zum Recht und durch das daran geknüpfte Nicht-Innehaben politischer Qualitäten. Negativ verhält sich das nackte oder heilige Leben ferner zu zwei anderen Formen von Leben, die Agamben unter Rückgriff auf eine lexikalische Unterscheidung im Griechischen als *zoé* und *bíos* bezeichnet. Mit Verweis auf Aristoteles bringt er diese zwei Begriffe in einen semantischen Gegensatz: Auf der einen Seite steht die *zoé* als das einfache, natürlich reproduktive Leben und damit als Eigenschaft alles Lebendigen; auf der anderen Seite der *bíos* als die politisch qualifizierte Lebensform, die spezifisch dem Menschen zukommt.[7] (vgl. HS, 11) Von beiden ist das nackte

7 Diese auf die griechische Lexik gestützte Unterscheidung im Lebensbegriff hat eine breite Rezeption gefunden. (vgl. etwa Große 2010, 7) Dass der lexikalischen Unterscheidung von *zoé* und *bíos* der semantische Gegensatz zwischen natürlichem Leben und politisch qualifizierter Lebensform entspricht, ist philologisch indes fraglich. Agambens These einer solchen begrifflichen Opposition lässt sich weder mit Blick auf Aristoteles, den Agamben als Hauptbeleg heranzieht, noch mit Blick auf den allgemeinen griechischen Sprachgebrauch erhärten. Für eine grundsätzliche Kritik an Agambens philologisch-historischer These vgl. Derrida 2015, 13. Sitzung, S. 472; für einen Widerlegungsversuch mit detailliertem Quellenbezug vgl. Finlayson 2010. In seiner Prüfung der Aristoteles-Lektüre Agambens gelangt Finlayson zu folgendem Ergebnis: »For Aristotle, *zōē* and *bios* are not a conceptual pair like *dynamis* and *energeia*, nor are they systematically linked in Greek philosophy and political culture, as, for example, *physis* and *nomos*. They are just two ordinary polysemous Greek nouns with a slightly different, partially overlapping range of meanings. Certainly, there is no opposition or mutual exclusion between the terms or their referents.« (Finlayson 2010, 109, s. auch 115) Mit der berechtigten philologisch-historischen Zurückweisung von Agambens These – seiner Behauptung eines terminologischen Gegensatzes im griechischen Lebensbegriff – ist der systematische Gehalt seines Arguments allerdings nicht erledigt. Das Argument ruht zwar auf der Unterscheidung von *zoé* und *bíos* auf, steht und fällt aber nicht mit deren philologischer Richtigkeit (ebenso wenig wie eine Theorie des Naturzustands

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

oder heilige Leben unterschieden. Es ist »weder politischer *bíos* noch natürliche *zoé*«, sondern »die Zone der Ununterscheidbarkeit, in der *bíos* und *zoé* sich wechselseitig einbeziehen und ausschließen und sich gerade dadurch konstituieren«. (HS, 100, ähnlich 119, Hervorh. im Original) Das nackte Leben stellt eine *spezifische Weise* dar, in der *bíos* und *zoé* sich miteinander ins Verhältnis setzen und sich gegenseitig umbestimmen oder vielmehr un-bestimmen: Der politisch qualifizierte *bíos* wird de-politisiert, die natürlich reproduktive *zoé* wird de-naturalisiert. Darin besteht die *negative* Beziehung, die das nackte Leben zu diesen beiden Formen des Lebens unterhält. Die Depolitisierung des *bíos* und die Denaturalisierung der *zoé* erfolgen in ein und demselben Prozess der Produktion nackten Lebens.

Es erscheint wie eine Aufforderung an die Rezeption, wenn Agamben in einem Text von 2014 formuliert: »It is important not to confuse bare life with natural life.« (Agamben 2014, 66) Auch in der Literatur selbst wird gegen Missverständnisse regelmäßig erinnert, dass Agamben das nackte Leben nicht mit dem natürlichen Leben gleichsetzt. Nach Thomas Lemke handelt es sich um »eine zugleich nachträgliche wie verhüllende Nacktheit«, welche »die gesellschaftlichen Markierungen und Symbolisierungen verdeckt«. (Lemke 2008, 91) Die Verhüllung sozialer und politischer Signifikanz stellt eine Depolitisierung dar, die Lemke als »politische Operation« ausweist. (ebd., 105) Dass das nackte Leben deswegen kein natürliches ist, weil es aus einem als politisch aufzufassenden Entzug politischer Qualitäten resultiert, hat auch Daniel Loick hervorgehoben:

> »Das nackte Leben versteht Agamben dabei wohlgemerkt nicht als eine ursprüngliche biologische Größe, sondern als Resultat eines selbst politischen Prozesses, als Ergebnis der politischen Subtraktion der politischen Dimension des Lebens. Das nackte Leben ist Resultat einer Zerstörung des *bíos*, die den Menschen einer animalischen Existenz annähert; es ist die Nacktheit eines Lebens, von dem sich die Rechtsordnung zurückgezogen hat und das daher straffrei tötbar ist.« (Loick 2012, 218, Hervorh. im Original)

Ewa Ziarek, die ebenfalls den Unterschied zwischen biologischer *zoé* und nacktem Leben betont, sieht letzteres als »the remainder of the destroyed political *bios*« und damit ebenso als das Produkt einer Depolitisierung. (Ziarek 2008, 90, Hervorh. im Original) So richtig dieser von verschiedenen Autor_innen formulierte Hinweis ist, so wichtig scheint mir zugleich die Insistenz darauf, dass es sich dabei nur um die eine Seite des Prozesses handelt. Denn nacktes Leben ist nicht nur die

> von dessen historischer Realität abhängt). Das Argument wird daher im Folgenden zu erwägen sein.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Depolitisierung des *bíos*, sondern auch eine Politisierung der *zoé*. (vgl. HS, 21) Es ist diese doppelte Struktur des Prozesses, die den »Kreuzpunkt zwischen dem juridisch-institutionellen Modell und dem biopolitischen Modell der Macht« bildet, für den sich Agamben interessiert. Wird der Prozess als Politisierung der *zoé* aufgefasst, rückt »*die Produktion eines biopolitischen Körpers*« (HS, 16, Hervorh. im Original) in den Vordergrund und damit die Verbindung zu den Forschungen Michel Foucaults. Wird die Produktion nackten Lebens hingegen als Depolitisierung des *bíos* behandelt, so kommt die absolute Entrechtung und politische Annullierung der einzelnen Individuen in den Blick, deren massenhaftes Auftreten in der Moderne insbesondere Arendt untersucht hat. Der »Kreuzpunkt« zwischen Biopolitischem und Juridischem liegt in der Koinzidenz dieser zwei Seiten im selben Prozess. Es handelt sich um einen durchwegs politischen Prozess, denn *politisch* ist sowohl die Depolitisierung des *bíos* als auch die Politisierung der *zoé*.

Ausnahmezustand als juristische Fiktion

Wie eingangs dieses Kapitels erwähnt, ist für Agamben (wie für Carl Schmitt) der politische Bereich souverän besetzt: Der politische Raum ist stets der »politische Raum der Souveränität«. (HS, 93) Allerdings erscheint Souveränität bei Agamben nicht als spezifisch neuzeitliches Phänomen, sondern ist gleichursprünglich mit der politischen Geschichte des Westens. Seine Theorie der Souveränität setzt bei diesen Anfängen an. Während etwa Kelsen in seinem Buch über *Das Problem der Souveränität* urteilte, die griechische und römische Antike habe zu einer Theorie der Souveränität nichts beigetragen (vgl. Kelsen 1981, 4), greift Agamben extensiv auf das griechische und mehr noch auf das römische Rechtsdenken zurück. So legt er der Struktur der Souveränität selbst die Figur des *homo sacer* zugrunde und erklärt das moderne Phänomen des Ausnahmezustands aus der römischen Institution des *iustitium*. (vgl. AZ, 52–63) Insofern sich Souveränität ihm zufolge durch den Bezug auf das Lebendige konstituiert, stellt sie ein biopolitisches Phänomen dar. Daher löst Biopolitik das Zeitalter der Souveränität nicht ab, sondern setzt es ein. Da die westliche Politik für Agamben, anders als nach Foucault (vgl. Foucault 2012, 134ff.), nicht erst seit dem 17. Jahrhundert, sondern seit Pindar im 5. Jahrhundert v. Chr. biopolitisch funktioniert, setzt seine Untersuchung der Souveränität an diesem Punkt an.[8] Seit alters her, so Agamben, wird nacktes Leben aus dem Politischen ausgenommen und der politische Raum, als Struktur der Souveränität, dadurch etabliert:

8 Zur »Unentscheidbarkeit zwischen Politik und Biopolitik« vgl. HS, 196.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> »In diesem Sinn ist die Biopolitik mindestens so alt wie die souveräne Ausnahme. Indem der moderne Staat das biologische Leben ins Zentrum seines Kalküls rückt, bringt er bloß das geheime Band wieder ans Licht, das die Macht an das nackte Leben bindet, und knüpft auf diese Weise (gemäß einer hartnäckigen Entsprechung zwischen Modernem und Archaischem, die man in den verschiedensten Bereichen antrifft) an das Unvordenkliche der *arcana imperii* an.« (HS, 16, Hervorh. im Original)

Die von Agamben hier nicht weiter erläuterte Referenz auf die *arcana imperii*, die ›Geheimnisse der Herrschaft‹, ist aufschlussreich.[9] Zunächst deshalb, weil die *arcana imperii*, also die Lehre von den geheim auszuübenden Techniken der Herrschaftssicherung, als paradigmatisch für die von Agamben aufgerufene Entsprechung zwischen Archaischem und Modernem, Antikem und Neuzeitlichem, gelten können.[10] Überliefert ist die Formel von Tacitus, der sie sowohl in den *Annalen* (Buch II, 36: *arcana imperii*) wie zu Beginn der *Historien* (Buch I, 4: *arcanum imperii*) gebraucht. Im Mittelalter geriet Tacitus samt seiner Formel in Vergessenheit, wurde aber insbesondere seit den 1570er Jahren rege rezipiert. Parallel zum Aufkommen des »Tacitismus« mit einem Schwung an Tacitus-Kommentaren entstand seit dem Beginn des 17. Jahrhunderts eine breite *Arcana*-Literatur. (vgl. Stolleis 1990, 46f.) Wie der Begriff der Souveränität und derjenige der Staatsräson begleitet die Formel *arcana imperii* die Herausbildung des modernen Staats. Anders als die ersten beiden Begriffe schlagen die *arcana imperii* allerdings die Brücke zwischen Antike und Neuzeit, auf die es Agamben ankommt. Sie tun dies inhaltlich, denn der Sache nach geht es den frühneuzeitlichen *Arcana*-Autoren um dasselbe wie Tacitus: um die Kenntnisse, die ein Herrscher heranziehen kann, um seine Macht zu etablieren und zu erhalten. Zentrum der *Arcana*-Literatur bleibt (bis zu ihrem Ende Mitte des 17. Jahrhunderts) »die Frage nach den Mitteln der Politik, durch die Herrschaft begründet, befestigt und vermehrt werden könne«. (Stolleis 1990, 58) Schmitt, der betont, dass der moderne Staat »historisch aus einer politischen Sachtechnik entstanden« ist (D, 12), verweist auf »den einfachen

9 Von *arcanum imperii* spricht Agamben, wiederum ohne das Syntagma zu erläutern, auch in HS, 22 und AZ, 102.

10 Während das archaische Glied der von Agamben postulierten Entsprechung in einer symbolisch-rechtlichen Figur besteht (im *homo sacer*), liegt das moderne Glied in einer technischen Maschinerie (im Ausnahmezustand als dem »Funktionieren der Maschine«, AZ, 132). Eine solche Verbindung zwischen moderner Technik und archaischer Symbolik galt auch Benjamin als offensichtlich. So bemerkt er im *Passagen-Werk*: »Daß zwischen der Welt der modernen Technik und der archaischen Symbolwelt der Mythologie Korrespondenzen spielen, kann nur der gedankenlose Betrachter leugnen.« (Benjamin 1982, N 2 a, 1, S. 576)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

technischen Sinn des Arcanum: es ist ein Fabrikationsgeheimnis« (D, 14). Wenn Agamben die *arcana imperii* zitiert, dann ist für ihn dieser Aspekt der *Fabrikation* nicht weniger wichtig als der des *Geheimnisses*. Mit ›Geheimnis‹ ist gemeint, dass nach Agamben Souveränität insofern eine *latente* Struktur darstellt, als nicht offen zutage liegt bzw. erst »wieder ans Licht« (HS, 16) rückt, dass sie im Modus des Ausnahmezustands funktioniert. Mit diesem Funktionieren verbindet sich der Aspekt der Fabrikation: Die souveräne Macht stellt sich dadurch her, dass sie nacktes Leben produziert.

Dass die Kenntnisse geheim bleiben, hat einen profanen Grund: Die Staatstechnik kann nur Erfolg haben, wenn die Objekte der Macht vom Wissen ausgeschlossen bleiben. Die Latenz der Struktur der Souveränität als eine Struktur des Ausnahmezustands freizulegen, formuliert Agamben als Anliegen seiner Theorie. Gegen Ende seines Buchs *Ausnahmezustand*, das zum zweiten Teil des Homo-sacer-Projekts gehört, schreibt er:

> »Ziel dieser Untersuchung – angesichts der Dringlichkeit des Ausnahmezustands, ›in dem wir leben‹ –, war es, die Fiktion ans Licht zu bringen, die dieses *arcanum imperii* par excellence in unserer Zeit regiert. Was der Schrein der Macht in seinem Zentrum enthält, ist der Ausnahmezustand – aber dieser ist wesentlich ein leerer Raum, in dem sich menschliches Handeln ohne Bezug zum Recht mit einer Norm ohne Bezug zum Leben konfrontiert sieht.« (AZ, 102, Hervorh. im Original)

Mit *arcanum imperii* bezeichnet Agamben auch an dieser Stelle die souveräne *Struktur* des Ausnahmezustands. Das Geheimnis liegt in einer Fiktion, welche diese Struktur »regiert«. Fiktiv ist nach Agamben, wie erwähnt, die Verbindung, die der Ausnahmezustand zwischen Leben und Norm schafft. Fiktiv ist damit zugleich das nackte Leben, die Rechtsfigur des *homo sacer*, in dem sich diese Verbindung verkörpert. Die Fiktivität der Figur schmälert nicht ihre Wirkmächtigkeit.[11] Die Wirkungen der Fiktion sind real. Wenn Agamben von Fiktion spricht, so meint er, dass es »zwischen Leben und Norm keinerlei *substantielle* Verbindung gibt« (AZ, 102, Hervorh. J.H.; »articolazione sostanziale«, Agamben 2008, 111). Ebendies wird, so Agamben, in der souveränen Struktur verschleiert: Der Ausnahmezustand, der das nackte Leben als sein Produkt hervorbringt, erzeugt zugleich die Unmöglichkeit, zwischen Recht und Leben zu unterscheiden. Desto mehr gilt es nach Agamben auf der Differenz zu insistieren. Darin sieht er »die geduldige Arbeit, die diese Fiktion demaskiert und die dadurch trennt, was zu vereinen man vorgegeben hatte«. (AZ, 103) Das Fabrikationsgeheimnis offen zu legen, erscheint bei Agamben als kritische Praxis, um »das Funktionieren der Maschine

11 Den etymologischen Zusammenhang von Figur und Fiktion – beide zu lat. *fingere* – deutet Agamben in HS, 48 an.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu unterbrechen« (AZ, 103) und die Produktion des nackten Lebens einzustellen, kurz: um mit dem Ausnahmezustand auch die Souveränität auszuschließen. Das *arcanum imperium* aufzudecken, darin stimmt Agamben mit der *Arcana*-Literatur überein, heißt, es zu deaktivieren.[12]

Dass der Ausnahmezustand als das *arcanum* der Moderne nur eine *scheinbare* Beziehung zum Recht unterhält und in Wirklichkeit bloß einen »rechtsleere[n] Raum« (HS, 48) öffnet, bildet eine weitere Parallele zur frühneuzeitlichen Idee der *arcana*. Denn bei diesen handelt es sich um Strategien und Techniken zur Förderung der Macht jenseits des Rechts. Dabei umgehen sie nicht nur die juristische Normierung, sondern auch das Postulat der Förderung des Allgemeinwohls (*salus publica*). Indem sie allein der Macht selbst dienen, unterscheiden sich die *arcana* vom Konzept der Staatsräson, das sich seit Mitte des 17. Jahrhunderts zu einer juristischen Disziplin entwickelte, die Rechtfertigungsgründe formulierte, »um zugunsten der Allgemeinheit individuelle Rechtspositionen aufzuheben« (Stolleis 1990, 58).[13]

Für Schmitt ist der Ausnahmezustand mit dem *arcanum* unvereinbar: Er ist nicht Geheimnis, sondern Offenbarung. Im Ausnahmezustand entwickelt die Macht jene »Tendenz zur Sichtbarkeit, Öffentlichkeit und Krönung«, die Schmitt dem Geheimnis gegenüber vorzog. (Schmitt 1995, 584) Wenn nun Agamben den Ausnahmezustand als *arcanum* versteht, verneint er neben der Sichtbarkeit der Souveränität noch eine zweite Behauptung Schmitts: Dass es sich beim Phänomen der Souveränität um eine *substanzielle* Verbindung von (höchstem) Recht und (höchster) Macht, von *summa auctoritas* und *summa potestas* handelt. In der Gleichsetzung von *auctoritas* mit *potestas* hatte Schmitt die spezifische Leistung von Hobbes' Theorie der Souveränität gesehen. Anders als noch bei Bodin sei *auctoritas* bei

12 Eine weniger optimistische Sicht ergibt sich aus Arendts Position. Ihr zufolge beruht der Totalitarismus, zugleich aber die Krise, »in der wir heute alle und überall leben« (Arendt 2011a, 945 und 971), wesentlich auf einer Fiktion, die zur Wirklichkeit gemacht wird (vgl. Arendt 2011a, 810–813). Diese realisierte Fiktion ist gerade *kein* Geheimnis, sondern etabliert sich in aller Öffentlichkeit. Anknüpfend an Alexandre Koyré bringt Arendt die totalitären Bewegungen auf die Formel »Geheimgesellschaft ohne Geheimnis«. (Arendt 2011a, 790, Fn. 76) Die Entlarvung einer Fiktion, die gar nicht maskiert ist, erscheint aus dieser Perspektive nicht als geeignetes Mittel, um die Fiktion zu durchbrechen.

13 Sie unterscheiden sich dadurch auch von der Idee des »gemeinen Nutz«; vgl. dazu unten Kapitel 4.3. Schmitt verweist ebenfalls auf den nicht-normativen Charakter der *arcana imperii*, die von den *jura imperii* unterschieden werden (vgl. D, 15f.); die Differenz zwischen *arcana* und Staatsräson sieht er hingegen vor allem darin, dass der Begriff des politischen *arcanum* im Gegensatz zu denjenigen von Staatsräson und *salus publica* von moralischer Beeinflussung abgeschirmt blieb (vgl. D, 13).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hobbes von vornherein »im Sinne von *summa potestas*« zu verstehen.[14] (Lev, 68, Hervorh. im Original) Agamben zufolge bringt der Ausnahmezustand nicht deren substanzielle Verbindung zum Ausdruck, sondern gründet in der »wesentlichen Fiktion« (»finzione essenziale«, Agamben 2008, 110), dass die *auctoritas* »noch in Beziehung zur Rechtsordnung steht«.[15] (AZ, 101) *Auctoritas* bezeichne, so Agamben, die seit der Antike bestehende Vorstellung, dass die physische Person des Herrschers das Recht unmittelbar verkörpert, so dass die Beziehung zum Recht auch dann nicht abbricht, wenn er das Recht suspendiert. Das Recht, so die Fiktion der *auctoritas* nach Agamben, geht in das Leben des Herrschers ein und berechtigt jede seiner Machthandlungen. Diese Fiktion ist das Fundament der für

14 Vgl. dazu ebenso Schmitt 1996, 136f. und ÜdA, 23; zur Frage, ob die beiden Begriffe bereits bei Bodin »vermengt« sind, vgl. Quaritsch 1970, 421f. Die Unterscheidung selbst geht auf das römische Recht zurück: Während *potestas* die an ein Amt gebundene Befugnis meinte, bezieht sich *auctoritas* (so etwa in den *Res gestae* des Augustus) auf eine ›Autorität‹, die auch jenseits amtlicher Kompetenz zukommt, etwa aufgrund von Ansehen oder Vermögen. Vor allem der Begriff der *auctoritas* ist allerdings mehrdeutig und die genaue Unterscheidung daher schwierig. (vgl. Medicus 1964 sowie Bund 1972) Ähnlich wie Schmitt beschreibt Leo Strauss Hobbes' Identifikation von *potestas* und *auctoritas*: Der Staat sei bei Hobbes »sowohl die größte menschliche Macht als auch die höchste menschliche Autorität«. (Strauss 1977, 202) Arendt hat den Gedanken, dass der Staat auf der Vereinigung der beiden Prinzipien beruht, mit Blick auf die Amerikanische Revolution geäußert: Zur »Formierung eines Staates« seien die amerikanischen Revolutionäre des 18. Jahrhunderts nur imstande gewesen, weil sie *auctoritas* und *potestas* als verschieden zu erkennen und zugleich zu verbinden wussten. (Arendt 2011b, 231) Luhmann sieht die Verbindung der beiden Prinzipien – und zugleich das Verdecken, dass es sich um zwei verschiedene Prinzipien handelt – in der Frühen Neuzeit durch den Begriff der Souveränität, in der Spätmoderne hingegen durch den Begriff ›Rechtsstaat‹ gewährleistet. (vgl. Luhmann 1993, 407–417 sowie Luhmann 1987, 164–166) Gerade darauf, dass die Heterogenität der Verbindung im modernen Rechtsstaat ignoriert würde, richtet sich Schmitts Kritik. (vgl. dazu oben, Ende Kapitel 1.3)

15 Dass es sich um eine *wesentliche* Fiktion handelt, bedeutet, dass sie durchaus empirische Konsequenzen hat; dass sie *fiktiv* ist, heißt, dass sie (anders als Schmitt behauptet) keineswegs begrifflich notwendig ist. ›Wesentlich‹ steht bei Agamben insofern gerade im Unterschied zu ›substanziell‹. Agamben ist daher so zu verstehen, dass er sich gegen Schmitts Behauptung wendet, in der Entscheidung über die Ausnahme zeige sich etwas ›substanziell‹ Rechtliches, d.h. etwas dem Recht *begrifflich* Zugehöriges. Agambens Rede von der »wesentlichen Fiktion« hat demnach einen ähnlichen Sinn wie Derridas »wesentliches Gespenst«, das jeder Entscheidung innewohne und auf deren Unentscheidbarkeit, d.h. auf das wesentlich Fiktive allen *faktischen* Entscheidens verweist. (vgl. Derrida 1991, 50f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Agamben nur *vermeintlichen* Rechtsfigur des Ausnahmezustands. Um das *arcanum* als Fiktion zu enthüllen, ist »[i]m Recht seine Nicht-Beziehung zum Leben und im Leben seine Nicht-Beziehung zum Recht offenbar« zu machen. (AZ, 103f.)

Für ein Verständnis, was dies bei Agamben heißt, sind zwei Schritte erforderlich. Zum einen ist zu klären, wie Agamben zufolge der Ausnahmezustand mit der *Normalität,* zum anderen, wie er mit der *Norm* identisch wird. Ersteres ist Gegenstand im folgenden Kapitel 2.2, letzteres in den Kapiteln 2.3 und 2.4, die meine Auseinandersetzung mit Agamben abschließen. Die bei Agamben zentrale Frage, in welcher Beziehung das Recht und das heißt für ihn: die Norm (vgl. AZ, 102) zum Leben steht, muss den Weg über diese beiden Schritte nehmen. Zum Abschluss des vorliegenden Kapitels, dessen Gegenstand die Bedeutung und Funktion des ›nackten Lebens‹ in Agambens Theorie des Ausnahmezustands ist, soll nun noch auf seine Methode hingewiesen werden, um die Frage zu klären, was bei ihm mit dem ›Ursprungscharakter‹ nackten Lebens gemeint ist.

Agambens ›paradigmatische‹ Methode

Bei Agamben heißt ein Phänomen ›paradigmatisch‹, wenn es einen bestimmten Bereich konstituiert und für diesen insofern ›ursprünglich‹ ist. Der Begriff des Ursprungs, wie er hier verwendet wird, lässt sich somit über denjenigen des Paradigmas erläutern. Am Begriff des Paradigmas unterstreicht Agamben den *relationalen* Charakter: Paradigmatizität haftet nicht dem Phänomen selbst an. Es ist *an sich* ebenso wenig paradigmatisch, wie es an sich ursprünglich ist. Kurz: Dass ein Phänomen paradigmatisch ist, hat nichts mit seiner ›Substanz‹ zu tun. Vielmehr referiert der Begriff des Paradigmas auf die Beziehung zwischen einem Phänomen und dem Kontext, den es etabliert. Aus diesem Kontext ragt das Paradigma nicht als etwas Allgemeines heraus, sondern ist ein Beispiel – ein Exempel und Exemplar – für die Phänomene dieses von ihm konstituierten Kontexts und damit ebenso partikular wie diese. Die Herausgehobenheit des Paradigmas besteht allein auf Ebene der Methode, ergibt sich also erst durch seine methodische Privilegierung. Methodisch bevorzugt werden die Paradigmen, weil sie den Bereich, den sie fundieren, in besonderer Weise intelligibel machen. Als Paradigma »im strengen Sinn des Wortes« gilt Agamben »ein einzelnes Objekt, das, gültig für alle anderen Objekte seiner Klasse, die Intelligibilität des Ensembles definiert, dem es zugehört und das es zugleich konstituiert.« (Agamben 2009, 20)

Die methodische Bedeutung des Paradigmas wirft für Agamben die Frage nach seinem epistemologischen Stellenwert auf. Anders als die Induktion, die vom Besonderen zum Allgemeinen schreitet, und anders als

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die Deduktion, die vom Allgemeinen auf das Besondere schließt, schafft das Paradigma eine Beziehung zwischen Besonderheiten, *ohne* dafür die Ebene des Partikularen zu verlassen: Das Paradigma ist bestimmt durch eine »paradoxe Art der Bewegung, das Fortschreiten vom Partikularen zum Partikularen«. (ebd., 23) Indem dieses Verfahren keine Beziehung zwischen Partikularem und Universalem herstellt, operiert es nicht nur jenseits dieser Unterscheidung, sondern stellt »die dichotomische Opposition zwischen dem Partikularen und dem Universalen in Frage«. (ebd.) Das Paradigma ist nicht allein methodisch privilegiert, sondern selbst Methode, ein Verfahren. Das paradigmatische Verfahren funktioniert im Modus der Analogie, die sich eben dadurch auszeichnet, dass sie in Dichotomien eingreift, um in diesen die »substantielle Identität« ihrer polaren Spannung aufzulösen. Gegenüber den beiden Polen formiert sich das Paradigma als Drittes. (ebd., 24) Damit richtet es sich methodisch gegen die von Schmitt favorisierte zweigliedrige Antithese. (vgl. BdP, 68)

Als Paradigmen in diesem methodischen Sinn nennt Agamben für seine Arbeit unter anderen den Ausnahmezustand, das Konzentrationslager und den *homo sacer*. Bei diesen Paradigmen »geht es nicht um Hypothesen oder Versuche, die Moderne zu erklären durch ein Zurückführen auf einen ›Grund‹ oder historischen Ursprung. Vielmehr handelt es sich in all diesen Fällen […] um Paradigmen, die darauf gerichtet sind, eine Serie von Phänomenen intelligibel zu machen, deren Herkunft aus dem Blickfeld des Historikers fast oder ganz entschwunden war.« (Agamben 2009, 37f.) Durch zwei Aspekte sind paradigmatische Phänomene somit gekennzeichnet: Erstens durch ihre konstitutive Funktion, zweitens durch ihren anti-dichotomischen Anspruch.

Um zu verdeutlichen, inwiefern Paradigmen, obschon sie für einen Kontext konstitutiv sind, *keinen* Ursprung im Sinne eines anfänglichen Moments markieren, greift Agamben auf Goethes Begriff des Urphänomens zurück. Das »*Urphänomen* als Paradigma« ist ein Bereich, »an dem die Analogie in perfektem Gleichgewicht lebt, jenseits der Opposition zwischen dem Allgemeinen und dem Besonderen«. In jedem Phänomen, so deutet Agamben Goethe, gilt es das Urphänomen auszumachen, das heißt seine »Fähigkeit, sich als Paradigma zu konstituieren«, und den Bereich, zu dem es gehört, exemplarisch ins Licht rücken zu lassen. (ebd., 36, Hervorh. im Original) Agambens Interpretation des Urphänomens steht in großer Nähe zu Benjamin, den Agamben an dieser Stelle nicht nennt. In seinem Buch *Ursprung des deutschen Trauerspiels* entfaltet Benjamin einen Begriff des »Ursprungsphänomens« (Benjamin 1978, 28), von dem er später, im *Passagen-Werk*, angibt, dass es sich um »eine strenge und zwingende Übertragung« des Goetheschen Begriffs des Urphänomens »aus dem Bereich der Natur in den der Geschichte« handle: »Ursprung – das ist der aus dem heidnischen Naturzusammenhange in die jüdischen Zusammenhänge der Geschichte eingebrachte

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Begriff des Urphänomens.«[16] (Benjamin 1982, N 2 a, 4, S. 577) Dass es beim Ursprung nicht um etwas Anfängliches geht, ist der entscheidende Punkt, den Benjamin im *Trauerspiel*-Buch hinsichtlich seines Ursprung-Begriffs entwickelt:

> »Ursprung, wiewohl durchaus historische Kategorie, hat mit Entstehung dennoch nichts gemein. Im Ursprung wird kein Werden des Entsprungenen, vielmehr dem Werden und Vergehen Entspringendes gemeint. Der Ursprung steht im Fluß des Werdens als Strudel und reißt in seine Rhythmik das Entstehungsmaterial hinein.« (Benjamin 1978, 28)

Wenn Agamben das nackte Leben, den *homo sacer*, als ursprüngliches Moment des Politischen begreift, so ist es ›ursprünglich‹ nicht allein im Sinne von konstitutiv. Ursprünglich ist das nackte Leben auch, insofern es dem Werden des Politischen entspringt: Als ein diesem Werden Entspringendes entfaltet der Ursprung auch eine zerstörerische Kraft; er reißt das Material, aus dem er entsteht, in den Prozess seines Entstehens hinein. Was das nackte Leben, welches das Politische zugleich fundiert und seinem Werden entspringt, in sich – in der Zone, die es darstellt – auflöst, ist, wie oben erläutert, die Dichotomie von *bíos* und *zoé*. Dem entspricht, dass Agamben an der Stelle im *Homo sacer*, an der er, ohne weitere Erläuterung und ohne namentlichen Bezug auf Benjamin oder Goethe, aber mit dem deutschen Begriff, das Leben nicht nur als »das originäre politische Element«, sondern auch als »das *Urphänomen* der Politik« und als Zone der Ununterschiedenheit von *bíos* und *zoé* bestimmt. (HS, 119, Hervorh. im Original)

Da die von Agamben als dichotomisch betrachtete Unterscheidung zwischen *bíos* und *zoé* durch das nackte Leben, welches das Politische konstituiert und ihm entspringt, gerade kassiert wird, ist klar, dass es *nicht* diese Unterscheidung sein kann, welche die Schmitt'sche Unterscheidung von Freund und Feind ersetzt. Agamben formuliert inkonsistent, wenn er schreibt: »Das fundamentale Kategorienpaar der abendländischen Politik ist nicht jene Freund/Feind-Unterscheidung, sondern diejenige von nacktem Leben/politischer Existenz, *zoé/bíos*, Ausschluß/Einschluß.« (HS, 18, Hervorh. im Original; ebenso auch im italien. Orig., Agamben 2005, 11) Die Unterscheidung Schmitts wird überhaupt nicht durch eine andere ersetzt. Denn fundamental für die westliche Politik ist nach Agamben gerade *nicht* eine Unterscheidung, sondern eine

16 Schon vor der Arbeit am *Trauerspiel*-Buch, das er zwischen 1923 und 1925 verfasst hat, bediente sich Benjamin des Begriffs des Urphänomens; so in dem im Winter 1920/21 entstandenen Aufsatz *Zur Kritik der Gewalt*, in dem Benjamin bemerkt, dass im Bereich des Staatsrechts die Grenzsetzung »das Urphänomen rechtsetzender Gewalt überhaupt« darstellt. (Benjamin 1977, 198)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Struktur, welche dichotomisch gegebene Unterscheidungen (in sich hin) einreißt.[17]

Zu diesen Unterscheidungen zählt auch diejenige zwischen *homo sacer* und Souverän als den zwei Polen der politischen Ordnung. Den Ausnahmezustand denkt Agamben nicht als einen politischen Akt, in dem der Souverän nacktes Leben hervorbringt, sondern als eine sich selbst hervorbringende und sich selbst erhaltende Struktur. So stellt es sich zumindest dann dar, wenn man die radikale Konsequenz von Agambens Argument im Blick behält, anstatt manchen seiner griffigen, argumentativ aber nicht weiter eingeholten Formulierungen zu folgen. Dass es sich bei souveräner Macht und nacktem Leben nicht, wie der Untertitel von *Homo sacer* suggeriert, um zwei getrennte Pole handelt, wird bereits an der Figur der Selbsthervorbringung deutlich. Dass Agamben nun diese sich selbst produzierende Struktur nicht vom Souverän, sondern vom *homo sacer* her verstehen will, impliziert bereits der Obertitel – *Homo sacer* – des ersten Bandes des Projekts. Die Struktur reduziert sich bei Agamben auf diese Figur. Für die politische Sphäre ist daher der *homo sacer*, nicht der Souverän, ›paradigmatisch‹ im beschriebenen Sinn von ›konstitutiv‹. Auf welche Weise und in welcher Hinsicht sich durch die Tötbarmachung des Lebens eine politische Sphäre bzw. eine souveräne Struktur konstituiert, wird von Agamben allerdings kaum adressiert. Das Fehlen einer Antwort in diesem Punkt macht die Beurteilung seines Ansatzes insgesamt sehr schwierig. Klar ist hingegen: Der Wegfall des Souveräns aus der Theorie der Souveränität ist bei ihm gleichbedeutend mit der Normalisierung des Ausnahmezustands. Denn mit dem Souverän entfällt nicht nur die Entscheidung, die den Ausnahmezustand erklärt, sondern auch jene, die ihn aufhebt. Die Normalität des Ausnahmezustands ist Gegenstand des folgenden Kapitels.

2.2 Normalität und Ausnahme

Das Syntagma *homo sacer* ist titelgebend für Agambens Projekt und steht im Untertitel sämtlicher zu ihm zählender Schriften. Das Projekt selbst ist vom ersten Band an, *Il potere sovrano e la nuda vita* (1995), als eine Untersuchung der westlichen Politik ausgewiesen, die Agamben zufolge seit ihren Anfängen in der griechischen Antike in der Kategorie der Souveränität funktioniert und nur in dieser Kategorie begriffen werden kann. Kern seines Projekts ist daher eine Theorie der Souveränität, in deren Fokus das nackte Leben steht, wie es die Figur des *homo sacer* verkörpert. Indem Agamben Souveränität und Ausnahmezustand als verknüpft begreift,

17 Klarer wird dieser Sachverhalt hingegen, wenn Agamben am Ende seines *Homo sacer* das gegenüber Schmitts Opposition von Freund und Feind ursprünglichere Moment als eine Struktur des Banns beschreibt. (vgl. HS, 120)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

schließt er an die von Schmitt formulierte Souveränitätstheorie an, verschiebt den Blick allerdings von souveränen Instanzen und der Person des Souveräns auf die Subjekte, die der Souveränität unterworfen sind.[18]

Dies ist nun nicht so zu verstehen, dass *statt* des souveränen Subjekts die unterworfenen Subjekte zum Gegenstand der Theorie der Souveränität werden. Die Akzentverschiebung vom Souverän hin zum nackten Leben ist nicht bloß eine Verschiebung von einer Subjektgestalt zu einer anderen. Sie impliziert vor allem eine Umstellung von einem personalen zu einem strukturellen Verständnis der Souveränität. Der perspektivische Wechsel, der mit der Analyse des nackten Lebens eintritt, bedeutet nicht den Übergang von einer aktiven Dezision zu den davon passiv Betroffenen, von einem souveränen Unterwerfer zu den von ihm Unterworfenen. Vielmehr handelt es sich um den Nachweis, dass die Unterwerfung, in der die souveräne Macht besteht, eine Struktur darstellt und keine Entscheidung. Was Agamben am nackten Leben interessiert, sind nicht die einzelnen Subjekte, sondern die strukturelle Entrechtung: Dem entspricht, dass Agamben das nackte Leben in der vollkommen anonymisierten Figur des *homo sacer* thematisch werden lässt.

Agamben folgt Schmitt in der heuristischen Prämisse, dass der Ausnahmezustand das Wesen der Souveränität freilegt. Was sich dabei zeigt, ist allerdings nicht das Subjekt der Entscheidung, sondern die Struktur der Entrechtung. Die Entrechtung ist ›Ausnahme‹ im Sinn des *nomen actionis*: Ein Herausnehmen (lat. *exceptio* von *excipere*) des Lebens aus dem Bereich des Politischen. Die Heuristik der Ausnahme bei Agamben zeigt nicht nur etwas Anderes, sie funktioniert auch anders als bei Schmitt. Der Ausnahmezustand bringt nicht das Wesentliche der Normalität *in extremo* zum Ausdruck, sondern der Ausnahmezustand selbst ist diese Normalität. Er erhellt nicht nur die Normalität, sondern stellt sie dar: In der Moderne fällt der politische Raum mit dem ihn konstituierenden Paradigma in eins. Weil er dadurch mit dem Fundament, aus dem er sich konstituiert, identisch wird, kann er nicht mehr funktionieren.[19] Und weil er mit der Normalität als ganzer

18 Die Abwendung von einem souveränen Subjekt zeigt sich bei Agamben im Besonderen im Bereich der Medizin und Biologie, in dem sich die Ausübung souveräner Macht innerhalb des biopolitischen Horizonts der Moderne konzentriert. (vgl. HS, 168 und 173) So bemerkt Thomas Lemke zu Recht: »Bei Agamben tauchen die souveränen Subjekte, die eigenverantwortlich und autonom Entscheidungen über Lebenswert und Unwert fällen, nur am Rand auf – etwa in den Figuren des Artzes oder des Wissenschaftlers, die sich heute ›in einem Niemandsland bewegen, in das einst nur der Souverän vorstoßen konnte‹«. (Lemke 2008, 103, das integrierte Agambenzitat findet sich in HS, 168)

19 Dass das seit dem Ersten Weltkrieg massenhaft hervorgebrachte nackte Leben und der dadurch zur Regel gewordene Ausnahmezustand die souveräne

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zusammenfällt, kann er nur *zusammen mit dieser* überwunden werden. Dies ist die politische Konsequenz, die Agamben aus seiner Analyse der Moderne zieht.

Wie Agamben den Ausnahmezustand als Struktur konzipiert, lässt sich anhand seiner Deutung von Schmitts Theorie herausarbeiten. Agamben geht von Schmitts Bemerkung aus, der Souverän »steht außerhalb der normal geltenden Rechtsordnung und gehört doch zu ihr«. (PT, 14) Er gibt dieser *positionalen* Bestimmung des Souveräns eine *strukturelle* Wendung: »*Außerhalb der Rechtsordnung zu stehen und doch zu ihr zu gehören*: das ist die topologische Struktur des Ausnahmezustands, und insofern der Souverän, der über die Ausnahme entscheidet, in seinem Sein durch diese Struktur logisch bestimmt ist, kann er auch durch das Oxymoron einer *Ekstase-Zugehörigkeit* charakterisiert werden.« (AZ, 45, Hervorh. im Original) Der Souverän ist durch die Struktur bestimmt, statt souverän über sie zu bestimmen. Zugleich inner- wie außerhalb der Rechtsordnung zu stehen, kann allerdings nur dann das Strukturmerkmal des Ausnahmezustands sein, wenn es auf beide Pole der Struktur zutrifft, auf den Souverän *und* das nackte Leben: Agambens Buch *Homo sacer* versucht dies nachzuweisen. Die Entrechtung des nackten Lebens ist nicht nur dessen Ausschluss aus dem Recht, sondern auch die Weise, in der es vom Recht unterworfen und eingeschlossen wird. Dieser paradox anmutende Zusammenhang von Ausschluss und Einschluss lässt sich mit Blick auf Luhmann erläutern. Der absoluten Exklusion entspricht begrifflich das Höchstmaß an Integration (nicht: Inklusion): »Wenn man Integration definiert als Einschränkung der Freiheitsgrade der integrierten Teile, dann sieht man sofort, daß gerade der Exklusionsbereich *hochintegriert* funktioniert.« (Luhmann 1993, 584, Hervorh. im Original) Je vollständiger das nackte Leben aus dem Bereich des Rechts und der rechtlich garantierten Freiheiten ausgeschlossen ist, desto massiver sein Einschluss. Die Gleichzeitigkeit von »Ausschluß und Einschluß, Außen und Innen« (HS, 19) ist somit kein Alleinstellungsmerkmal des Souveräns. Sie folgt nicht aus seiner Entscheidung, sondern ist das Merkmal einer Struktur.

In Agambens Argument kommt es zu einer *translatio imperii* zwischen Souverän und Struktur: Die Sonderstellung, zugleich in- und außerhalb der Rechtsordnung zu stehen, wird dem Souverän abverlangt und geht auf die Struktur über, welcher der Souverän nur noch zugehört, statt sie hervorzubringen. Das für Schmitt zentrale, »immer von neuem wiederholte *Quis judicabit, wer entscheidet?*«[20] (Schmitt 1965, 64, Hervorh. im Original) ist in Agambens Ansatz weitgehend ausgeklammert. Nicht

Logik nicht mehr funktionieren lässt, merkt Agamben knapp in HS, 48 und 140f. sowie in AZ, 70 und 101f. an.

20 Schmitt sieht in der Insistenz auf dieser Frage, die »formal, nicht material« ist (Schmitt 1965, 65), die entscheidende Leistung Hobbes' für die

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

weil er über den Ausnahmezustand entscheidet, sondern weil er strukturell oder wie Agamben formuliert: ›topologisch‹ in ihn einbegriffen ist, befindet sich der Souverän zugleich inner- wie außerhalb der Rechtsordnung. »An den beiden äußersten Grenzen der Ordnung«, so Agamben, »stellen der Souverän und der *homo sacer* zwei symmetrische Figuren dar, die dieselbe Struktur haben«. (HS, 94, Hervorh. im Original) Sie haben dieselbe Struktur, weil sie an derselben Struktur Anteil haben. Geprägt wird diese Struktur bei Agamben gerade nicht durch das ›Vorrecht‹ des Souveräns, sondern durch ein zweifelhaftes ›Privileg‹ des nackten Lebens: »Dem nackten Leben kommt in der abendländischen Politik das einzigartige *Privileg*[21] zu, das zu sein, auf dessen Ausschließung sich das Gemeinwesen der Menschen gründet.« (HS, 17, Hervorh. J.H.)

Der *homo sacer* gibt Agambens Projekt den Namen, weil sich in ihm und nicht im Souverän die Struktur des Ausnahmezustands paradigmatisch verkörpert. Daraus folgt bei Agamben, dass sich weniger der *homo sacer* am Paradigma des souveränen Subjekts orientiert, als vielmehr der Souverän am Paradigma des *homo sacer.* In Agambens Projekt erscheint der *homo sacer* in zwei Hinsichten, von denen fraglich ist, wie sie sich zueinander verhalten: Zum einen bildet der *homo sacer* einen der beiden Pole einer Struktur, die dadurch gekennzeichnet ist, dass sie der Rechtsordnung zugleich innerlich wie äußerlich ist. Zum anderen ist der *homo sacer* selbst die ›paradigmatische‹ Verkörperung dieser Struktur, indem er (allein) sie konstituiert. Die Spannung zwischen diesen beiden Aspekten lässt sich erklären, wenn ein prozessuales Verständnis zugrunde gelegt wird: Je stärker die Souveränität zur Struktur wird, desto mehr verliert sie ihre zweipolige Form, denn desto mehr tritt der entscheidende Souverän zurück, so dass sich Souveränität einseitig auf das Moment nackten Lebens reduziert. Diese Einseitigkeit oder Homogenität der Struktur kennzeichnet Agamben zufolge, wie ich noch zeigen werde, die Moderne.

Souveränität als Struktur

In einem ersten Schritt ist die Struktur allerdings noch in ihrer Zweipoligkeit zu betrachten. In dieser Perspektive haben die beiden Pole, *homo*

praktische Philosophie. Die Leistung besteht eben darin, die Relevanz des souveränen Subjekts für eine Theorie des Politischen offen zu legen. Zum »unaufhörliche[n] *Quis judicabit?*« bei Hobbes vgl. auch Schmitts anlässlich der Neuausgabe von 1963 beigefügten Hinweis zu Hobbes in BdP, 113.

21 Der Begriff des Privilegs findet sich auch im italienischen Original: »La nuda vita ha, nella politica occidentale, questo singolare privilegio, di essere ciò sulla cui esclusione si fonda la città degli uomini.« (Agamben 2005, 10)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sacer und Souverän, dieselbe Struktur – jene des Ausnahmezustands, des Zugleichseins von Innen und Außen –, verkörpern diese Struktur aber in verschiedener Weise: Beim Souverän handelt es sich um die *einfache* Suspension der Rechtsordnung. Beim *homo sacer* um einen *zweifachen* Ausschluss: Dass er nicht geopfert werden darf, schließt ihn aus dem göttlichen Recht, dass er straflos getötet werden kann, aus dem menschlichen Recht aus. (vgl. HS, 91f.) Weil die römisch-rechtliche Figur des *homo sacer* die einschließende Ausschließung, auf der die politische Gemeinschaft beruht, unüberbietbar zum Ausdruck bringt, erscheint sie als Paradigma für das nackte Leben *überhaupt*.

Souverän und *homo sacer* verkörpern nicht nur jeweils die souveräne Struktur, sie sind in dieser Struktur auch miteinander verknüpft. Hierbei handelt es sich um ein doppeltes Verknüpfungsverhältnis. Als einander entgegengesetzte Pole einer Struktur stehen sie zum einen in einem Verhältnis der *Korrelation*: »Souverän ist derjenige, dem gegenüber alle Menschen potentiell *homines sacri* sind, und *homo sacer* ist derjenige, dem gegenüber alle Menschen als Souveräne handeln.« (HS, 94, Hervorh. im Original) Zum andern und zugleich sieht Agamben ein Verhältnis der *Kongruenz*. Denn er bestimmt den *homo sacer* wie den Souverän *im selben Sinn* als heiliges oder nacktes Leben. Die gleichzeitige Zugehörigkeit und Nicht-Zugehörigkeit ist bei beiden dieselbe, selbst wenn sie sich in je anderer Weise ergibt: Was »den *homo sacer* und den Souverän zu *einem einzigen* Paradigma vereint, ist der Umstand, daß wir uns jedesmal vor einem nackten Leben befinden«. (HS, 110, zweite Hervorh. J.H.) Der Ausnahmezustand ist damit keine Struktur, in der sich souveräne Macht einerseits und nacktes Leben andererseits gegenüberstehen, sondern eine Relation von nacktem Leben und nacktem Leben.

Deshalb ist der Souverän nicht souveräner als der *homo sacer*. Da aber souverän nur die Figur sein kann, die allein souverän ist, sind sie nicht in gleichem Maß, sondern beide gar nicht souverän.[22] Das Attribut der Souveränität kommt allein der Struktur zu, in der sie stehen: »*Souverän ist die Sphäre, in der man töten kann, ohne einen Mord zu begehen und ohne ein Opfer zu zelebrieren, und heilig, das heißt tötbar, aber nicht opferbar, ist das Leben, das in diese Sphäre eingeschlossen ist*.« (HS, 93, Hervorh. im Original) In diese souveräne Sphäre eingeschlossen zu sein, heißt ihre Struktur lebendig, als Leben zu verkörpern. Ihrer Struktur nach ist die souveräne Sphäre flüssig, denn das heilige Leben, das als Ausgeschlossenes in sie eingeschlossen ist, fluktuiert zwischen den Polen des Souveräns und des *homo sacer*. Im Fall des *homo sacer* entsteht das nackte Leben durch einen Entzug, durch die Subtraktion jeder

22 Dass es in einem Territorium nur *eine* souveräne Instanz geben kann, ist ein Grundsatz der klassischen Souveränitätstheorie; vgl. dazu etwa Heller 1992, 21f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

politischen Qualität. Im Fall der höchsten Macht (des Souveräns) wird das heilige Leben »in die Person selbst, welche die Macht innehat«, aufgenommen. (HS, 110) Im *homo sacer* erwächst heiliges Leben durch eine *Subtraktion*, im Souverän tritt es in einer *Addition* hinzu.

In beiden Fällen handelt es sich beim heiligen Leben, das zwischen diesen beiden Polen fluktuiert, um ein Leben, das »sozusagen den Tod überlebt hat« (ebd.), und damit um einen Rest. Beim *homo sacer* kommt dieser Rest Leben einem im Grunde schon toten Menschen zu. Am deutlichsten arbeitet Agamben dies an der modernen Erscheinung des *homo sacer* heraus, am sogenannten »Muselmann« des Konzentrationslagers, der »Grenz-Gestalt« und »wahre[n] Chiffre von Auschwitz«. (vgl. Agamben 2003b, 47, 54 und 71) Weil diese Gefangenen des Lagers aller Rechte, »die wir gewöhnlich mit der menschlichen Existenz verbinden, beraubt und dennoch biologisch noch am Leben sind, halten sie sich in einer Grenzzone zwischen Leben und Tod« auf (HS, 168), wo sie »einen neuen lebenden Toten«, »einen neuen *homo sacer* [uomo sacro]« konstituieren (HS, 140, Hervorh. im Original). Bei der Person des Souveräns, die mit der Normalisierung des Ausnahmezustands in der Moderne zunehmend zurücktritt, zeigt sich der Rest Leben im Moment, in dem er stirbt. Hier wird das heilige Leben im Tod als ein Überschuss freigesetzt, der auf den Nachfolger übergeht. (vgl. HS, 111) Dem *homo sacer* als lebendem Toten entspricht der Souverän als ein toter Lebendiger.

In beiden Fällen, ob in der einen oder anderen Richtung, ist das heilige Leben definiert »durch sein Eintreten in eine engste Symbiose mit dem Tod«. (HS, 109) Der Tod hat damit wie für Schmitt auch bei Agamben eine grundlegende Funktion. Hier konstituiert er allerdings nicht die politische Einheit (den Staat) als eine am Leben zu haltende und den Tod bekämpfende Instanz. Vielmehr geht der Tod bei Agamben in die Struktur des Politischen und damit der Souveränität selbst ein: Die Struktur der Souveränität besteht aus einem sich mit dem Tod ›symbiotisch‹ verbindenden Leben. Bei Hobbes dient das Politische dem Leben der Einzelnen und schließt ihren gewaltsamen Tod aus. Bei Schmitt dient der gewaltsame Tod der Einzelnen dem Leben des Politischen und ist von diesem gefordert. Bei Agamben ist das Politische oder die Souveränität demgegenüber eine Struktur, in der das Leben in keinem Gegensatz zum Tod steht, sondern die gerade durch das Eintreten des Todes ins Leben bestimmt ist. ›Ausnahmezustand‹ bedeutet bei Agamben den Zustand, in dem eine solche Struktur vollständig verwirklicht ist.

Agambens Strukturtheorie des Ausnahmezustands lässt auch einen Schluss auf das Verhältnis der beiden Bücher *Homo sacer* und *Ausnahmezustand* innerhalb des gesamten Projekts zu. In *Homo sacer* liegt der Schwerpunkt darauf, dass die Struktur der Ausnahme den politischen Raum *seit jeher* fundiert; in *Ausnahmezustand* steht im Vordergrund,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dass die Struktur den politischen Raum *in der Moderne* in seiner ganzen Breite durchzieht. Dies soll im Folgenden exponiert werden.

In *Homo sacer* schreibt Agamben in Anknüpfung an Schmitt, bei der souveränen Ausnahme gehe es »zuallererst um die Schaffung und Bestimmung des Raumes selbst, in dem die juridisch-politische Ordnung überhaupt gelten kann.« (HS, 29) Der Ausnahmezustand stellt damit nicht nur das zugrundeliegende Prinzip, sondern das Prinzip der Gründung selbst dar. (vgl. ebd.) Gründung bedeutet hier jedoch kein anfängliches Fundament, sondern ein fortwährendes Fundieren; die Konstitution des politischen Zustands ist nicht als initialer Austritt aus dem Naturzustand zu verstehen. Als Gründung meint der Ausnahmezustand auch weniger ein konkret-juristisches Institut als vielmehr die »Ausnahmebeziehung« (vgl. HS, 28f. und 39), in der nacktes Leben aus dem politischen Raum herausgenommen wird und ihn eben dadurch eröffnet.[23] Weil es die politische Sphäre fundiert, steht das nackte oder heilige Leben im Zentrum des Buches.

Dagegen tritt es im Buch *Ausnahmezustand* deutlich zurück. Die Struktur des Ausnahmezustands kommt hier unter einem anderen Gesichtspunkt in Betracht. Ausgangspunkt ist die Normalisierung des Ausnahmezustands (*stato di eccezione*), der terminologisch nicht als Beziehung, sondern als »kohärentes Ensemble von rechtlichen Phänomenen« gefasst wird; dazu zählt Agamben neben dem deutschen Begriff des Ausnahmezustands auch denjenigen des Notstands sowie die Begriffe *decreti di urgenza, stato di assedio, état de siège, martial law* und *emergency powers*. (vgl. AZ, 10) Der Ausnahmezustand erscheint hier nicht als Struktur, die den politischen Raum fundiert, sondern die ihn ausfüllt. So verstanden ist der Ausnahmezustand die Struktur der Moderne.

Leben, das unmittelbar politisch ist: Die Wende zur Moderne

In der Lektüre von Agamben liegt eine der größten Schwierigkeiten darin, genau zu verstehen, was die Moderne von der Vormoderne unterscheidet. Dass es in der Frage des Ausnahmezustands eine fundamentale Epochendifferenz gibt, steht im Widerspruch zu Agambens Behauptung einer biopolitischen Kontinuität seit Pindar – einer Kontinuität hinsichtlich der Exklusion des nackten Lebens und damit der Struktur des Ausnahmezustands. Trifft diese Kontinuitätsbehauptung zu, die Agamben in eine Gegenposition zu Schmitt wie zu Foucault rückt, dann kann die Moderne nicht durch einen Bruch von ihrer Vergangenheit getrennt sein.

23 Dem entspricht, dass Agamben in *Homo sacer* vorwiegend von der Struktur der Ausnahme – *struttura dell'eccezione* (Agamben 2005, 10) – und weniger von der Struktur des Ausnahme*zustands* spricht.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In diesem Sinn schreibt Agamben denn auch wie erwähnt, der moderne Staat, der »das biologische Leben ins Zentrum seines Kalküls rückt«, bringe »bloß das geheime Band wieder ans Licht, das die Macht an das nackte Leben bindet«. (HS, 16) Auf der anderen Seite bestimmt Agamben den modernen Zeitpunkt, an dem der Staat entscheidet, »das biologische Leben der Nation seinem direkten Aufgabenbereich zu unterstellen«, als einen »Bruch des alten *nomos*«. (Agamben 2006, 41, Hervorh. im Original) Der Bruch manifestiert sich im Aufkommen der Konzentrationslager seit dem Ende des vorletzten Jahrhunderts: Das, »*was wir ›Lager‹ nennen, ist dieser Bruch*.« (ebd., 42, Hervorh. im Original) Er öffnet »den politischen Raum der Moderne« als einen neuen Zeitraum, der die Kontinuität unterbricht. (ebd., 41) Die Unterbrechung der Kontinuität stellt Agamben explizit mit der Normalisierung des Ausnahmezustands in Zusammenhang: »*Das Lager ist der Raum, der sich öffnet, wenn der Ausnahmezustand zur Regel zu werden beginnt*.« (ebd., 38, Hervorh. im Original) Der Übertritt des Ausnahmezustands in die Regel zeigt sich nicht nur am Phänomen des Lagers, sondern auch in der Ausweitung der Exekutivgewalt durch Übertragung legislativer Kompetenzen. Diese Ausweitung beginnt mit dem Ersten Weltkrieg und damit in derselben Periode wie das Aufkommen der Lager. (vgl. AZ, 14 und 49)

Die Vermutung liegt zunächst nahe, dass das Buch *Ausnahmezustand* die Struktur des Ausnahmezustands von der Seite eben dieses souveränen Regierens her untersucht. In diese Richtung weist auch das erste Kapitel, das mit *Der Ausnahmezustand als Paradigma des Regierens* betitelt ist und in dem Agamben exponiert:

> »Angesichts der unaufhaltsamen Steigerung dessen, was als ›weltweiter Bürgerkrieg‹ bestimmt worden ist, erweist sich der Ausnahmezustand in der Politik der Gegenwart immer mehr als das herrschende Paradigma des Regierens. Diese Verschiebung von einer ausnahmsweise ergriffenen provisorischen Maßnahme zu einer Technik des Regierens droht die Struktur und den Sinn der traditionellen Unterscheidung der Verfassungsformen radikal zu verändern – und hat es tatsächlich schon merklich getan. Der Ausnahmezustand erweist sich in dieser Hinsicht als eine Schwelle der Unbestimmtheit zwischen Demokratie und Absolutismus.« (AZ, 9)

In dem, was folgt, zielt Agambens Untersuchung allerdings weniger auf die weltweite Breite als in die historische Tiefe. Es geht weniger um die Explikation souverän-exekutiven Regierens im permanenten Ausnahmezustand als vielmehr um die Einlassung dieses Regierens in die Struktur, die zu erläutern er in *Homo sacer* angesetzt hat. Dass es beim Ausnahmezustand nicht um den Souverän geht, der über ihn entscheidet, macht Agamben auch hier früh deutlich: »Der Ausnahmezustand ist kein Sonderrecht (wie das Kriegsrecht), sondern er bestimmt, indem er die

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rechtsordnung suspendiert, deren Schwelle oder Grenzbegriff.« (AZ, 11) Als »Grenzbegriff« bezeichnet Agamben – anders als Schmitt in den ersten Sätzen der *Politischen Theologie* (PT, 14) – gerade nicht den Begriff der Souveränität; und der Nachdruck darauf, dass es sich beim Ausnahmezustand in der Moderne um ein Paradigma des Regierens handelt, verbindet sich nicht mit einem Fokus auf souverän-exekutive Instanzen. Dem *homo sacer* als »Protagonist« (HS, 18) des gleichnamigen Buches entspricht in *Ausnahmezustand* nicht der Souverän. Denn Souveräne treten in dem Maß zurück, in dem sich der Ausnahmezustand normalisiert. Das Buch *Ausnahmezustand* handelt von dieser Normalisierung. In einem normalisierten Ausnahmezustand wird die ›Leistung‹, die der Souverän erbrachte, von der politischen Struktur selbst übernommen. Diese Leistung besteht im politischen Akt der Entrechtung, der als ausdrücklicher Akt entfallen kann, wenn das Leben schon von Beginn an entrechtet ist. Eine Möglichkeit, durch die das geschieht, besteht in der Zuordnung des Lebens zu einer Rasse. Wird das Leben mit dem Begriff der Rasse unmittelbar politisch (bzw. seiner politischen Qualitäten beraubt), tritt die ›Leistung‹ oder der Akt der Souveräne zurück. Die Normalisierung der Ausnahme geht dann mit der Verdrängung des Souveräns einher. Agamben exponiert dies bereits in einem Kapitel von *Homo sacer*, das den Titel *Politik, d.h. die Gestaltung des Lebens der Völker* trägt und den Nationalsozialismus als biopolitisches Regime untersucht. Über das Zur-Regel-Werden der Ausnahme schreibt Agamben hier:

> »Es ist gleichsam, wie wenn das nackte Leben des *homo sacer*, auf dessen Absonderung sich die souveräne Macht gründete, jetzt explizit und unmittelbar politisch wird, indem es sich selbst als Aufgabe annimmt. Das ist aber gerade das Kennzeichen der biopolitischen Wende der Moderne, mithin der Bedingung, in der wir uns noch immer befinden. […] Im Ausnahmezustand, der zur Regel geworden ist, verkehrt sich das Leben des *homo sacer*, der das Gegenstück des Souveräns war, in eine Existenz, auf welche die Macht keinerlei Zugriff mehr zu haben scheint.« (HS, 162, Hervorh. im Original)

Die biopolitische Wende besteht darin, dass das Leben nicht mehr zum nackten gemacht wird, indem eine souveräne Macht es absondert und dadurch hervorbringt. Stattdessen ist es *unmittelbar* ein nacktes und insofern politisches Leben geworden. Explizit zum Ausdruck kommt dies in der biopolitischen Begrifflichkeit des Naziregimes, besonders im Begriff der Rasse. Dieser bezeichnet unvermittelt etwas Politisches: eine Gruppe, deren angebliche *biologische* Homogenität die Volksgemeinschaft als *politische* Gemeinschaft konstituiert. (vgl. HS, 155–157) ›Rasse‹ impliziert ›Volkszugehörigkeit‹ im politischen Sinn, wobei von

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Geburt an, nämlich ›rassisch‹ feststeht, wer zum politischen Volk dazugehört und wer zu exkludieren ist.

Die biopolitische Bedingung der Moderne liegt demnach in einem Apriori des Politischen; weil das biologische Leben immer schon politisch ist, entzieht es sich der Politisierung: Was abgetrennt von allen politischen Rechten geboren wird, kann nicht mehr abgesondert werden. Daraus ergibt sich als souveränitätstheoretische Konsequenz die Marginalisierung der Souveränität. Denn nur durch die *absondernde* Produktion nackten Lebens, nur durch diese *Tat*, brachte sich Souveränität hervor. Reproduziert sich nacktes Leben von selbst, entfällt mit der souveränen Tat auch die souveräne Instanz. Insofern allein nacktes Leben zurückbleibt, dominiert es nun die politische Sphäre: In dem Maß, in dem sich der Ausnahmezustand normalisiert, »setzt sich das nackte Leben […] im Staat frei«. (HS, 19) Vom Rand der Ordnung rückt es in deren Mitte und füllt den politischen Raum aus. In eigentümlicher Weise nimmt es dadurch den Ort des Souveräns ein.

In diesem Licht erscheint bei Agamben der Prozess, »der im großen und ganzen mit der Geburt der modernen Demokratie zusammenfällt, in der sich der Mensch als Lebewesen nicht mehr als *Objekt*, sondern als *Subjekt* der politischen Macht präsentiert«. (ebd., Hervorh. im Original) Der Demokratiebegriff, der hier fällt, hat nichts Jubilatorisches und bleibt ohne Emphase. Die Freisetzung des nackten Lebens bedeutet, auch wenn Agamben die Wörter »befreien« und »Befreiung« (*liberare, liberazione,* Agamben 2005, 12f.) verwendet, gleichwohl das Gegenteil. ›Freisetzung‹ des nackten Lebens ist seine Expansion im politischen Raum, nicht die Entledigung seiner Nacktheit.

Die biopolitische Wende scheint darin zu liegen, dass eine aus zwei Polen – souveräne Macht und nacktes Leben – konstituierte Struktur von einer Seite her ausgefüllt wird: Der Souverän, der seinerseits, wie oben dargelegt, eine Form nackten Lebens ist, überlässt das Feld dem *homo sacer*, so dass diese Figur mit der souveränen Struktur identisch wird. Es fällt schwer, die Widersprüche in Agambens Narrativ der Geschichte der Souveränität aufzulösen. Auf der einen Seite konstatiert er eine Kontinuität westlicher Souveränität spätestens seit dem 5. Jahrhundert v. Chr.: Bereits bei Pindar war das Gesetz, der *nómos* selbst, König. Das heißt, schon in frühklassischer Zeit lag die Herrschaft nicht in den Händen eines Souveräns. Auf der anderen Seite sieht Agamben in der Moderne einen Wendepunkt, den er, hierin ähnlich wie Foucault, als einen Rückzug der Figur des Souveräns beschreibt. Der Widerspruch besteht darin, dass ein Souverän zurücktritt, den es auch davor, wie Agamben mit Pindar zu zeigen scheint, nicht gegeben hat. Ausräumen lässt sich dieser bei Agamben bestehende Widerspruch nicht. Am kohärentesten erscheint es, Agamben so zu verstehen, dass sich mit der Moderne eine bestehende souveräne Struktur intensiviert und dass dies

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

durch den Rückgang der Handlungsmacht eines personalen Souveräns erfolgt.

Wie aber geschieht dies? Wird die Struktur dadurch, dass das agentielle Moment souveränen Entscheidens angeblich ganz entfällt (vgl. HS, 162), noch ›struktureller‹ und dadurch als Struktur souverän? Oder bedeutet im Gegenteil das Verschwinden der souveränen Instanz, dass von Souveränität im strengen Sinn nicht mehr gesprochen werden kann? Agamben tendiert in *Ausnahmezustand*, mehr noch als in *Homo sacer*, zur zweiten Option. Dass sich die Souveränität in einer Struktur auflöst, bedeutet allerdings nicht die Entmächtigung, sondern die Entfesselung dieser Struktur. Für diese Entfesselung verwendet Agamben den Begriff der »Rechtsmaschine« (AZ, 46). Diese ist, wenn der Ausnahmezustand zur Regel wird, in einem zweifachen Sinn nicht mehr zu halten: Weil sie nicht mehr zum Stillstand gebracht werden kann und weil sie nicht mehr tragbar ist. Ist der Ausnahmezustand regulär, »transformiert sich das politisch-rechtliche System in eine tödliche Maschine«. (AZ, 102) Im Ausnahmezustand bricht nicht das Leben durch die Kruste erstarrter Mechanik (Schmitt), sondern die Mechanik geht durch und die Maschine läuft weiter, ohne weiterhin zu funktionieren: Der Mechanismus wird überlastet, wenn nacktes Leben in einem Maß hervorgebracht wird, in dem es den politischen Raum vollkommen einnimmt, statt ihn bloß zu ermöglichen. In einem ähnlichen Sinn, in dem Benjamin schreibt: »man stellt sich nicht vor eine Turbine und übergießt sie mit Maschinenöl. Man spritzt ein wenig davon in verborgene Nieten und Fugen, die man kennen muß.« (Benjamin 1955, 8) Die Produktion nackten Lebens in der Gegenwart erscheint bei Agamben als ein solches Übergießen der souveränen Maschine mit Öl.

In seinem Buch *Ausnahmezustand* geht es um den Modus dieses Nicht-mehr-Funktionierens einer Struktur, *nicht aber* um ein Paradigma souveränen Regierens – oder doch nur insofern, als es sich dabei um ein ~~souveränes~~ Regieren handelt, in dem die Souveränität ausgestrichen ist und nur noch die Macht der Struktur bleibt. Mit der Normalisierung des Ausnahmezustands, mit seinem Zur-Regel-Werden, ist daher nicht die steigende Häufigkeit gemeint, in der er erklärt wird. Es geht nicht um die Zunahme politischer Entscheidungsakte, in denen sich die Exekutive legislativer Kompetenzen bemächtigt. Mit anderen Worten: Das Regulärwerden des Ausnahmezustands ist kein quantitatives Phänomen und mit seiner steigenden Anwendung auch dann nicht zu verwechseln, wenn diese damit einhergeht. Vielmehr hat die Regularisierung des Ausnahmezustands mit der Struktur selbst zu tun: Nicht die Extension der Anwendung, sondern die Intensivierung der Struktur führt zur Normalisierung, die Agamben im *Ausnahmezustand*-Buch beschreibt.

Um dies zu erläutern, ist sinnvoll, begrifflich zwischen einer Regularisierung und einer Normalisierung der Ausnahme zu unterscheiden. Dass

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich der Ausnahmezustand *normalisiert*, soll heißen, dass sein Vorliegen normal wird und hat insofern einen *allein* quantitativen Sinn. Dass er sich *regularisiert*, nicht nur zur Gewohnheit, sondern zur Regel wird, hat dagegen auch einen qualitativen Sinn und bezieht sich auf die innere Struktur des Gesetzes, nicht auf dessen zunehmende Aussetzung. Diese Regularisierung des Ausnahmezustands, sein Zur-Regel-Werden, soll im Folgenden in Betracht kommen. Es geht dann nicht länger darum, dass der Ausnahmezustand häufiger wird, sondern dass er mit dem Gesetz (der Regel, der Norm) identisch wird. Die biopolitische Wende nach Agamben ist als solche Regularisierung des Ausnahmezustands zu verstehen, genauer: als eine Normalisierung, die sich durch Regularisierung vollzieht.

2.3 Gesetz und Ausnahme: Zu Agambens Theorie der Normativität

Bereits in *Homo sacer* hatte Agamben den Ausnahmezustand in direkter Absetzung zu Schmitt beschrieben: »Es geht hier nicht nur, wie Schmitt zu meinen scheint, um den Einfall des ›wirklichen Lebens‹, das in der Ausnahme ›die Kruste einer in Wiederholung erstarrten Mechanik‹ ›durchbricht‹ [PT, 21], sondern um etwas, das die innerste Natur des Gesetzes betrifft.« (HS, 36) Im Ausnahmezustand manifestiert sich nach Agamben nicht die Differenz zum Gesetz, sondern das Gesetz selbst. Leben und Gesetz bilden daher, anders als bei Schmitt, keine Gegensätze, sondern stehen in einer engen Verbindung. Diese Verbindung von Gesetz und Leben erschließt sich nicht nur im Unterschied zu Schmitt, sondern muss auch und zunächst in der Differenz in den Blick kommen, die sie gegenüber Foucault bedeutet.

Foucault sieht in Biopolitik und Souveränität zwei verschiedene Modelle der Macht. Souveränität ist Macht über den Tod: die Macht, sterben zu machen; Biopolitik ist Macht über das Leben: die Macht, leben zu machen. (vgl. Foucault 2012, 132–135) Seit dem 17. Jahrhundert tritt zur Souveränität zunehmend Biopolitik als neues Modell der Macht: In die juridische Funktionsweise der Souveränität dringen die Mechanismen und Techniken der Biopolitik ein und greifen Raum. Darin liegt nach Foucault die biopolitische Wende der Moderne. Agamben betrachtet demgegenüber Biopolitik und Souveränität nicht als zwei verschiedene Modelle der Macht; die Macht, sterben zu machen, und die Macht, leben zu machen, sind bei ihm nicht getrennt.[24] Die Macht,

24 Den Grund für die unterschiedliche Auffassung der Biopolitik und ihres Verhältnisses zur Souveränität bei Foucault und Agamben sieht Maria Muhle in deren verschiedenen Begriffen des Lebens. (vgl. Muhle 2013, 46–50)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nacktes Leben hervorzubringen, ist die Weise, in der sich sterben machen und leben machen verbinden. Es ist die Weise, in der Biopolitik und Souveränität von Anfang an, d.h. für Agamben seit der griechischen Antike, zusammenhängen.[25] Agambens These lautet, dass die Politik des Westens seit jeher Biopolitik ist. Denn sie konstituiert sich seit ihrem Beginn durch den Bezug auf das menschliche Leben: Die souveräne Macht (und damit die politische Sphäre) entsteht dadurch, dass sie menschliche Individuen entrechtet; jedes Machtzentrum etabliert sich, indem Leben marginalisiert wird. Wenn Biopolitik das Prinzip ist, nach dem Souveränität funktioniert, entfällt eine weitere Trennung, die für Foucault konstitutiv ist: die Trennung zwischen einer Macht, die juridisch organisiert ist, und einer Macht, die durch rechtlich nicht normierte Techniken funktioniert.

Eine biopolitische Wende, wie Foucault sie feststellt, kann es aus Agambens Sicht nicht geben. Denn diese Wende beruht auf Unterscheidungen, die Agamben nicht teilt. Die beiden Modelle der Macht, die Foucault analytisch trennt und die historisch in unterschiedlicher Intensität auftauchen, sind bei Agamben nicht verschieden. Auch Agamben führt allerdings, wie gesehen, die Moderne auf eine biopolitische Wende zurück. Vor diesem Hintergrund ist klar, dass sie einen ganz anderen Charakter haben muss als bei Foucault: Es handelt sich nicht um eine Verdrängung des bisherigen Machtmodells, sondern um seine Vertiefung. Diese Vertiefung setzt mit der Französischen Revolution im 18. Jahrhundert ein. Für Agamben ist es kein Zufall, wie ich noch erläutern werde, dass die Normalisierung des Ausnahmezustands und die Deklarierung der Menschen- und Bürgerrechte in Frankreich in denselben Zeitraum fallen. Ihren eigentlichen Umschlagspunkt erfährt die biopolitische Wende der Moderne allerdings im Totalitarismus des 20. Jahrhunderts: Im nackten Leben, das sich in den Gefangenen der Konzentrations- und Vernichtungslager verkörpert, schreibt sich der Ausnahmezustand als ›Gesetz‹ ein.

Darin, dass der Ausnahmezustand mit dem Gesetz zusammenfällt, besteht zugleich seine Normalisierung: Der Ausnahmezustand wird zur

25 Es trifft daher zu, dass sich Biopolitik bei Agamben mit Thanatopolitik verbindet (vgl. HS, 130), wobei sich letztere nicht auf bloße Tötung, sondern auf das Tötbarmachen: auf die Etablierung einer folgenlosen Tötbarkeit des Lebens bezieht. Den thanatopolitischen Zug von Agambens biopolitischer Theorie und den damit verbundenen Fokus auf eine juridisch begriffene Souveränität kritisiert Lemke. (vgl. Lemke 2008, 104 sowie 99) Dass Agamben – ebenfalls aufgrund seiner Fixierung auf juridische Souveränität – den notwendigen Bezug der Biopolitik auf eine sich erst in der Moderne herausbildende Bevölkerung nicht berücksichtigt und eine gegenüber Foucault enthistorisierende Analyse vorgelegt hat, ist Gegenstand der Kritik Deuber-Mankowskys. (vgl. Deuber-Mankowsky 2002)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Normalität, weil er zur Norm wird; die Normalisierung erfolgt im Modus der *Regularisierung*.

Dies heißt für Agamben nicht, dass der Ausnahmezustand davor in einem Gegensatz zur Norm stand. Auch von dieser rechtlichen Seite betrachtet, erscheint die biopolitische Wende der Moderne nicht als Umbruch, sondern als Vertiefung dessen, was bereits wirksam war. In einer Interpretation von Pindars Fragment 169 versucht Agamben zu zeigen, dass dem Gesetz von alters her eine souveräne Struktur, die Struktur des Ausnahmezustands eignet. (vgl. HS, 37–43) Diese Struktur wird in der Moderne vollständig realisiert: Sie wird mit der faktischen Wirklichkeit identisch. Die Normalisierung des Ausnahmezustands besteht nach Agamben gerade nicht in der Außer-Kraft-Setzung, sondern in der Verwirklichung des Gesetzes. Die Struktur des Gesetzes wird dadurch ›vertieft‹, dass sie sich ins Leben einschreibt. Unklar bleibt dabei allerdings, wie sich dies jenseits der Erfahrungen äußert, welche die Gefangenen der Konzentrationslager durchlitten. Denn dass wir mit der Normalisierung der Ausnahme ausnahmslos alle zu *homines sacri* geworden sind, ist Agambens These. Vor ihrer Infragestellung gilt es sie zu rekonstruieren.

Agamben sieht in Pindar den ersten Theoretiker der Souveränität und versteht dessen Theorie als eine Theorie des Gesetzes. In der Frage nach dem souveränen Gesetz liegt für Agamben die Frage nach der Souveränität überhaupt. Auch die Beziehung zwischen Souverän und nacktem Leben, in der Souveränität besteht, erscheint als eine innere Angelegenheit des Gesetzes: Das Gesetz hat die Struktur dieser bipolaren Beziehung. Diese innergesetzliche Beziehung scheint nun, ähnlich wie das Normensystem nach Schmitt, zunächst etwas dem Gesetz gegenüber Heterogenes zu enthalten: Den Souverän, der (und insofern er) das Gesetz suspendiert. Bereits Schmitt hatte jedoch, wie ich gezeigt habe, die Durchbrechung als Bestandteil und innere Möglichkeitsbedingung der Normativität ausgewiesen. Dieser Zug, dass die ›Leistung‹ des Souveräns innerhalb des Normativen absorbiert wird, erfährt bei Agamben eine Radikalisierung in zwei Hinsichten. Bei Schmitt ist die Leistung, die vom System der Normen übernommen wird, nicht ›souverän‹ im starken Sinn: Die Selbstdurchbrechung des Normativen bedeutet nicht dessen Suspension, sondern dessen Konstitution. Agamben hingegen versteht diese souveräne Leistung in einem radikal Schmitt'schen (und damit nicht in Schmitts) Sinn: Das Gesetz hat eine Struktur, die sich selbst *suspendiert*. Darin besteht die erste Radikalisierung. Die zweite Radikalisierung liegt darin, dass Agamben diese Selbstdurchbrechung des Normativen nicht als innere Heterogenität versteht. Während Schmitt darauf insistierte, dass das System der Normen ein von den Gesetzen verschiedenes und in dieser Verschiedenheit konstitutives Moment der Entscheidung enthält, beschreibt Agamben die Suspension des Gesetzes selbst als gesetzlich, nämlich als die Struktur des Gesetzes, der Norm selbst.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Suspension des Gesetzes durch sich selbst impliziert keine Heterogenität, sondern bedeutet hier Homogenität des Normativen. Nicht nur die Rolle des personalen Souveräns, sondern auch das Moment der Entscheidung wird dadurch vollständig zurückgenommen. Aufgrund dieser restlosen Rücknahme eines selbständigen Moments der Entscheidung hat das Gesetz selbst die Struktur der Suspension: Der Ausnahmezustand ist dann die Regel nicht nur im Sinn der Normalität, sondern der Norm. Die Norm hat die Souveränität vollständig absorbiert. Die Differenz, welche die Souveränität gegenüber dem suspendierten Gesetz bedeutete, besteht hier nicht mehr.

Gesetz ohne Gehalt: Das iustitium als Paradigma der Ausnahme

Die Frage, ob die Struktur des Gesetzes (die Struktur des Ausnahmezustands), wenn sie sich vollends verwirklicht hat, von Souveränität erfüllt oder entleert ist, nimmt bei Agamben die folgende Form an: Ist der *Ausnahmezustand* ein pleromatischer oder ein kenomatischer Zustand? Seine ganze Argumentation im Buch über den Ausnahmezustand zielt auf den Nachweis, dass letzteres zutrifft. Pleromatisch verstanden, wäre der Ausnahmezustand eine Machtfülle: die ›Vollmacht‹ (*pleins pouvoirs*) des Souveräns. Als solche Machtfülle erscheint der Ausnahmezustand, so Agamben, wenn er wie bei Schmitt mit der Diktatur in Verbindung gebracht wird. (vgl. AZ, 12 und 58f.)

Diesem pleromatischen Bild tritt Agamben entgegen, indem er den Ausnahmezustand nicht von der römischen Diktatur her versteht, sondern ihn »wieder in seinem genealogisch authentischen« Paradigma des römischen Rechts, dem *iustitium* verortet. Dann nämlich erweise sich der Ausnahmezustand »als kenomatischer Zustand, Leere und Stillstand des Rechts.« (AZ, 59) Das *iustitium* bedeute nicht nur das Suspendieren der Justiz, sondern das Anhalten des Rechts im Ganzen: »*ius stat*«. (AZ, 52, Hervorh. im Original) Wird der Ausnahmezustand vom *iustitium* statt von der Diktatur her verstanden, erscheint er, folgt man Agamben, unter umgekehrten Vorzeichen: Offenbart die Diktatur nach Schmitt ein *summum ius*: ein höchstes Recht und zugleich ein Höchstmaß an Recht, bewirkt das *iustitium* nach Agamben eine Suspendierung »des Rechts als solchem« (ebd.).

Da Agamben seine Deutung des Ausnahmezustands auf eine historische Grundlage stellt, ist zumindest in einem ersten Schritt auch eine historische Beurteilung erforderlich. In seiner Beschreibung des *iustitium* stützt sich Agamben hauptsächlich auf die klassische, auch heute noch zitierte Studie Adolph Nissens über *Das Justitium* (Nissen 1877). Von Nissen übernimmt er auch die für ihn zentrale These, dass es sich beim *iustitium* um einen Stillstand des Rechts schlechthin gehandelt habe.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gegen Nissen hat Wolfgang Kunkel eingewandt, dass sich bei ihm für diese These »kein ernsthaftes Argument« finde und sie sich auch nicht mit Blick auf die Quellenlage belegen lasse; Kunkel zufolge war das *iustitium* deshalb »an und für sich betrachtet, kein Ausnahmezustand, der die Verfassung und die Rechte der Bürger außer Kraft treten ließ, sondern eben nur eine Suspension der Justiz, die mit anderen Einschränkungen des geschäftlichen Verkehrs einherzugehen pflegte«. (Kunkel 1995, 226) Kunkel nennt hier »die Schließung der Staatskasse und der Verkaufs- und Wechslerbuden am Forum oder auch in der ganzen Stadt, ferner das Verbot öffentlicher Auktionen«. (ebd.) Auch Gregory Golden stellt in seiner relativ jungen Studie über Krisenmanagement in der römischen Republik hinsichtlich des *iustitiums* die Einstellung des öffentlichen Geschäftslebens an erste Stelle: »A *iustitium* was a complete cessation of public business, preventing all government activities not related to war.« (Golden 2013, 87) Neben der Suspension der Justiz und der öffentlichen Geschäfte nennt auch er die Unterbrechung der privaten Wirtschaft: »a complete ban on private business«. (ebd.) Doch ebenso wie Kunkel, und anders als Agamben, adressiert auch er das *iustitium* nicht als Stillstand des Rechts überhaupt.

Fraglich an Agambens Beschreibung ist zudem die enge Verbindung von *senatus consultum ultimum* (›äußerster Beschluss des Senats‹), *tumultus* und *iustitium*: Das »*senatus consultum* stützte sich auf einen Erlaß, der den *tumultus* (d.h. den Notstand in Rom infolge eines äußeren Kriegs, eines Aufstands oder eines Bürgerkriegs) erklärte und der für gewöhnlich die Ausrufung eines Justitiums nach sich zog (*iustitium edicere* oder *indicere*).« (AZ, 52, Hervorh. im Original) Am Senatsbeschluss interessiert Agamben im Zusammenhang mit dem Ausnahmezustand das Adjektiv *ultimus* (›äußerster‹), das »bei den Forschern nicht die gebotene Beachtung« gefunden habe. (AZ, 57) Dazu ist einerseits zu bemerken, dass das sogenannte *senatus consultum ultimum* (*SC ultimum*) eine relativ späte Erfindung ist, die erst im letzten Jahrhundert der römischen Republik erfolgte. (vgl. Golden 2013, 104) Das Institut des *tumultus* existierte dagegen bereits seit der frühen Republik und konnte entsprechend unabhängig von einem *SC ultimum* erfolgen. (vgl. ebd., 43) Wichtiger noch ist aber, dass ein einfacher Grund dagegen spricht, im *SC ultimum* überhaupt ein Instrument des Ausnahmezustands zu sehen: »unlike the *tumultus* declaration or *iustitium* edict, the *SC ultimum* did not and could not stop the normal legal process from functioning«. (ebd., 108) Der Beschluss war unter einem rechtlichen Gesichtspunkt insofern »überflüssig« (*superfluous*), als die Magistrate auch ohne ihn befugt waren, die in einer schweren inneren Krise erforderlichen Maßnahmen zu ergreifen; dieser Befugnis konnte der Senat keine zusätzlichen Kompetenzen hinzufügen. (vgl. ebd., 148) Die Funktion des *SC ultimum* lag hauptsächlich darin, öffentlich einen

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Notfall zu signalisieren und Magistraten, die das gesetzte Recht überschritten, eine *politische* Deckung (*political cover*) für ihr Handeln zu geben. (vgl. ebd.) Vor diesem Hintergrund schließt Golden, das *SC ultimum* sei »in terms of the law […] not actually a formal declaration of a state of emergency, as a *tumultus* or a *iustitium* certainly was.« (ebd., 149, Hervorh. im Original) Was den Zusammenhang der letzteren beiden betrifft, so war die Erklärung des *tumultus* immer mit einem *iustitium* verbunden, während das Edikt des *iustitiums*, was in zwei Fällen belegt ist, auch ohne *tumultus* ergehen konnte. (vgl. ebd., 89) Der *tumultus* bezeichnet eine militärische Bedrohungssituation, die entweder in der Nachbarschaft Roms oder an den Grenzen zu Gallien oder durch einen Sklavenaufstand drohte. Weil der *tumultus* gefährlicher war als ein normaler Krieg (*bellum*), ist klar, dass er mit dem *iustitium* einherging, dessen Funktion die Beschränkung aller Aktivitäten auf den militärischen Einsatz war. Interessant ist hingegen, dass das *iustitium* rechtstechnisch auch ohne eine solche Bedrohungslage, ohne *tumultus* erklärt werden konnte. Dagegen folgt Agamben Nissen darin, *iustitium*, *tumultus* und *SC ultimum* »systematisch zusammenhängend« zu interpretieren: »Das *consultum* unterstellt den *tumultus*, und der *tumultus* ist der einzige Grund für das *iustitium*.« (AZ, 57) Vor dem Hintergrund der aktuelleren Forschung ist dieser behauptete Zusammenhang schwer zu halten. Doch müssen die historischen Korrekturen an Agamben nicht zwingend gegen seine systematische These ausgelegt werden. Dass das *senatus consultum ultimum* keine rechtliche Befugnis, sondern nur politische Deckung verleiht, kann als Hinweis auf die bloß *fiktive* Verbindung des Ausnahmezustands ans Recht genommen werden. Dass es das *iustitium* auch ohne *tumultus* gibt, kann auf die inhaltliche Unbestimmtheit, das heißt das *kenomatische* Moment des Ausnahmezustands deuten. Auf eben dieses kenomatische Moment ist Agambens Interesse am *iustitium* systematisch bezogen. (vgl. AZ, 62f.) Das systematische Argument gilt es nach diesen historischen Bemerkungen wieder in den Blick zu nehmen.

Auch wenn Agamben sich bewusst ist, dass das *iustitium* per Edikt durch einen Konsuln oder Diktator erklärt wurde (vgl. AZ, 52 und 58), betrachtet er es nicht als Ausdruck einer souveränen Tat. Am *iustitium* wie am Ausnahmezustand überhaupt interessiert ihn weniger »die mangelnde Gewaltenteilung, auf der immer wieder insistiert wird« (AZ, 49) und in der sich eine Machtfülle, die *pleins pouvoirs* eines Souveräns manifestiert. Wenn *iustitium* »die technische Bezeichnung für Ausnahmezustand« (AZ, 78) darstellt, so kommt der Ausnahmezustand gerade *nicht* als ein »Paradigma des Regierens« (AZ, 9) in Betracht, wie es der Beginn des Buches nahelegt. Denn nicht in der exekutiven Fülle, sondern in der Leere sieht Agamben das Spezifische des Ausnahmezustands. Dass das *iustitum* »ein Rechtsvakuum« (AZ, 12) darstellt, das

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

die rechtlichen Bestimmungen und damit die Differenz des Rechtlichen und Nicht-Rechtlichen aufhebt, ist der Punkt, auf den es Agamben ankommt.

Nicht auf der souveränen Exekutive anstelle der Gesetze, sondern auf der leeren, unsouveränen Struktur des Gesetzes liegt das Gewicht; mit diesem Gesetz und seiner Leerheit kommt der Ausnahmezustand zur Deckung. ›Gesetz‹ erscheint bei Agamben als dialektischer Begriff: Vollständig entfaltet, schlägt die souveräne Struktur des Gesetzes (des Ausnahmezustands) ins Unsouveräne um. Der Umschlag erfolgt im selben Schritt, in dem der Ausnahmezustand nicht mehr ausnahmsweise in souveräner Entscheidung ausgerufen wird, sondern die unerklärte Regel ist. Die biopolitische Wende der Moderne, wie Agamben sie beschreibt, erfolgt in diesem dialektischen Umschlag und damit in einem Verlust der Souveränität, der nicht Befreiung, sondern die Vertiefung einer unterdrückenden Struktur bedeutet.

Dass dieser Umschlag nicht als Abkehr, sondern als Realisierung des ›Ursprünglichen‹ zu verstehen ist, lässt sich wiederum anhand Benjamins geschichtsphilosophischer These von »der Dialektik, die dem Ursprung beiwohnt«, erläutern. (Benjamin 1978, 28) Dialektik bedeutet Bewegung. Diese führt dabei nicht vom Ursprung als einem unverfälschten Anfang weg. Die Dialektik des Ursprungs impliziert keine Entfremdung, sondern gerade die Verwirklichung der »Ursprungsidee« (ebd.) als eines seit Beginn vorhandenen ursprünglichen Elements: Ursprung ist bei Benjamin eine dialektische Kategorie entelechischen Einschlags. Es handelt sich um die eigentümliche ›Wiederherstellung‹ eines bislang noch nie erreichten ›ursprünglichen‹ Zustandes. Ursprung ist, was von Anfang an noch aussteht.[26] Das Zur-Regel-Werden des Ausnahmezustands ist bei Agamben in diesem Sinn zu deuten: als erstmalige Vollendung der ursprünglichen Struktur des Gesetzes. Dass die Struktur in eine sie realisierende Bewegung gerät und zur Vollendung kommt, ist durch die Dialektik gegeben, die dem Ursprung, wie Benjamin sagt, ›beiwohnt‹.

So lässt sich die geschichtsphilosophische Notwendigkeit erklären, mit der Agamben die Erfüllung bzw. Entleerung der Moderne denkt: Hat das Gesetz, wie Agamben postuliert, die Struktur des Ausnahmezustands, dann ist die Regularisierung der Ausnahme und damit der dialektische Umschlag des Rechts in eine haltlose Maschine, ›ursprünglich‹ und damit unvermeidlich ins Recht eingeschrieben. Agambens wiederholte Rede von der ›Maschine‹ des Rechts (AZ, 46, 70 und 102) ist

26 Über das Ursprungsphänomen, zu dem Agambens Paradigmenbegriff eine große Nähe aufweist (vgl. oben, Kapitel 2.1), schreibt Benjamin: »In jedem Ursprungsphänomen bestimmt sich die Gestalt, unter welcher immer wieder eine Idee mit der geschichtlichen Welt sich auseinandersetzt, bis sie in der Totalität ihrer Geschichte vollendet daliegt.« (Benjamin 1978, 28)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

keine uneigentlich gemeinte Rhetorik: Die Dialektik des Gesetzes, die dem Recht ›ursprünglich‹ zugrunde liegt, hält das Recht fortwährend in Bewegung. Diese Dialektik betrifft auch das Problem der Souveränität: Die Vollendung der souveränen Struktur bedeutet zugleich das Ende der Souveränität. Davon zeugt das Bild der entfesselten Rechtsmaschine, aus der jede souveräne Lenkung entfernt ist. Das Bild der Maschine evoziert die größtmögliche Distanz zu einem Schmitt'schen Begriff der Souveränität, der den ›lebendigen‹ Durchbruch maschineller Mechanik meint. Schmitt drückte den Gegensatz von Normalität und Ausnahmezustand in der Antinomie von Maschine und Leben aus. Agamben hingegen beschreibt die Regularisierung des Ausnahmezustands als einen dialektischen Übergang von einer funktionierenden Maschine (vgl. AZ, 46) zu einer Maschine im letalen »Leerlauf« (vgl. Agamben 2003a, 88). Bei Schmitt steht der Ausnahmezustand in Opposition zur Maschine; in dieser Opposition (im Durchbrechen) offenbart sich die Souveränität in Gestalt des Souveräns. Bei Agamben hingegen transzendiert der Ausnahmezustand die Maschine in keinem Moment: In der Vormoderne ist der Ausnahmezustand immanenter Bestandteil des maschinellen Funktionierens, in der Moderne wird er mit ihrem Nicht-Funktionieren identisch. Souveränität im anti-maschinellen Sinn Schmitts liegt weder im vormodernen noch im modernen Fall vor; die souveräne Struktur des Gesetzes schlägt nicht bloß in Unsouveränität um, sondern *war nie* souverän.

›Nomos‹ als Identität von Recht und Gesetz

Wenn Agamben im *Homo sacer* von der souveränen Struktur des Gesetzes spricht, setzt er das Attribut »souverän« in relativierende Anführungszeichen: »Die ›souveräne‹ Struktur des Gesetzes […] hat die Form des Ausnahmezustandes«. (HS, 37) Gerade *weil* sie die Form des Ausnahmezustands hat, kann die Struktur des Gesetzes nicht im eigentlichen Sinn souverän sein. Zumindest dann, wenn der Ausnahmezustand als Struktur und nicht als personale Entscheidung gedacht wird. Dadurch wird das souveräne Moment überhaupt geschwächt. Was folgt, ist ein Primat des Ausnahmezustands vor der Souveränität und letztlich ein Ausnahmezustand *ohne* Souveränität. Eben diese Schlussfolgerung sieht Agamben bereits bei Schmitt angelegt:

> »Der Rang wie das Paradoxe des Schmittschen Souveränitätsbegriffs leiten sich, wie wir gesehen haben, vom Ausnahmezustand her, nicht umgekehrt. Und es ist sicherlich kein Zufall, daß Schmitt zuerst in dem Buch von 1921 [in *Die Diktatur*, J.H.] und in Artikeln davor die Theorie und Praxis des Ausnahmezustands umrissen hat, und erst im zweiten Schritt

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

seine Theorie der Souveränität in der *Politischen Theologie*.« (AZ, 45f., Hervorh. im Original)

In der *Politischen Theologie* verlagert sich der Akzent ohnehin nur »dem Anschein nach«, so Agamben, »von der Definition des Ausnahmezustands auf die der Souveränität«. (AZ, 42) Dass »sich die Theorie des Ausnahmezustands in der *Politischen Theologie* als Lehre von der Souveränität *präsentieren* läßt« (AZ, 45, zweite Hervorh. J.H.), bedeutet, dass es sich nicht um eine solche handelt. Folgt man Agamben, hat Schmitt ein spezifisches Interesse, wenn er den Ausnahmezustand in die Lehre der Souveränität einrückt: Durch den Souverän lässt sich der Ausnahmezustand insofern in die Rechtsordnung integrieren, als die souveräne Entscheidung juridischen Charakter hat. (vgl. AZ, 45f.)

Agambens Lesart von Schmitt verbindet zwei Thesen. Die erste These besteht darin, dass Schmitt in Souveränität und Ausnahmezustand zwei voneinander getrennte Problemfelder sieht. Die zweite These besagt, dass Schmitts Interesse in erster Linie dem Problem des Ausnahmezustands gilt und er zur Lehre der Souveränität nur greift, um dieses Problem dadurch zu lösen, dass er es in der Rechtsordnung verankert. Die These der Trennung von Souveränität und Ausnahmezustand ist mit der These eines theoretischen Vorrangs des letzteren verknüpft. Gegen diese Trennungsthese spricht, dass Schmitt bereits im Buch zur *Diktatur* – das Agamben zufolge eine Theorie des Ausnahmezustands und nicht der Souveränität entwickelt – »das juristische Grundproblem der Staatslehre« in der »Frage nach der Souveränität« verortet. (D, 191) Die Fragen von Ausnahmezustand und Souveränität erscheinen hier ebenso verknüpft wie in der im Folgejahr (1922) veröffentlichten *Politischen Theologie*. Trotz dieser Verknüpfung ist allerdings ein Primat des einen vor dem anderen Element denkbar.

Blicken wir zurück: Das primäre Problem liegt für Schmitt im Nachweis, dass das Recht einen genuin politischen Charakter hat, der darin liegt, dass das Recht nicht im Gesetz aufgeht. Der Nachweis erfolgt über die Definition der Entscheidung als der Form des Rechts. Von der Norm hebt sich diese Entscheidung dadurch ab, dass sie ein irreduzibel personales Moment enthält. In der Person des Souveräns liegt dieses Moment in gesteigerter Form vor. Sichtbar tritt es in der Dezision über den Ausnahmezustand hervor, in dem das Personale seine Überlegenheit über das rein Normative demonstriert. Der Ausnahmezustand hat die heuristische Funktion, die rechtliche Leistung des Souveräns gegenüber dem rein Gesetzlichen ins Licht zu rücken. Vorrang hat bei Schmitt die Differenz von Recht und Gesetz. Diese Differenz herauszuarbeiten ist der Zweck seiner Souveränitätstheorie, die sich, so Schmitt, auf dem Feld des Ausnahmezustands bevorzugt entwickeln lässt. Dem Ausnahmezustand kommt demnach kein Vorrang zu, sondern die Funktion, die Differenz

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

von Recht und Gesetz, die im Kern des juristischen Begriffs der Souveränität (und des Rechts überhaupt) steht, zu ›enthüllen‹.

Demgegenüber steht im Kern von Agambens auf den Ausnahmezustand fokussierender Theorie die Nivellierung eben dieser Differenz. Während Agamben im Übrigen auf die explizite Benennung von Ununterscheidbarkeiten drängt – außen und innen, *zoé* und *bíos*, Recht und Faktum oder Recht und Leben –, bleibt die Indifferenz von Recht und Gesetz unausgesprochen. Anders als Recht und Leben oder außen und innen ist die Ununterscheidbarkeit oder vielmehr Ununterschiedenheit von Recht und Gesetz nicht das Ergebnis eines Prozesses, eines Zusammenfallens, sondern besteht seit jeher. Beim Recht geht es für Agamben daher von Anfang an um das Gesetz. Für Agamben ist diese Identität ebenso wichtig wie die entsprechende Differenz bei Schmitt. Bei Schmitt besteht Souveränität in der ›gelebten‹ Differenz von Recht und Gesetz – im rechtlichen Durchbrechen des Gesetzes. Umgekehrt wird Agambens Version der Souveränitätstheorie – eine Theorie der Souveränität, in der das souveräne Moment zugleich ausgestrichen wird – durch die Gleichsetzung von Recht und Gesetz ermöglicht.

Die zentrale Verschiebung Agambens gegenüber Schmitt besteht in dieser Gleichsetzung. Im Detail geht es um zwei Umschaltungen, die sich im Medium der Übersetzung vollziehen und dem von Schmitt überkommenen Rechtsbegriff eine völlig andere Richtung geben. ›Übersetzung‹ ist wörtlich gemeint: als Übertragung des Vokabulars von einer Sprache in die andere. Präziser ist, im einen Fall von einer Nicht-Übersetzung, im anderen Fall von einer Neu-Übersetzung zu sprechen. Die Nicht-Übersetzung umgeht die in Schmitts Rechtsbegriff eingezogene Differenz von Recht und Gesetz. Die Neu-Übersetzung betrifft den griechischen Terminus *nómos*, durch den Schmitt diese Differenz markiert. Ihren Sinn erhält die Neu-Übersetzung nur in Verbindung mit der Nicht-Übersetzung, die den Unterschied zwischen einem dezisionistischen und einem gesetzlich-normativen Rechtsbegriff kassiert. Ich werde diese Nicht-Übersetzung daher zuerst erläutern.

Entgegen seiner sonst auffälligen philologischen Insistenz überträgt Agamben Schmitts Differenz im Rechtsbegriff nicht ins Italienische. Deutlich wird dies in seiner Übersetzung einer der Schlüsselstellen der *Politischen Theologie*, die ich hier noch einmal im Original zitiere: »Weil der Ausnahmezustand immer noch etwas anderes ist als eine Anarchie und ein Chaos, besteht im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung.« (PT, 18) Wie gezeigt, ist die Stelle nur scheinbar paradox: »Rechtsordnung« meint hier »Verfassung«; die Suspension der Verfassung betrifft nicht die juristische Ordnung im Ganzen, sondern nur ihren normativen Teil. Dass die *juristische* Ordnung in der *normativen* Rechtsordnung nicht aufgeht (denn auf Normen lässt

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sich das Recht nicht reduzieren), wird in Agambens Übersetzung getilgt. Ich zitiere auch sie im Original:

> » ›Lo stato di eccezione è sempre qualcosa di diverso dall'anarchia e dal caos e, in senso giuridico, in esso esiste ancora un ordine, anche se non un ordine giuridico‹ (Schmitt, 1922, pp. 18 sg.).« (Agamben 2008, 45)

Erst dadurch, dass Agamben *ordine giuridico* – ›juristische Ordnung‹ (über)setzt, wo bei Schmitt ›Rechtsordnung‹ steht, wird die Aussage paradox. Denn es heißt dann: Im juristischen Sinn (*in senso giuridico*) besteht noch eine Ordnung, wenn auch keine juristische Ordnung (*non un ordine giuridico*). Was unter einer Ordnung im juristischen Sinn, die keine juristische Ordnung ist, zu verstehen sei, bleibt unklar. Mit dieser Frage brauchen sich die Leser_innen der deutschen Ausgabe von Agambens Buch allerdings auch nicht zu beschäftigen. Da in der Übersetzung ins Deutsche Schmitt nach dem deutschen Originaltext zitiert ist, schlägt Agambens Nicht-Übersetzung der Differenz und die daraus folgende Gleichsetzung des juristischen mit dem normativ-gesetzlichen Rechtsbegriff nicht durch. Allerdings gelangt die Nicht-Übersetzung der Unterscheidung an einer anderen Stelle vom italienischen Text in die deutsche Ausgabe und damit in die von Schmitt geprägte Begrifflichkeit zurück. Es handelt sich um den Satz: »Questa [la *Teologia politica*, J.H.] rappresenta indubbiamente il tentativo di ancorare senza riserve lo stato di eccezione all'ordine giuridico; […].« (Agamben 2008, 48) Dafür formuliert die deutsche Übersetzung: »Bei dieser [Schmitts *Politischer Theologie*, J.H.] handelt es sich zweifellos um den Versuch, den Ausnahmezustand in der Rechtsordnung zu verankern«. (AZ, 46) Mit Blick auf Schmitts Begrifflichkeit an der zitierten Stelle mutet diese Feststellung sonderbar an. Ist es doch gerade die Rechtsordnung, die im Ausnahmezustand, der ihre Aussetzung bedeutet, nicht mehr besteht. Der Ausnahmezustand erhält bei Schmitt einen Platz in der juristischen Ordnung, nicht aber in der von ihm suspendierten Rechtsordnung. Darin, dass der Ausnahmezustand »in der geltenden Rechtsordnung« nicht umschrieben werden kann (PT, 13f.), liegt gerade der Grund, weshalb in ihm die Entscheidung als »spezifisch-juristisches Formelement« hervortreten kann (PT, 19). Die souveräne Dezision, auf die Schmitt zielt, setzt voraus, dass sich der Ausnahmezustand *nicht* in der Rechtsordnung verankern lässt. Hier ergibt sich die Irritation zunächst für die Leser_innen der deutschen Ausgabe, nämlich dadurch, dass *ordine giuridico* – ›juristische Ordnung‹ in der deutschen Übersetzung durch ›Rechtsordnung‹ wiedergegeben ist. Doch nachdem Agamben ›Rechtsordnung‹ mit *ordine giuridico* übersetzt hat, ist die umgekehrte Wiedergabe von *ordine giuridico* mit ›Rechtsordnung‹ nur folgerichtig. Als Folge von Agambens Nicht-Übersetzung der begrifflichen Differenz entfällt der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

von Schmitt als ›juristisch‹ markierte Rechtsbegriff und es bleibt nur die gesetzliche Seite des Rechts: Die Rechtsordnung verstanden als System der Normen. Weggeknickt ist mit der ›spezifisch-juristischen‹ Seite das Moment der Entscheidung, auf das Schmitts Souveränitätstheorie aufbaut.

Schmitts Begriff des Juristischen, der bei Agamben Kontur verliert, ist kein Gegenbegriff zu ›Recht‹ und meint nichts anderes als dieser. Vielmehr soll die Rede vom ›Spezifisch-Juristischen‹ etwas am Recht selbst kenntlich machen: Die Tatsache, dass der Raum des Rechts sich auf den Bereich der Normen nicht reduzieren lässt. Vom Gesetzespositivismus vereinnahmt, vermag der Begriff ›Recht‹ dies nach Schmitt nicht mehr von sich aus zu leisten; dass selbst Schmitt mit ›Rechtsordnung‹ auch die Normenordnung bezeichnet, legt davon Zeugnis ab. Eben darum muss der Begriff des Juristischen einspringen: ›Juristisch‹ kommt von lateinisch *ius* und ist von *lex*, vom Gesetzlich-Normativen, deutlich verschieden. Doch scheint es, als habe sich auch im Begriff des Juristischen die Differenz zur Norm abgenutzt. Es ist, als müsste noch ein Begriff aus dem Griechischen beispringen, um *ius* und *lex*, Recht und Gesetz, wie eine eingeschobene Schraubenfeder am Zusammenfall zu hindern: Der Terminus *nómos* ist bei Schmitt der Name für einen Abstand und für das Beharren auf einer Differenz.

Es ist die Unterscheidung zwischen Recht und Gesetz, die Agamben durch seine Neu-Übersetzung des Begriffs *nómos* einebnet. Um diese Neu-Übersetzung, die zur Nicht-Übersetzung hinzutritt, verständlich zu machen, muss zunächst wiederum Schmitts Begrifflichkeit vor Augen stehen. Wie der Begriff des Juristischen insistiert der Begriff *nómos* darauf, dass er nicht dasselbe meint wie die Norm. Am deutlichsten gelangt dies in einem an Jacob Taubes gerichteten Brief vom 29.11.1977 zum Ausdruck. Darin schreibt Schmitt: »Bei mir ist das eine *spezifisch* juristische Begabung. Mit anderen Worten: ich vermag *Nomos* und *Norm* zu unterscheiden, eine fundamentale, konstituierende Unterscheidung, deren sich der heutige juristische Positivismus durch Selbstverstümmelung selber beraubt hat.« (in Blumenberg und Schmitt 2007, 154, Hervorh. im Original) Der Positivismus, so meint Schmitt, schneidet sich selbst ab, weil er die *Setzung*, die in seinem Begriff liegt, auf das *Gesetzte* (die Norm) reduziert. Dagegen setzt Schmitt den Begriff des *nómos* an, dem er 1959 unter dem Titel *Nomos – Nahme – Name* einen eigenen Aufsatz gewidmet hat.[27] (Schmitt 1995) Auch hier schreibt Schmitt dem Begriff *nómos* eine »konstituierende Kraft« zu, die sich in »ordnungsbegründenden Vorgängen« manifestiert und

27 Vgl. auch das vierte Corollarium *Über die Bedeutung des Wortes Nomos* in der neun Jahre zuvor (1950) erschienenen Schrift *Der Nomos der Erde*; Schmitt 1997, 36–48.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

über das bereits Konstituierte, die schon gesetzten Gesetze hinausgeht. (Schmitt 1995, 577f.)

Doch selbst dem Begriff des *nómos* ist der Unterschied zur Norm nicht inhärent. Ist die Ordnung einmal begründet, tendiert er »erst zu Brauch und Sitte, dann zu Satzung und Gesetz« zu werden. »Nomos«, so Schmitt in Anknüpfung an den Klassischen Philologen Ernst Risch, »wird ein Ersatzwort für Thesmos«. (ebd., 578) Wird *nómos* mit *thesmós* synonym, wird eine andere Gegenüberstellung aktuell: jene von *nómos* und *phýsis*. Diese Unterscheidung der Sophisten verbindet Schmitt zugleich mit dem Positivismus seit dem 19. Jahrhundert.[28] Er sieht damit bereits in der Antike den Punkt erreicht, den er in seiner Gegenwart wiederfindet und insbesondere an der *Rechtslehre* Kelsens kritisiert, nämlich die scharfe Trennung von Sollen und Sein und damit die Entfernung des Rechtsbegriffs vom Faktischen, von Subjekt und Entscheidung: »Das Objekthafte der Nomie wird jetzt benutzt, um die unpersönlich geltende Norm über alles Persönliche zu erheben.« (ebd.) Nach Schmitt wurde dieses wortgeschichtliche Verhängnis schon in der Antike besiegelt – durch ein »Übersetzungsproblem« vom Griechischen ins Lateinische. Da die entsprechende Passage bei Schmitt ins Zentrum der Übersetzungsfrage bei Agamben führt, zitiere ich sie hier im Ganzen:

> »Cicero hat das griechische Wort Nomos mit Lex übersetzt. Lex gehört ganz in das Begriffsfeld des römischen Rechts. Aber die Auswirkungen dieser Verquickung mit einem römisch-rechtlichen Begriff halten bis auf den heutigen Tag an. Ein Kenner ersten Ranges, der spanische Romanist Alvaro d'Ors, hat mit Recht erklärt, die Übersetzung von Nomos durch Lex gehöre zu den schwersten Belastungen unserer occidentalen Begriffs- und Sprachkultur.«[29] (ebd., 578f.)

Agamben ist Ciceronianer, denn eben die Übersetzung von *nómos* durch *lex* (bzw. *legge*) legt er seiner souveränitätstheoretischen Analyse zugrunde. Sie bringt jene Unpersönlichkeit mit sich, die Schmitt kritisierte. Und sie führt zur Auflösung eben jener Souveränität, die Schmitt um jeden Preis bewahren wollte, da sie allein die Existenz des Politischen – des ›Lebens‹ in seinem Verständnis des Begriffs – garantieren könne. Agambens Gleichsetzung von *nómos* und *lex* und die damit verbundene Entsouveränisierung des Rechts unterscheidet sich allerdings deutlich von jenen Positionen, die Schmitt 1950 als »gesetzespositivistische

28 Zur Synthese der Sophisten und modernen Positivisten bei Schmitt vgl. Schmitt 1997, 40 und Schmitt 1995, 580.

29 Die Kritik an der ciceronischen Übersetzung äußert Schmitt wiederholt; vgl. Schmitt 1958c, 502 und Schmitt 1958a, 427.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verwirrung« (Schmitt 1997, 38) seiner Zeit abtat.[30] Im Positivismus, wie Schmitt ihn, angefangen bei der ersten Sophistik, spätestens aber bei Cicero, versteht, bedeutet die Entsouveränisierung des Rechts eine Ausschaltung des Machtmoments. Bei Agamben hingegen bedeutet die Ausschaltung der Souveränität nicht die Ausschaltung der Macht, sondern ihre Entfesselung.

Agamben beschreibt das Recht wie die Positivisten vom unpersönlichen Gesetz her, beschreitet damit aber keinen positivistischen Weg. Der Punkt, an dem Agamben sich vom Positivismus trennt, lässt sich wiederum mit Blick auf den Einwand verdeutlichen, den Schmitt gegen das positivistische *nómos*-Verständnis formuliert. Wenn es Schmitt richtig erscheint, »Nomos *nicht* mit *Gesetz* oder ›Regelung‹ oder ›Norm‹ oder mit irgendwelchen ähnlichen Ausdrücken zu verdeutschen« (Schmitt 1997, 39, Hervorh. im Original), so deshalb, weil dies verstellt, dass es sich bei dem Wort um ein *nomen actionis* handelt, das von *némein* (nehmen, teilen, weiden) kommt und somit auf einen Akteur verweist. (vgl. Schmitt 1958c, 490 und 492 sowie Schmitt 1995, 581) Unter den verschiedenen Vorgängen, die das Wort *nómos* bezeichnet, kommt dem ›Nehmen‹ nach Schmitt der Primat zu: in der Antike der Landnahme, auf welcher der Zusammenhang von Ortung und Ordnung beruht; seit der Frühen Neuzeit der Seenahme; ab dem 19. Jahrhundert der Industrienahme sowie im 20. Jahrhundert der Luft- und Raumnahme. (vgl. Schmitt 1997, 39f. sowie Schmitt 1995, 582f.) Jede ›Nahme‹ sei, so Schmitt, auf einen Namen angewiesen, unter dem sie sich vollzieht. Hinter jedem Namen aber stehe eine konkrete Person, die das Moment der Macht oder des Lebens garantiert. Denn niemals »*lebt* der menschliche Nomos ohne Archie und Kratie«. (Schmitt 1995, 584, Hervorh. J.H.)

Im Positivismus des 19. und 20. Jahrhunderts wie bei Agamben wird der Name, das heißt das herrschende Subjekt, die souveräne Person, der Inhaber der Macht, gestrichen. Bei Agamben liegt dann keine Kratie vor, keine Macht *durch jemanden*, die oder der sie ergreift; wohl aber eine Archie – eine Macht »vom Ursprung her«.[31] Diese Archie funktioniert

30 Schmitt schreibt: »Das bisherige wissenschaftliche Gespräch über den Nomos ist dadurch verwirrt, daß die meisten Juristen immer noch die Sprache des späten, positivistischen 19. Jahrhunderts sprechen, während die Philosophen und Philologen – was man ihnen nicht verdenken kann – den Begriffen der Juristen folgen. Das schlimmste Kreuz ihres Vocabulariums aber ist das Wort *Gesetz*. Durch die Verwendung dieses Unglückswortes werden Termini, Begriffe und Begriffsantithesen unserer heutigen, völlig zersetzten Lage in die Erörterung des echten und ursprünglichen Wortes ›Nomos‹ hineinprojiziert.« (Schmitt 1997, 41, Hervorh. im Original)

31 Mit der Unterscheidung von Archie und Kratie knüpft Schmitt an den Theologen Erich Przywara an, dessen Begriff des *nómos* den Ausgangspunkt für den Aufsatz *Nomos – Nahme – Name* bildet. (vgl. Schmitt 1995, 574)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

bei Agamben als ›Bann‹. Auch hier liegt dem *nómos* ein *nomen actionis* zugrunde. Dem Nehmen entspricht hier, gleichsam als Gegenstück, das Verlassen:

> »*Die originäre Beziehung des Gesetzes mit dem Leben ist nicht die Anwendung, sondern die Verlassenheit [l'Abbandono]*. Die unüberbietbare Potenz des *nómos, seine originäre ›Gesetzeskraft‹*, besteht darin, daß er das Leben in seinem Bann hält, indem er es verläßt. Diese Struktur des Banns gilt es hier zu verstehen, um sie gegebenenfalls erneut in Frage zu stellen.« (HS, 39, Hervorh. im Original)

L'Abbandono, auch im Original mit Majuskel geschrieben (Agamben 2005, 34), bezeichnet auf Italienisch sowohl das Verlassen wie die Verlassenheit. Eindeutig ist hingegen: Die Beziehung des Gesetzes zum Leben ist ein Akt, ein Beziehen im Vollzug. Das Gesetz bezieht sich auf das Leben, indem es sich zurückzieht und das Leben in seiner Verlassenheit allein lässt. Anwesend ist das Gesetz nur durch seine Abwesenheit. Die Ausnahme, den Ausschluss des Lebens aus dem Gesetz, versteht Agamben als Entzug des Gesetzes. Das Leben wird nicht vor die Tür des Gesetzes gestellt, sondern das Gesetz stiehlt sich aus dem Raum des Lebens heraus. Weil der Entzug des Gesetzes den Verlust aller Rechte bedeutet, wird das Leben nicht los- oder gar freigelassen, sondern bleibt im Bann und dadurch eingeschlossen in die Gewalt des Rechts, das in dieser Struktur des Gesetzes besteht. Der Ausschluss und die damit verbundene Nacktheit des Lebens ist der Modus seines Einschlusses: »Die äußerste Form der Beziehung, die etwas einzig durch seine Ausschließung einschließt, nennen wir *Ausnahme-Beziehung*.« (HS, 28, Hervorh. im Original) Diese Form der Beziehung bringt Agamben unter den Begriff des Banns:

> »Die Ausnahmebeziehung ist eine Beziehung des Banns. Tatsächlich ist der Verbannte ja nicht einfach außerhalb des Gesetzes gestellt und von diesem unbeachtet gelassen, sondern von ihm *verlassen [abbandonato]*, das heißt ausgestellt und ausgesetzt auf der Schwelle, wo Leben und Recht, Außen und Innen verschwimmen.« (HS, 39, Hervorh. im Original)

Mit dem Rückzug des Gesetzes verschwindet auch die Grenze des Gesetzes und die Möglichkeit, es zu übertreten: »Deshalb kann auch das Paradox der Souveränität die Form annehmen: ›Es gibt kein Außerhalb des Gesetzes.‹« (ebd.) Das Gesetz schließt alles ein. Nicht nur das nackte Leben, sondern auch den Souverän, der nun nicht mehr aus der Rechtsordnung heraustreten und über das Gesetz verfügen kann (das heißt, seine Souveränität verliert). Der Bann ist für Agamben die Form, in der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das personale Moment des souveränen Subjekts vollständig in Struktur aufgeht: An die Stelle des Souveräns tritt die Struktur des Gesetzes. In der Unüberschreitbarkeit des Gesetzes liegt seine Totalität. Eine politische Situation, in der ein totales Gesetz gilt, ist totalitär. Als Totalität, das heißt Unüberschreitbarkeit des Gesetzes, hat Hannah Arendt das »Wesen totalitärer Herrschaft«, den Terror, beschrieben. (Arendt 2011a, 954) Der Terror legt »ein eisernes Band« um die Menschen, das diese so stabilisiert, »daß jede freie, unvorhersehbare Handlung ausgeschlossen wird«. Und Arendt fährt fort: »Terror in diesem Sinne ist gleichsam das ›Gesetz‹, das nicht mehr übertreten werden kann.« (ebd., 955) Terror schließt aus, dass irgendjemand *anders* handeln – und damit, dass *überhaupt* gehandelt werden kann. Das totale Gesetz bildet, wie das Konzentrationslager zeigt, die Grundlage eines Systems, »in dem alle Menschen gleichermaßen überflüssig werden«, auch die totalen Machthaber, die »von ihrer eigenen Überflüssigkeit genauso überzeugt [sind] wie von der aller anderen«. (ebd., 942) Souveräne Personen verlieren sich im totalen Gesetz, das sie verkörpern.

Dies folgt aus der Struktur des Gesetzes, das alles einschließt und dadurch nur eines ausschließt: Die Möglichkeit eines Souveräns, der immer eine Transzendenz gegenüber dem Gesetz bedeutet, über das er verfügt. Es besteht dann bloß eine »leere Form der Souveränität« (HS, 71). Von der Souveränität hat sie zwar nur noch den Namen, ihre ›Macht‹ wird aber desto fataler, je mehr das souveräne Moment der Entscheidung fehlt. Steht nichts mehr außerhalb des Gesetzes, besteht das Recht allein im Zusammenfall von *phýsis*, dem lebendigen menschlichen Körper, und *nómos*, dem Gesetz. (vgl. HS, 38, 48, 119 sowie 64–66) Da Agamben *nómos* nicht als Gegenbegriff zu *phýsis*, sondern als deren Koinzidenz bestimmt, lässt er sich trotz der Gleichsetzung von *nómos* und *legge* nicht in die sophistisch-positivistische Linie einordnen, die Schmitt seit Cicero aufspannt.[32] Für Agambens Theorie des Ausnahmezustands ist der Begriff des *nómos* entscheidend. Die Theorie zielt auf ein Verständnis zeitgenössischer Politik; es geht um die Frage, wie das Politische in der Moderne funktioniert. Wenn Agamben das Lager als den *nómos* der Moderne einführt, ist dies wörtlich gemeint: Das Funktionieren der Moderne erfolgt in einem *nómos*, einem Gesetz. Durch seine Gleichsetzung

32 Wenn Schmitt sich ebenfalls »gegen die Auseinanderreißung von Nomos und Physis« aussprach und dabei einen »konservative[n] Mann wie Sophokles« auf seiner Seite wusste, so deshalb, weil er dies für eine künstliche Trennung von Sein und Sollen hielt, die dazu führen muss, dass der *nómos* »nichts als Thesis«, eine bloße Setzung wird, bei der sich eine rohe Faktizität den Anschein reiner Normativität gibt. (Schmitt 1995, 578) Die Einheit von *nómos* und *phýsis* verleiht dem Recht bei Schmitt dagegen die königliche Würde eines lebendigen, personal-körperhaften Souveräns und damit eine Legitimität, welche bloße Legalität, so Schmitt, nicht aufbringen kann.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

des Ausnahmezustands mit dem Gesetz nimmt Agamben den Aspekt der Souveränität, den Schmitt in seiner Theorie der Ausnahme hervorgehoben hatte, ganz zurück. Den Ausnahmezustand als Gesetz zu denken, bedeutet, ihn nicht im Rahmen einer Entscheidung, sondern als Struktur zu verstehen. Dabei handelt es sich nicht um eine rechtliche Struktur unter anderen, sondern um die Struktur des Rechts überhaupt. Zu dieser These kann Agamben von Schmitt aus nur dadurch gelangen, dass er die bei Schmitt wichtigste juristische Differenz, jene zwischen Recht und Gesetz, aufhebt. Wenn das Recht nichts anderes enthält als das Gesetz und dieses strukturell mit der Ausnahme identisch ist, so liegt im Ausnahmezustand die Logik, nach der das Recht funktioniert. Unter umgekehrten Voraussetzungen führt Agamben von hier aus Schmitts zentrale These weiter: die These, dass das Recht mit der Politik (dem politischen ›Leben‹) in einer Verbindung steht. Während Schmitt diese Verbindung als ›substanziell‹ affirmiert, weist Agamben sie als ›fiktiv‹ zurück. Diese Zurückweisung erfolgt durch seine Deutung des Gesetzes (des *nómos* der Ausnahme) als Bann, was nun in einem nächsten Schritt näher zu erläutern ist.

2.4 Leben, Form, Immanenz: Die Einheit des Gesetzes

Um den Zusammenhang von *nómos* und Bann deutlich zu machen, muss zunächst die spezifische Bedeutung erschlossen werden, die Agamben dem Begriff des *nómos* in Auseinandersetzung mit der Tradition gibt. Diese Tradition beginnt mit dem als Fragment 169 katalogisierten Gedicht Pindars über den *nómos basileús*, nach dem Agamben das zweite Kapitel (*Nómos basileus*) seines *Homo sacer* benennt. Die Frage ist hier weniger, wie Agamben dieses Gedicht interpretiert, sondern wie er sich zur Interpretation verhält, die Schmitt vorgelegt hat. Bei Schmitt hat dieses Fragment einen zentralen Stellenwert, weil er daran eine Personalisierung des Rechts festmacht, die über jedes Gesetz hinausgeht und die ihm zufolge den Vorrang der Legitimität über die Legalität begründet. Diese Personalisierung zeigt sich bereits in Schmitts Inhaltsangabe des Gedichts: Pindar spreche hier »vom *Nomos Basileus*, vom Nomos als König« (Schmitt 1997, 42, Hervorh. im Original); Schmitt zieht die substantivische Übersetzung der adjektivischen (das ›königliche Gesetz‹) vor. Wie auch immer Pindars Text rekonstruiert wird[33], er ist insoweit

33 Agamben stützt sich auf die Rekonstruktion August Boeckhs, aber auch die Rekonstruktionen von Bruno Snell und Herwig Maehler weichen an den entscheidenden Stellen nicht ab; vgl. Snell 1964, 123 und Maehler 1989, 133. Dagegen ist die griechische Umschrift in der deutschen Ausgabe von *Homo sacer* (vgl. HS, 41) fehlerhaft aus dem italienischen Original

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

philologisch gesichert, als es sich um eine Verbindung von Rechtsetzung und Gewalt handelt. Diese Verbindung zeichnet den *nómos ho pánton basileús* aus, den *nómos* als Lenker aller, der Sterblichen wie der Unsterblichen. Eben dies folgert das lyrische Ich (*tekmaíromai*) aus Herakles' Taten: aus dem Raub der Rinderherde des dreileibigen Geryon und der Herbeischaffung der Rosse des Diomedes. Ein Akzent liegt darauf, dass Herakles die Tiere nicht gekauft (*apriátas*) und damit nicht gesetzmäßig erworben hat. Das Recht wird gerade durch diese Überschreitung gesetzt: Der *nómos* erklärt das Gewaltsamste (*tò biaiótaton*) für rechtens. Schmitt interessiert sich nicht für die Rosse und erwähnt nur den Rinderraub, der ihm als Beleg für die rechtliche ›Nahme‹ erscheint. Indem Herakles die Rinder »›nimmt‹, schafft er Recht; die Nahme (der Nomos) verwandelt Gewalt in Recht. Das ist der Sinn des vielerörterten Pindar-Fragments vom Nomos-Basileus.« (Schmitt 1995, 578) Auch in *Der Nomos der Erde* schreibt Schmitt, der mythische Ordnungsstifter Herakles habe, »trotz aller Gewaltsamkeit der Tat, Recht geschaffen«. (Schmitt 1997, 42)

Wie Schmitt sieht auch Agamben in Pindar den »ersten großen Denker der Souveränität«. (HS, 42) Während Schmitt betont, dass der *nómos* trotz der Gewalt Recht schafft oder gar Gewalt in Recht ›verwandelt‹, unterstreicht Agamben, dass im *nómos* das Recht sich mit Gewalt vermengt und von ihr nicht zu trennen ist: Bei Pindar »*ist der souveräne* nómos *dasjenige Prinzip, das Recht und Gewalt, indem es sie verbindet, in die Ununterscheidbarkeit drängt.*« (HS, 42, Hervorh. im Original) Das Recht wächst nicht aus Gewalt empor, um sich dann von ihr zu trennen; vielmehr sinkt das Recht ab in Gewalt. Das ist hier die erste Differenz zwischen Agamben und Schmitt, mit der eine zweite einhergeht. Der *nómos*, den Schmitt mit einer Tat (der Nahme der Rinder) und mit einer Person (dem Namen des Herakles) verbunden hat, wird bei Agamben zu einem allgemeinen und damit unpersönlichen Prinzip: »il *nómos sovrano è il principio*« – der souveräne nómos *ist* das Prinzip. (Agamben 2005, 37, Hervorh. im Original) Dem entspricht, dass Agamben, obzwar er den *Nómos basileus* in den Titel stellt, die Rezitation des griechischen Gedichts abbricht, bevor es zur Tat des Rinderraubs kommt, und dass er später den Diebstahl nur beiläufig erwähnt. Um die recht-schaffende *Tat* geht es Agamben in seinem Kapitel gerade nicht. Dem entspricht weiter, dass Agamben die Verbindung von Recht und Gewalt (*diritto e violenza,* ebd., 37) dadurch erläutert, dass er eben das tut, was Schmitt von Hölderlins Übersetzung sagt: »daß er das Wort Nomos im Deutschen mit ›Gesetz‹ wiedergibt

übernommen (Agamben 2005, 36): statt *hypertátai cheirí* muss es *hypertáta* (im griechischen Originaltext mit Iota subscriptum beim letzten Alpha) *cheirí*: »mit höchster Hand« heißen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und auf den Irrweg dieses Unglückswortes lenkt«. (Schmitt 1997, 42) Beim Fragment 169 von Pindar, so Agamben in den ersten Zeilen seines Kapitels *Nómos basileus*, handle es sich um die älteste überlieferte Formulierung des Prinzips der »Souveränität des Gesetzes« (HS, 41) – *la sovranità della legge* (Agamben 2005, 36). Schmitts Einwand gegen eine solche Feststellung ist Agamben bekannt; er zitiert die Stelle über den Irrweg des Unglückswortes aus dem *Nomos der Erde* zwei Seiten weiter, hält allerdings nur fest, Schmitt missverstehe »hier die Absicht des Dichters [Hölderlins, J.H.] völlig«. (HS, 43) In seiner Erklärung, weshalb dies so ist, schreibt Agamben, Schmitt habe im *nómos basileús* ein Prinzip gesehen, das höher stehe als das einfache Recht: *semplice diritto*. (Agamben 2005, 39) Um die Absicht Schmitts wiederzugeben, hätte er *legge* statt *diritto* schreiben müssen. Denn im Unterschied zum Gesetz (*lex, legge*) bezeichnet *nómos* gerade das ›einfache‹ Recht, nämlich die simple und zugleich, wie Schmitt glaubt, legitimitätsstiftende Nahme durch eine konkrete Person.[34] An die Stelle dieser Person setzt Agamben nun das Gesetz als Bann.

Form des Gesetzes: Materie ohne Inhalt

Seine Definition des Banns übernimmt Agamben von Gershom Scholems Interpretation der Rolle des Gesetzes in Kafkas Prozess. (vgl. HS, 61) Scholem formuliert seine Interpretation in einem Brief an Benjamin vom 20. September 1934. Ausgangspunkt ist dabei die von Scholem gefundene Formel eines »Nichts der Offenbarung«. Darunter versteht er einen

> »Stand, in dem sie [die Offenbarung, J.H.] bedeutungsleer erscheint, in dem sie zwar noch sich behauptet, in dem sie *gilt*, aber nicht *bedeutet*. Wo der Reichtum der Bedeutung wegfällt und das Erscheinende, wie auf

34 Angesichts dieser ›Legitimität‹ durch Eroberung tritt die Idee einer auf Konsens beruhenden Gesellschaft in den Hintergrund. Ich habe bereits erwähnt, dass Schmitt in seiner Hobbes-Lektüre das Moment des Vertrags relativiert (vgl. Lev, 51f.) oder ganz unerwähnt lässt (vgl. Schmitt 2006, 23f.). Bei Agamben dagegen wird die theoretische Funktion des Vertrags nicht still übergangen, sondern explizit zurückgewiesen. So fordert er in *Homo sacer*: »Sämtliche Vorstellungen vom originären politischen Akt als Vertrag oder Übereinkunft, der den Wechsel von der Natur zum Staat eindeutig und endgültig markieren würde, sind rückhaltlos zu verabschieden.« Die Rekonstruktion Hobbes' »in Begriffen des *Vertrags* anstatt des *Banns*«, bezeichnet er als »Mißdeutung des Hobbesschen Mythologems«. (HS, 119, Hervorh. im Original) Entsprechend streicht Agamben den Begriff des Vertrags aus dem theoretischen Vokabular. Dabei betont er, anders als Schmitt, gerade nicht die Rolle des Souveräns, sondern lenkt den Blick auf das verlassene Leben.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> einen Nullpunkt eigenen Gehalts reduziert, dennoch nicht verschwindet (und die Offenbarung ist etwas Erscheinendes), da tritt sein Nichts hervor. Es versteht sich, daß im Sinn der Religion dies ein Grenzfall ist, von dem sehr fraglich bleibt, ob er realiter vollziehbar ist.« (Benjamin und Scholem 1980, 175, Hervorh. im Original)

Agamben schließt von diesem Grenzfall der Religion auf den Grenzfall des Rechts: Der Ausnahme*zustand* bezeichnet einen ›Stand‹ des Gesetzes, in dem es gilt, ohne zu bedeuten. (vgl. HS, 61f.) Damit ist der Ausnahmezustand nach Agamben eine Situation des Banns, denn »die Struktur des souveränen Banns« ist eben »die eines Gesetzes, das *gilt*, aber nicht *bedeutet*«. (HS, 62, Hervorh. im Original) Einem Gesetz, das sich ohne Inhalt erhält, entspricht ein Leben, das von ihm verlassen gleichwohl in es eingeschlossen wird: Gerade weil sich das Gesetz einer spezifischen (Be)Deutung entzieht, ist seine Wirkung umfassend. Ein entleertes Gesetz, seine »bloße Form« (HS, 65), die inhaltlich »nichts vorschreibt« (HS, 69; ähnlich 60), nimmt das Leben in sich auf. Weil sich das Gesetz nicht auf bestimmte Aspekte beschränkt, die es reguliert, sondern auf das Leben total ausgreift, fällt dieses mit dem Gesetz und seiner Leere zusammen. Dem leeren Gesetz entspricht ein politisch entleertes Leben ohne Rechte. Anders als bei Schmitt ist das Gesetz nicht Materie oder Inhalt des Rechts, sondern ganz ohne Inhalt und insofern bloße Form; nicht im Sinne der Formierung, sondern eines leeren Gefäßes, welches das Leben einfängt.

Wenn Geltung ohne Bedeutung »eine Erhaltung der reinen Form des Gesetzes jenseits seines Gehaltes« (HS, 64) darstellt, stellt sich die Frage, wie sich das Gesetz entleert, das heißt seinen Gehalt verliert. Agamben macht klar, dass sich das Gesetz entzieht, indem es sich aufhebt und dadurch »der Ausnahme stattgibt«. (HS, 28) Die Aufhebung des Gesetzes ist anders als bei Schmitt keine Überschreitung des Gesetzes, denn damit läge der Fokus auf dem Subjekt der Überschreitung: Wer das Gesetz transzendiert, ist Souverän. Für Agamben handelt es sich bei der Aufhebung dagegen um die anonymere Form einer Nicht-Vollziehung des Gesetzes. (vgl. AZ, 61) Dem Akt der Überschreitung steht die Passivität des Nicht-Vollziehens gegenüber. Das Gesetz ruht, der Bann ist der gebannte Stillstand des Gesetzes. (vgl. AZ, 52 und 59) Das Gesetz entzieht sich, indem es nicht greift und gerade dadurch das ganze Leben erfasst.

Das Ergreifen des Lebens durch das Nicht-Greifen des Gesetzes, das Agamben postuliert, wird besser verständlich, wenn in Betracht kommt, dass der Rückzug des Gesetzes eine zweite Seite hat: Der Geltung ohne Bedeutung – einem Gesetz, das nicht angewandt wird – korrespondiert eine reine Anwendung, der nicht die Geltung, aber die Kraft des Gesetzes zukommt. Agamben beschreibt diese Zweiseitigkeit als das Ergebnis einer Trennung, bei der »die Gesetzeskraft aus dem Gesetz herausgelöst

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wird«. (AZ, 49) Geltung und Kraft treten einander äußerlich gegenüber. Auf der einen Seite steht die leere Form eines Gesetzes, das ›außer Kraft‹ ist und nicht mehr angewandt wird, obgleich es noch gilt, da es nur aufgehoben, nicht abgeschafft ist. Auf der anderen Seite steht die Kraft, die jenseits der Form des Gesetzes, aus der sie herausgetreten ist, zur Anwendung kommt.

Eben diese Trennung bildet nach Agamben »technisch gesehen« – *da un punto di vista tecnico* (Agamben 2008, 51) – »das Spezifische« des Ausnahmezustands: »Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine ›Kraft‹ hat), und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von Gesetzen haben, deren ›Kraft‹ gewinnen.« (AZ, 49) Diese schreibt Agamben als ~~Gesetzes~~kraft aus. Die Spaltung des Gesetzes, die Entzweiung seiner Einheit, betrifft weniger die Elemente von Form und Inhalt als diejenigen von Form und Kraft. Der Ausnahmezustand bezeichnet die Zone, in der sich das Gesetz »spaltet in reine Geltung ohne Anwendung (Gesetzesform) und reine Anwendung ohne Geltung: ~~*Gesetzes*~~*kraft*.« (AZ, 73, Hervorh. im Original) Die Bedeutung (Gehalt), der das Gesetz auf der einen Seite (der Seite der Form) entledigt wird, taucht auf der anderen Seite (der Seite der Kraft) nicht wieder auf. Der Ausnahmezustand ist damit nicht nur Spaltung zweier Elemente des Gesetzes – der Austritt der Kraft aus der Form des Gesetzes –, sondern der damit verbundene Verlust von Bedeutung oder Inhalt im Recht.

Bedeutung kann das Gesetz nach Agamben nur dort haben, wo sein Inhalt angewandt wird. *Reine* Anwendung hat hingegen keine Bedeutung, weil hier kein Inhalt, kein geltendes Gesetz umgesetzt wird. Gerade in der Bedeutungslosigkeit, die keineswegs Folgenlosigkeit ist, liegt die Drastik dieser reinen, von jedem Gesetzesinhalt freien ›Anwendung‹. Die Handlungen, die im Ausnahmezustand ausgeführt werden, sind gesetzlich absolut unbestimmt. Agamben zeigt dies anhand des *iustitiums*, das er als Archetypus des modernen Ausnahmezustands einführt. (vgl. AZ, 52) Taten, die während eines *iustitiums* begangen werden, sind »jeder rechtlichen Bestimmung radikal entzogen«. (AZ, 61) Hier hat jede Handlung die Form der Nicht-Vollziehung: »Wer während eines Justitiums handelt – könnte man sagen, wenn man menschlichen Handlungen um jeden Preis einen Namen geben will, die sich unter Bedingungen der Anomie abspielen –, der vollzieht das Gesetz nicht, noch überschreitet er es, sondern *nicht-vollzieht* es.« (ebd., Hervorh. im Original) Da im *iustitium* anders als in der Diktatur *keine* neue Magistratur mit außerordentlichen Befugnissen geschaffen wird, ist dieses rechtlich unbestimmte Handeln kein Privileg eines Souveräns. (vgl. AZ, 55 und 58) Auch im modernen Ausnahmezustand ist Agamben zufolge das rechtlich (genauer: gesetzlich) bedeutungslose und deshalb keiner Beurteilung und keinem Urteil zugängliche Handeln nicht dem Souverän vorbehalten. In

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Lesart Agambens haben alle ›demokratisch‹ an der Nicht-Vollziehung teil: Alle sind sie in diesem Sinne souverän, denn *homo sacer* ist »derjenige, dem gegenüber alle Menschen als Souveräne handeln«. (HS, 94) Dass dadurch virtuell alle Menschen (und auch die Bürger_innen) *homines sacri* sind (vgl. HS, 121, 124 und 180), ist davon die Kehrseite.

Für die Bestimmung des Banns als Verlassenheit bezieht sich Agamben auf das Kapitel *L'être abandonné* in Jean-Luc Nancys *L'impératif catégorique*.[35] (vgl. HS, 39 und 69) Hier findet sich der entscheidende Gedanke der Anwendung im Modus des Entzugs: »La loi de l'abandon veut que la loi s'applique en se retirant.« – »Das Gesetz des Verlassens will, dass das Gesetz sich anwendet, indem es sich zurückzieht.« (Nancy 1983, 150, Übers. J.H.) Der zentrale Aspekt liegt auch bei Nancy darin, dass das Verlassen des Gesetzes das totale Eingehen des gebannten Lebens in das Gesetz bedeutet. Das Leben erscheint nicht partiell unter einem bestimmten Gesetz, sondern als ganzes unter dem Gesetz als solchem: »sous la loi comme telle et en totalité«. Das gebannte Leben, das absolut unter dem Gesetz erscheint, bleibt außerhalb der Rechtsprechung, weil es von dieser nicht mehr beurteilt werden kann; dazu müsste es ihr äußerlich sein: »Livré à l'absolu de la loi, le banni est aussi bien abandonné au-dehors de toute sa juridiction.«[36] (ebd., 149f.) Alles andere als eine Äußerlichkeit des Gesetzes ist das gebannte Leben vielmehr die Materie, in der sich die Struktur des Gesetzes manifestiert; allein im gebannten Leben hat diese Struktur Wirklichkeit. Die Form des Gesetzes und die Kraft des Nicht-Vollziehens richten sich beide auf das Leben als auf ihre Materie. Indem es zur Materie wird, verliert das Leben seinen politischen Gehalt, den bereits Arendt in der Fähigkeit gesehen hatte, nach seinem Handeln beurteilt zu werden.

Die Verlassenheit, schreibt Nancy weiter, kann nicht anders, als das Gesetz zu achten. (»L'abandon respecte la loi, il ne peut faire autrement.«) Sie kann nicht anders, weil sie nichts anderes ist: Sie ist das Gesetz. (»›Il ne peut faire autrement‹ veut dire: il ne peut être autrement, il n'est pas autrement.«, ebd., 150) Die Struktur des Gesetzes *ist* das gesetzverlassene Leben. Insofern scheint es angemessen, nicht von Verbannung und verbanntem Leben, sondern von Gebanntheit und gebanntem Leben zu sprechen. Denn in ›Gebanntheit‹ liegt nicht nur der Hinweis, dass ein Stillstand des Rechts eingetreten ist, sondern ebenso, dass das davon betroffene Leben nicht aus dem Bannkreis verstoßen und insofern

35 Nancy hat die etymologische Verbindung zwischen ›Bann‹ und ›verlassen‹ in den Fokus gerückt, die für Agambens Konzeption der Struktur des Gesetzes maßgebend ist. Auch Nancys Referenzpunkte sind dabei das Gesetz (*la loi*) und die souveräne Macht (*le pouvoir souverain*). (vgl. Nancy 1983, 149f.)

36 In deutscher Wiedergabe zitiert in HS, 69: »Dem Absoluten des Gesetzes ausgeliefert, ist der Verbannte außerhalb jeder Rechtssprechung gelassen.«

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

entlassen wurde, sondern diesseits des Banns festgehalten wird. Mit der reinen Form des Gesetzes ist der Bann identisch: Er ist das preisgegebene Leben und damit die Weise, in der sich die Preisgabe ins Leben einschreibt und es als nackte Materie konstituiert. Bei der Bann-Beziehung handelt es sich nicht um eine Beziehung zwischen zweien, da die beiden Glieder nicht getrennt vorliegen und daher nicht verbunden werden können. Vielmehr handelt es sich allein um das nackte Leben, das in der Spaltung von Form und Kraft des Gesetzes nur mit sich selbst, seiner Materie, in Beziehung tritt. Die Kritik kann sich daher nicht auf einen Souverän als das Andere des nackten Lebens richten, der dieses hervorbringt. Sie muss vielmehr das nackte Leben selbst betreffen, das heißt die Vorstellung, dass es so etwas wie nacktes Leben wirklich, in ›substanzieller‹ Weise gibt.

Immanenz des Gesetzes und die Bedeutung des Lagers

Mit Recht hat Thomas Khurana bemerkt, dass das Buch *Homo sacer* eine »Strukturtheorie des Politischen« vorschlage. (Khurana 2002, 123) Die Struktur besteht darin, dass das Gesetz sich vom Leben abwendet, es durch dieses Verlassen entblößt und in dieser Entblößung einschließt; die Einschließung ins Gesetz erfolgt als Auslieferung ans Gesetz durch den Entzug seines Schutzes. Agambens These, dass es sich bei der Souveränität um eine politische Struktur handelt, wird im Verlauf des *Homo sacers* – sowohl des Buchs wie des Projekts im Ganzen – zunehmend vertieft. Die Vertiefung dieser These bedeutet unweigerlich ihre Revision: Je konsequenter die Logik der Souveränität *strukturell* gedacht wird, desto weniger *souverän* kann sie erscheinen. Souveränität bedeutet, dass es etwas gibt, das im Gesetz nicht aufgeht, ihm äußerlich bleibt und es überschreiten kann; ebenso wie eine Anwendung des Gesetzes einen Gegenstand, Lebensverhältnisse, voraussetzt, die dem Gesetz äußerlich sind und reguliert werden können. Beides, die Souveränität und die Lebensverhältnisse (das Leben selbst), ist bei Agamben dem Gesetz immanent. In dieser absoluten Immanenz besteht hier die Struktur des Politischen als eine Struktur der Ausnahme. Dass der Ausnahmezustand selbst Inbegriff und Materialisierung dieser Struktur ist, beschreibt Agamben in *Die Zeit, die bleibt. Ein Kommentar zum Römerbrief*. Was die Struktur der Ausnahme kennzeichnet, ist nach Agamben nicht das Fehlen des Gesetzes, sondern das Fehlen eines Außerhalbs des Gesetzes. Der Ausnahmezustand ist ein Zustand, in dem das Gesetz absolut immanent ist, weil es nichts Äußeres zulässt:

> »Wenn das Gesetz im Ausnahmezustand nur in Form der eigenen Aufhebung in Kraft ist und sich nur in der Abwendung anwendet, dann schließt

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> das Gesetz sozusagen das ein, was es aus seinem Bereich verstößt –, oder, wenn man so will, es gibt kein Außerhalb des Gesetzes mehr. Das Gesetz erreicht also im Zustand der souveränen Selbstaufhebung die äußerste Grenze seiner Geltung und fällt mit der Wirklichkeit selbst zusammen, indem es in Form der Ausnahme sein Außerhalb einschließt.« (Agamben 2012a, 119)

Die ›souveräne Selbstaufhebung‹ muss hier auch die Selbstaufhebung der Souveränität bedeuten. Je mehr das Gesetz mit dem nackten Leben als der Wirklichkeit zusammenfällt, desto mehr tritt das souveräne Moment der Entscheidung zurück. Das biopolitische Zeitalter der Moderne, in dem das nackte Leben ins Zentrum des Staates rückt, hat die Auflösung des Souveräns *zur Voraussetzung*. Damit entfällt »die Entscheidung über das nackte Leben, in der die Souveränität bestand«. (HS, 130) Am deutlichsten wird dies in Agambens Auseinandersetzung mit dem Lager als dem »Paradigma des politischen Raumes der Moderne«. (HS, 131)

Es gilt an dieser Stelle die Bedeutung von Agambens Paradigmenbegriff in Erinnerung zu rufen. Ein Paradigma ist nicht einfach ein Beispiel für den Zustand der Welt im Ganzen. Daher ist nicht gemeint, die moderne Welt sei insgesamt ein (oder so etwas wie ein) Konzentrationslager.[37] Ein Paradigma ist aber auch kein Idealtypus im Sinne Webers, gewonnen »durch einseitige Steigerung eines oder einiger Gesichtspunkte […] zu einem in sich einheitlichen Gedankengebilde«. (Weber 1988, 191) Während ein Idealtypus (etwa der Idealtypus des mittelalterlichen Handwerkers oder der antiken *pólis*) eine Idee ist, die in dieser idealen Form historisch niemals realisiert war, ist das Paradigma durchaus ein Objekt in der Wirklichkeit. Es ist ein reales Objekt, von dem her ein größerer historischer Kontext intelligibel wird, zu dem es gehört und für den es konstitutiv ist. (vgl. Agamben 2009, 20f.) Das Lager steht nicht dafür, was die moderne Welt im Gesamten ist, sondern wie sie politisch funktioniert (und sich konstituiert). Dabei steht der Name ›Auschwitz‹ bei Agamben für das Lager schlechthin, da hier Konzentrationslager und Vernichtungslager zusammenfielen. (vgl. WvAb, 44)

In Agambens Schilderung funktioniert das Lager anonym. Dabei handelt es sich nicht um die Anonymität von Befehlsketten, auf welche die Angeklagten in NS-Prozessen verwiesen, um ihre Unverantwortung darzulegen; wie etwa Rudolf Höß, Kommandant von Auschwitz zwischen 1940 und 1943, der angab, seine Befehle von Adolf Eichmann erhalten zu haben, der sich wiederum auf seine Funktion als ein bloß ausführendes Organ berief. (vgl. Gilbert 2001, 448–450) In der Beschreibung Agambens liegt die Anonymität nicht darin, dass in dieser Funktion

37 Dies wurde mehrfach mit Recht vermerkt, so etwa von Marchart 2005, 105 und Lemke 2008, 95f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

jeder andere auch so gehandelt hätte, sondern beruht darauf, dass *keine Funktion* mehr da ist, in der jemand handelt. Nicht nur souveränes Handeln, sondern jedes Handeln ist hier verschwunden. Damit lassen sich, so Agamben, keine politischen Subjektpositionen mehr unterscheiden. Im Lager sieht er entsprechend einen Raum, in dem »das menschliche Leben jegliche zuweisbare biopolitische Identität überschreitet«. (WvAb, 75)

Wenn Agamben den systematischen Kern seiner Theorie des Ausnahmezustands im Fehlen des Handelns veranschlagt, hat er diese Theorie in den direkten Gegensatz zu jener Schmitts gebracht. Denn dass Handeln im Recht möglich und dass das Recht daher politisch ist, steht im Zentrum von Schmitts Theorie. Vor diesem Hintergrund und im Hinblick auf den zweiten Teil des Buches gilt es die Auseinandersetzung mit Schmitt und Agamben in einigen Überlegungen systematisch auszuwerten.

Zwischenbetrachtung: Theorie der juristischen Form nach Schmitt und Agamben

Die Stoßrichtung von Agambens Theorie der Ausnahme tritt konturiert nur hervor, wenn sie in den Verschiebungen in Betracht kommt, die sie gegenüber Schmitt bedeutet. Diese Verschiebungen habe ich im Vorangehenden im Detail analysiert. Sie sollen hier in ihren wichtigsten Zügen noch einmal genannt werden, um vor diesem Hintergrund den systematischen Ertrag zu formulieren, der im Hinblick auf den zweiten Teil des Buches leitend ist.

Wie Schmitt entwickelt auch Agamben in Auseinandersetzung mit dem Ausnahmezustand eine Theorie der juristischen Form. Doch während Schmitt sie als eine Theorie der *Rechtsform* vorbringt, um die Differenz zwischen Recht und Gesetz als Kennzeichen des Juristischen auszuweisen, geht es Agamben um eine Theorie der *Gesetzesform*, wobei der Begriff des Rechts mit jenem des Gesetzes gleichgesetzt wird. Dies hat eine gegensätzliche Beurteilung des Ausnahmezustands zur Folge: Zeigt sich nach Schmitt im Ausnahmezustand, dass das spezifisch Juristische in einer transzendierenden *Durchbrechung* des Gesetzes liegt, ist der Ausnahmezustand nach Agamben die absolute *Immanenz* des Gesetzes. Der jeweiligen Sicht auf den Ausnahmezustand entspricht eine je verschiedene Perspektive auf das Juristische, auf den Rechtscharakter oder das Rechtliche des Rechts. Eben darin liegt bei beiden die heuristische Funktion des Ausnahmezustands: Der von Schmitt in Auseinandersetzung mit dem Ausnahmezustand entwickelte Begriff der ›substanziellen‹ Form des Rechts bildet den Mittelpunkt einer Rechtstheorie, welche die innere Heterogenität des Rechts betont. Agambens Begriff der ›fiktiven‹

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Form des Gesetzes steht demgegenüber im Zentrum einer Theorie, welche die Homogenität des Rechts behauptet, die daraus resultiert, dass dem Recht eine ihm fremde Umwelt fehlt, auf die es sich beziehen könnte. Es ist schwer, für diese radikale Stoßrichtung von Agambens Theorie die Belege in der Wirklichkeit zu finden, die sie zu beschreiben sucht. Dass Agambens Thesen empirisch ungesättigt bleiben und seine genealogische Methode enthistorisierende Kontinuitäten herstellt, wurde denn auch vielfach und mit Recht kritisiert.

Aufschlussreicher als eine Wiederholung dieser Kritik ist es aber, Agambens Theorie in systematischer Hinsicht zu betrachten und sie weniger als eine Theorie der Moderne denn als eine Theorie der Normativität zu behandeln. In dieser Perspektive zeigt sich, dass Agambens Ansatz keine bloße Entgegensetzung gegen Schmitt bedeutet. Mit Schmitt verbindet ihn vielmehr die These, dass die spezifisch rechtliche Normativität in ihrem Zusammenhang mit dem Politischen liegt. Beide entwickeln eine Theorie der Normativität, in der die Beziehung zum Politischen das Normative grundlegend bestimmt.

Schmitt hat, in seiner *Verfassungslehre*, die politische Durchbrechung des Normativen als die Weise beschrieben, in der rechtliche Normativität normalerweise funktioniert. Anders als eine oberflächlichere Lektüre Schmitts nahe legen könnte, besteht das Recht Schmitt zufolge nicht aus zwei Teilen, die einander äußerlich sind. Denn das *politische* Moment des Rechts durchbricht das *normative* nicht von außen, sondern innerlich; bei der Transzendenz der Rechtsform handelt es sich um eine immanente Transzendenz. In dieser für sie konstitutiven Immanenz zeigt sich die ›substanzielle‹ Form des Rechts allerdings, wie ich argumentiert habe, gerade nicht im Ausnahmezustand, sondern im normalen Funktionieren des Rechts, das heißt in der Normalität rechtlicher Normativität: nicht in der Suspension, sondern in der Geltung der Verfassung. Der politische Charakter, der das Recht kennzeichnet, liegt auch in seinem normativen Teil. Weil das politische ›Leben‹ des Rechts dem Normativen selbst zukommt, kann Schmitts Heuristik der Ausnahme, anders als seine *Verfassungslehre*, diesen Punkt nicht erhellen.

Eben die Hinwendung zum normalen Funktionieren rechtlicher Normativität bildet systematisch den Ausgangspunkt von Agambens Theorie. Agamben geht nun aber gerade nicht so vor, dass er *statt* des Ausnahmezustands die Normalität des Rechts analysiert, sondern dass er den Ausnahmezustand als dessen Normalität versteht. Er verbindet dabei ein Moment des Ausnahmezustands, nämlich die Entrechtung, mit einem Moment der Normalität, nämlich der Abwesenheit einer exzeptionellen Entscheidung. Den Ausnahmezustand als Normalität zu verstehen, bedeutet demnach, ihn als Entrechtung ohne Entscheidung aufzufassen. Erfolgt die Entrechtung nicht durch die Entscheidung, welche die Norm suspendiert, dann besteht sie, so Agamben, in der Norm selbst: in ihrem

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

selbst-suspendierenden Charakter. An die Stelle der Selbstdurchbrechung der Normativität bei Schmitt tritt bei Agamben die Selbstsuspension des Gesetzes. Doch während bei Schmitt die normative Selbstdurchbrechung die Form darstellt, die jenseits der Ausnahme besteht, impliziert nach Agamben die Selbstsuspension des Gesetzes seine Identität mit dem Ausnahmezustand.

Aufgrund der Selbstdurchbrechung bzw. Selbstsuspension der Normativität eignet dieser jeweils ein intrinsisch politischer Zug. Doch ist die spezifische Politizität des Normativen bei Schmitt und bei Agamben sehr unterschiedlich, ja konträr zu verstehen. Nach Schmitt liegt das Politische des Rechts in einem (entscheidungsmäßigen) Moment des Handelns, bei Agamben fällt das Recht mit dem Politischen gerade dort zusammen, wo kein Handeln mehr möglich ist. Agambens Theorie der Gesetzesform (des Ausnahmezustands) ist aus diesem Grund – weil jedes Handeln fehlt – keine Theorie der Souveränität. Doch auch bei Schmitt ist das Handeln, wo es nicht die Ausnahme erklärt, sondern die Normalität des Normativen konstituiert, keineswegs ›souverän‹. Weder Schmitts Theorie der Rechtsform noch Agambens Theorie der Gesetzesform sind demnach systematisch auf Souveränität bezogen. Die Differenz zwischen beiden liegt darin, dass bei Schmitt der politische Zug der Normativität durch das (nicht-souveräne, das heißt die Norm nicht vernichtende) Handeln gegeben ist, während für Agamben die Politizität des Rechts in der Passivierung menschlichen Lebens liegt.

Damit nimmt auch die bei Schmitt zentrale Beziehung zwischen juristischer Form und Leben bei Agamben eine sehr verschiedene Ausprägung an. Für Schmitt ist die Form des Rechts lebendig, da sie die reine Normativität transzendiert, indem sie sich in grundlegenden Entscheidungen auf die zu regulierenden Lebensverhältnisse, das gesellschaftliche Leben der Menschen richtet. Demgegenüber fällt für Agamben die Form des Gesetzes mit dem menschlichen Leben zusammen. Das Gesetz richtet sich hier nicht auf das Leben als *äußere* Materie der Regulierung. Vielmehr realisiert sich die Form des Gesetzes in einem auf bloße Materie reduzierten menschlichen Leben. Diese lebendige Materie ist der Form des Gesetzes nicht äußerlich, sondern mit ihr identisch. Darin besteht die Immanenz von Agambens Theorie des Gesetzes und der Grund, warum es sich bei dieser zugleich um eine Theorie des Ausnahmezustands handelt.

In der Kritik an Agamben ist vor allem auf zwei Punkte das Gewicht zu legen: erstens auf seine Nicht-Unterscheidung von Recht und Gesetz und damit auf die Reduktion von ersterem auf letzteres; zweitens darauf, dass in seiner Theorie das für das moderne Recht konstitutive Moment des Handelns außer Betracht gerät. Um den politischen Charakter des modernen Rechts adäquat zu beschreiben, ist gerade die Tatsache in den Mittelpunkt zu stellen, dass sich dieses Recht durch die Möglichkeit eines spezifischen, rechtsförmigen Handelns auszeichnet. Aufschlussreich

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ist hingegen Agambens allgemeinere These, dass die Normalität die Ausnahme in spezifischer Weise enthält und dass sich Ausnahmezustand und Normalzustand nicht äußerlich gegenüberstehen. Diese These ergibt sich, wie gezeigt, daraus, dass Agamben den Schmitt'schen Gedanken der Selbstdurchbrechung des Normativen in radikaler Weise fortführt. Doch statt wie in Schmitts heterogenitätstheoretischem Ansatz die Normalität vom Ausnahmezustand vollständig zu trennen, setzt Agamben in seiner homogenitätstheoretischen Analyse die Normalität mit dem Ausnahmezustand in eins. Beide Ansätze führen an der Frage vorbei, inwiefern die normative Normalität des Rechts mit dem Ausnahmezustand, als ihrem Anderen, in Verbindung steht.

Diese Frage steht im Zentrum des folgenden, zweiten Teils des Buchs. Die normative Normalität moderner, demokratisch-rechtsstaatlicher Rechtsordnungen hat ihre grundlegendste Verankerung in den Grund- und Menschenrechten, denen ein zentraler Stellenwert in zahlreichen nationalstaatlichen Verfassungen und in internationalen Verträgen zukommt. Das Interesse richtet sich in den folgenden Kapiteln eben darauf, inwiefern die Menschenrechte, als normative Grundlage rechtlicher Normalität, das Moment ihrer Aussetzung, die Rechtsfigur des Ausnahmezustands, in sich aufgenommen haben und verhandeln. Diese Frage ist in zweierlei Hinsicht entscheidend für eine Theorie rechtlicher Normativität, die das Politische als deren Teil versteht. Erstens weil der Ausnahmezustand, wie gesehen, eine politische Intervention oder Durchdringung des Rechts bedeutet, zweitens weil die Menschenrechte selbst einen spezifisch politischen Gehalt und Anspruch haben. In der Normativität der Menschenrechte kreuzen sich damit zwei politische Linien: ihre eigene und jene der Ausnahme. Beide Linien zeichnen sich durch ihren Bezug zum Handeln aus. Den inneren Konflikt dieses zweifachen Handelns am Grund rechtlicher Normativität gilt es genauer zu erörtern.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

II.
Körper und Person
Zur Dialektik von Ausnahmezustand und Menschenrechten

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3. Körper, Staat, Nation: Kritiken der Menschenrechte

3.1 Die Einschreibung der Ausnahme in den Text der Rechte

Der Gegenstand dieses Teils des Buches sind nicht Theorien, welche die Menschenrechte in ihren verschiedenen – juristischen, moralischen und politischen – Dimensionen ihrer Geltung analysieren und auf dieser Grundlage eine normative Rekonstruktion und Begründung der Menschenrechte anstreben. Vor dem Hintergrund des ersten Teils gilt das Interesse in den folgenden Kapiteln vielmehr dem Verhältnis, das zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand besteht. Dieses Verhältnis kann auf zwei unterschiedliche Weisen in Betracht kommen. Zum einen können Ausnahmezustand und Menschenrechte als Gegensätze untersucht werden: Der Fokus liegt dann darauf, wie die Menschenrechte und ihre Anrufung sich dem Zugriff staatlichen Handelns, das sich besonders unter den Bedingungen des Ausnahmezustands realisiert, entgegenstellen, und wie auf der anderen Seite die Logik des Ausnahmezustands gerade darin liegt, die Einschränkung oder Suspension grundrechtlich garantierter Menschenrechte zu ermöglichen.[1] Zum anderen können Ausnahmezustand und Menschenrechte darauf hin befragt werden, wie sie – in ihrer Eigenschaft als Bestandteile staatlicher Rechtsordnungen – *beide* in den Dienst dieser Rechtsordnung bzw. des Staates selbst gestellt werden können. In den Fällen, in denen dies geschieht, erscheinen sie nicht als gegenläufige Phänomene, sondern liegen, als Komponenten derselben Strategie, auf einer Linie. In den folgenden Kapiteln liegt der Fokus auf dieser zweiten Weise, das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten zu untersuchen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint nicht nur der Ausnahmezustand problematisch, da in ihm grundlegende Rechte suspendiert werden; es fällt auch ein ambivalentes Licht auf die Menschenrechte, insofern sie zum Ausnahmezustand nicht nur in einem gegensätzlichen,

1 Berühmtes Beispiel für diese Möglichkeit der Suspension von Rechten ist Art. 48 Abs. 2 der *Weimarer Reichsverfassung*, in dem die Befugnisse des Reichspräsidenten im Fall der Gefährdung der »öffentlichen Sicherheit und Ordnung«, d.h. im ›Ernstfall‹, geregelt sind. Die Befugnisse betreffen die vorübergehende Außerkraftsetzung der in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgelegten Grundrechte, insbesondere der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person und der Wohnung, des Brief- und Fernsprechgeheimnisses, der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie der Garantie des Eigentums.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sondern auch in einem komplementären Verhältnis stehen. Eine Perspektive, die dieses Verhältnis in den Blick nimmt, ist kritisch. Die Kritik zielt darauf, die Menschenrechte aus ihrer zweideutigen Verbindung zum Ausnahmezustand zu lösen und in eindeutige Opposition zu bringen.

In einem ersten Schritt gilt es allerdings das zweideutige Verhältnis deutlich zu machen, das zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand besteht. Es ist zu zeigen, inwiefern nicht zutrifft, was auf den ersten Blick der Fall zu sein scheint: Dass der Ausnahmezustand, weil er die Suspension von Grund- und Menschenrechten bedeutet, den Menschenrechten in jeder Hinsicht diametral entgegengesetzt ist. Wie aber ist die Komplementarität zu verstehen? Greifbar wird sie zunächst auf Ebene der juridisch maßgebenden Texte bzw. an den Möglichkeiten ihrer Auslegung und Anwendung. Von dieser textlichen Ebene her soll die Komplementarität hier zunächst aufgegriffen werden, bevor ich mich ihr vor diesem Hintergrund im folgenden Kapitel in Auseinandersetzung mit der Kritik der Menschenrechte bei Arendt und Agamben nähere.

Die Möglichkeit der Ausnahme ist den Menschenrechten nicht äußerlich, sondern ihnen eingeschrieben: In den internationalen Menschenrechtsverträgen bricht sich die Unverbrüchlichkeit der Rechte an der Berücksichtigung des besonderen, ausnahmsweise auftretenden Falles. Sehr ähnlich wie innerhalb der internationalen Menschenrechtsverträge ist die Ausnahme in Grundrechtskatalogen mancher nationaler Verfassungen geregelt. Ausführlich werde ich dabei auf die Verfassung der Republik der Türkei eingehen, auf Grundlage von deren damaligem Art. 120 am 20. Juli 2016 der Ausnahmezustand erklärt wurde.[2] Dieser trat am 21. Juli 2016 zunächst für drei Monate in Kraft und wurde darauf über zwei Jahre hinweg, bis zu seinem Ende am 19. Juli 2018, insgesamt sieben Mal verlängert.

Als erstes wende ich mich allerdings den internationalen Menschenrechtsverträgen zu. Wenn in ihnen nicht nur die grundlegenden Rechte, sondern auch der Ausnahmezustand geregelt ist, so ist damit intendiert, die Rechte vor willkürlicher Einschränkung und Suspension zu schützen. Doch werden die betreffenden Artikel in nationalen Ausnahmezuständen auch in Anspruch genommen, um fragwürdige oder unzulässige Maßnahmen mit dem Schein völkerrechtlicher Rechtfertigung auszustatten.

2 In der mit dem Referendum vom 16. April 2017 erheblich geänderten Verfassung ist Art. 120 im Zug einer Neuregelung des Notstands entfallen. Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein. Die geänderte Verfassung soll nach den nächsten Parlaments- und Präsidentschaftswahlen in Kraft treten. Der Wandel der alten Verfassungsordnung setzt allerdings bereits davor ein; vgl. dazu Christian Rumpf, *Die Verfassungsänderung 2017* (Stand 04.04.2018), 3f., http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassungsaenderung.pdf; abgerufen am 30.04.2018, im Folgenden zitiert als Rumpf 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Integration der Ausnahme in den Kern der Rechte ist damit, wenn nicht der Absicht, so doch der Wirkung nach ambivalent. Diese Ambivalenz soll hier erläutert werden.

Kategorien der Menschenrechte: liberal, sozial, politisch

Wie die Ausnahme in den Innenbereich der Verträge aufgenommen wurde und welche Verbindung von Ausnahmezustand und Menschenrechten daraus resultiert, möchte ich einerseits auf globaler, andererseits auf regionaler, europäischer Ebene nachzeichnen. Auf beiden Ebenen findet sich dieselbe Trennung von *liberalen* und *sozialen* Menschenrechten. Während die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 die bürgerlich-politischen Rechte und die ökonomisch-sozialen Rechte noch in einen gemeinsamen Text brachte, sind diese beiden Typen von Rechten später textlich in jeweils separaten Verträgen festgehalten.[3] Auf globaler Ebene sind die liberalen Rechte im UN-Zivilpakt (*Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*) aufgeführt. Dieser Pakt enthält Abwehrrechte gegen staatliche Übergriffe (etwa Schutz vor Folter oder vor rechtswidrigen Eingriffen ins Privatleben), bürgerliche Freiheitsrechte (etwa Meinungs-, Religions- und Versammlungsfreiheit) sowie Rechte der Staatsbürger_innen auf politische Mitbestimmung (das Recht auf Zugang zu öffentlichen Ämtern und das Recht zu wählen und gewählt zu werden). Die sozialen oder ›materiellen‹ Rechte stehen dagegen im UN-Sozialpakt (*Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*). Die hier vereinbarten Rechte richten sich auf wirtschaftliche Sicherheit, soziale und kulturelle Teilhabe (so die Rechte auf Arbeit, auf Sozialversicherung, auf einen angemessenen Lebensstandard, auf den bestmöglichen Gesundheitszustand sowie auf Bildung). In analoger Weise findet sich die Aufteilung, die durch die beiden UN-Pakte gegeben ist, auf der europäischen Ebene. Während die *Europäische Menschenrechtskonvention*[4] (EMRK) die liberalen Freiheitsrechte enthält,

3 Der Grund für diese Auftrennung ist im historischen Kontext zu suchen, in dem die Verträge entstanden sind: In der Auffassung des Verhältnisses von Gesellschaft und Individuen bestanden zwischen den sozialistischen Staaten im Osten und den liberalen Staaten im Westen erhebliche Differenzen: »So forderten westliche Staaten in erster Linie staatsbürgerliche und politische Rechte […], während östliche Staaten in erster Linie wirtschaftliche und soziale Menschenrechte einforderten«. (Riedel 2008, 74) Auf dieser Grundlage war eine einheitliche Betrachtung der Menschenrechte nicht mehr möglich. Die westlichen Staaten setzten die Aufteilung in zwei Verträge durch, was sich zuerst auf der Ebene der beiden UN-Pakte geltend machte. (vgl. Henkin 1981, 9f.)

4 Deutlich weniger präsent als im UN-Zivilpakt sind in der EMRK die politischen Teilnahmerechte. Allerdings ist das Recht auf freie und geheime

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sind die sozialen Rechte in der *Europäischen Sozialcharta* (ESC) aufgeführt, deren revidierte Fassung 1999 in Kraft trat.[5] Auf diesen vier Verträgen liegt der Fokus der folgenden Überlegungen.[6]

Mit der vertraglichen Trennung der beiden Typen von Menschenrechten ging bisher ihre unterschiedliche Durchsetzbarkeit einher. Sowohl mit Blick auf die globale wie die europäische Ebene halten Andreas Fischer-Lescano und Kolja Möller fest: »The separate institutional handling of the two categories of rights shows that, while liberal human rights are conceived of as ›hard‹ actionable rights, social rights are often reduced to the status of non-actionable ›non-rights‹, which robs them of their normative clout.« (Fischer-Lescano und Möller 2016, 29) Dieser unterschiedliche Stellenwert steht in Spannung zur allgemein anerkannten Idee der gegenseitigen Abhängigkeit und damit Unteilbarkeit der liberalen, sozialen sowie politischen Menschenrechte.[7]

Die globale und die europäische Linie haben neben der vertraglichen Aufteilung der Rechte eine weitere Gemeinsamkeit: die Bezugnahme

Wahlen in Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK vom 20. März 1952 enthalten, das 1954 in Kraft trat und von allen Vertragsparteien (bis auf die Schweiz und Monaco, Stand vom 21.03.2018) ratifiziert worden ist; vgl. European Treaty Series Nr. 009.

5 In der revidierten Fassung finden sich neu Bestimmungen u.a. zur Chancengleichheit und Gleichbehandlung, zum Kündigungsschutz, zum Recht der Arbeitnehmer_innen auf Beteiligung an der Festlegung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen, zum Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz sowie zum Recht auf Wohnung. Von Deutschland wurde diese revidierte Fassung bisher nicht ratifiziert; vgl. European Treaty Series Nr. 163.

6 Der *International Covenant on Civil and Political Rights* (UN-Zivilpakt) trat am 23. März 1976 in Kraft, der *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (UN-Sozialpakt) am 3. Januar 1976. Die *Europäische Menschenrechtskonvention*, die im Rahmen des Europarats ausgearbeitet wurde, trat am 3. September 1953 in Kraft, die *Europäische Sozialcharta* am 26. Februar 1965.

7 Zur Frage der Unteilbarkeit der Menschenrechte vgl. Lohmann 2005. Es gibt verschiedene, zumeist dreiteilige Systematisierungen der Menschenrechte: Die Unterteilung in liberale (oder individuelle) Freiheitsrechte, soziale Teilhaberechte und politische Teilnahmerechte wurde nach dem Zweiten Weltkrieg maßgeblich von Thomas Marshall entwickelt. (vgl. Marshall 1992) Ebenfalls einflussreich ist die von Henry Shue vorgeschlagene Unterteilung der Rechte nach den ihnen korrespondierenden Pflichten: Unterlassungs-, Schutz- und Hilfspflichten. (vgl. Shue 1980) Schließlich werden die Rechte in historischer Perspektive auch nach drei Generationen unterschieden: erstens die liberalen Abwehr- und bürgerlichen Freiheitsrechte, zweitens die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, drittens die Rechte mit einer kollektiven Dimension (etwa das Recht auf eine lebenswerte Umwelt oder auf Entwicklung). (vgl. Riedel 1989) Die Systematisierung in

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

auf die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* als »dasjenige Dokument, das die Grundlage aller gegenwärtigen Menschenrechtspolitik ist«. (Menke und Pollmann 2008b, 16f.) Die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* wurde als Resolution der UN-Generalversammlung (Res 217 A (III)) am 10. Dezember 1948 in Paris verabschiedet. Sie stellt die Reaktion auf eine historische Zäsur dar, auf eine, so Christoph Menke und Arnd Pollmann, in der ganzen Welt wahrgenommene Katastrophenerfahrung: »Diese Katastrophe ist der politische Totalitarismus – vor allem der nationalsozialistische, aber auch der stalinistische –, dessen Sieg über die liberale Demokratie für einige Jahre eine unmittelbare, realpolitische Bedrohung war.«[8] (ebd., 16) Dass »die Nichtanerkennung

drei Typen von Rechten geht auf Georg Jellinek (vgl. Jellinek 1905, 86f.) zurück, der sie anhand des innerstaatlichen Bereichs, d.h. im Hinblick auf die staatsbürgerlichen Grundrechte, entwickelt hat: Der *status negativus* des über subjektive Grundrechte verfügenden Bürgers bezieht sich auf diejenigen Rechte, die ihn vor dem Eingriff des Staates schützen (etwa Folterverbot und Religionsfreiheit), der *status activus* ist auf diejenigen Rechte bezogen, welche die Mitwirkung im politischen Gemeinwesen garantieren sollen (Recht auf Wahlen und Zugang zu Ämtern), der *status positivus* ist mit denjenigen Rechten verbunden, die den Staat verpflichten, bestimmte Leistungen zu erbringen (z.B. Recht auf Arbeit, auf Sozialversicherung oder auf Bildung). Diese Unterscheidung dreier *status* und der damit verbundenen Typen von Rechten – die sogenannte Statustheorie – ist ebenfalls bis in die gegenwärtige Diskussion wirksam geblieben.

8 Menke und Pollmann richten sich explizit gegen eine ältere, aber noch wirksame »Standarderzählung« der Geschichte der Menschenrechte, wie sie etwa Norberto Bobbio (Bobbio 1998) vertritt. Diese Geschichte ist eine Geschichte der Kontinuität und der Komplementarität. Sie ist *kontinuierlich*, weil sie beim philosophischen Naturrecht im 17. Jahrhundert ansetzend über die Menschen- und Bürgerrechtserklärungen des Amerika und Frankreich des 18. Jahrhunderts zur internationalen Menschenrechtspolitik des 20. Jahrhunderts führt. Und sie ist *komplementär*, weil sie zwei Elemente – die Theorie universeller natürlicher Rechte und die Praxis rechtsstaatlicher Positivierung – immer enger verknüpft. Demgegenüber sehen heute viele den Totalitarismus und den Zweiten Weltkrieg als historischen Bruch an, mit dem die politisch-rechtliche Gegenwart der Menschenrechte unter völlig veränderten, mithin internationalen Vorzeichen einsetzt. (vgl. etwa Krajewski 2017, § 2, S. 42 sowie schon Grewe 1984, 749f.) Als Gründungsdokument dieser neuen Epoche gilt die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948. (vgl. Krajewski 2017, § 12, S. 288 und Menke und Pollmann 2008b, 11–17) Samuel Moyn datiert den Durchbruch der Menschenrechte als »letzter Utopie« noch deutlich später, auf das Ende der 1970er Jahre und sieht dies im Zusammenhang damit, dass zu dieser Zeit andere gesellschaftsverändernde Programme wie etwa der Realsozialismus an Überzeugungskraft verloren hatten. Auch Moyn unterstreicht dabei die Distanz der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und Verachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei geführt haben, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen«, war für die UN-Generalversammlung, wie es in der Präambel heißt, ein Grund zur Verkündung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*. Heute gilt diese Erklärung »im Kern als Völkergewohnheitsrecht«. (Krajewski 2017, § 12, S. 288; ebenso Kokott 1999, 180) Zugleich bildet sie die Grundlage für die weitere internationale Kodifikation von Menschenrechten. Die in ihr formulierten liberalen, sozialen und (zumindest ansatzweise vorhandenen) politischen Rechte wurden in den beiden genannten UN-Pakten sowie in der EMRK und ESC konkretisiert und in Völkervertragsrecht umgesetzt. (vgl. Krajewski 2017, § 12, S. 288–291) Auf regionaler Ebene bestehen neben den europäischen Verträgen die *Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker*, die *Amerikanische Menschenrechtskonvention* und die *Arabische Menschenrechtscharta*. Ich beschränke mich hier allerdings auf die UN- sowie auf die europäische Ebene, da ich mich unten mit den Ausnahmezuständen in der Türkei und, etwas weniger ausführlich, in Frankreich befassen werde.

Insofern nach Art. 38 Abs. 1 des *Statuts des Internationalen Gerichtshofs* sowohl Völkerrechtsverträge als auch Völkergewohnheitsrecht zu den völkerrechtlichen Rechtsquellen gehören, stellt die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* wie die auf sie folgenden internationalen Verträge verbindliches, Rechte und Pflichten begründendes Völkerrecht dar. Gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht kommt dem Völkervertragsrecht allerdings eine höhere Verbindlichkeit zu.[9] (vgl. Krajewski 2017, § 4, S. 90) In ihren Präambeln schließen sowohl die beiden UN-Pakte als auch die EMRK ausdrücklich an die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* an.[10] Die Anknüpfung ist bei den beiden UN-Pakten insofern direkter, als sie ein Produkt derselben Institution bilden, die auch die *Allgemeine Erklärung* hervorgebracht hat. Die Pakte legen in ihren Präambeln jeweils die Erkenntnis zugrunde, dass sich die Postulate der *Allgemeinen Erklärung* nur durch Bedingungen verwirklichen lassen, unter denen jede ihre Rechte – die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen ebenso wie die bürgerlichen und politischen Rechte – »genießen kann«. Diese Bedingungen herzustellen, ist das Ziel der beiden UN-Pakte. Demselben Ziel dient die Schaffung von Möglichkeiten, die

Gegenwart der Menschenrechte zum frühneuzeitlichen Naturrecht einerseits und zu den Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts andererseits. (vgl. Moyn 2010)

9 Über die verschiedenen menschenrechtlichen Vertragsorgane auf globaler und regionaler Ebene sowie die Instrumente ihrer Durchsetzung vgl. übersichtlich Kälin und Künzli 2013, 239–275.

10 In der Präambel der *Europäischen Sozialcharta* geschieht dies dagegen nur vermittelt durch die Bezugnahme auf die *Europäische Menschenrechtskonvention*.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verletzung der Menschenrechte vor ein Gericht zu bringen, etwa im Rahmen sogenannter Individualbeschwerdeverfahren.[11] Für den UN-Zivilpakt trat ein zusätzliches, fakultatives Protokoll, das die Einrichtung solcher Verfahren vorsieht, im Jahr 1976, für den UN-Sozialpakt erst im Jahr 2013 in Kraft.[12] Dass es fast vier Jahrzehnte länger dauerte, bis ein Fakultativprotokoll die Einklagbarkeit sozialer Menschenrechte auf den Weg brachte, ist mit der erwähnten Uneinigkeit zu erklären, ob soziale Teilhaberechte – im Unterschied sowohl zu den bürgerlichen Abwehr- und Freiheitsrechten als auch zu den politischen Teilnahmerechten – sich überhaupt für die Form justiziabler subjektiver Rechte eignen oder doch nur den Status rechtlich unverbindlicher Ziele beanspruchen können.[13]

Fest steht, dass auch die Fixierung der Menschenrechte in Völkerrechtsverträgen und die Möglichkeit, diese Rechte einzuklagen, noch nicht ihre faktische Beachtung garantieren. Mit der Rechtskraft geht die faktische Kraft nicht unmittelbar einher, denn es fehlen auf internationaler Ebene die Organe der Durchsetzung, die im nationalen Rahmen zur Verfügung stehen. Zwar kann faktische Bindung mittels Sanktionen und Interventionen erreicht werden, doch stehen dem meist überwiegende ökonomische und geostrategische Interessen entgegen. Einer rechtlich verbindlichen Geltung steht faktisch eine in mancher Hinsicht weitgehend willkürliche Beachtung gegenüber.

Diese willkürliche Beachtung vereinbarter Menschenrechte hat allerdings nicht allein eine faktische, sondern selbst eine rechtliche Seite. Dieser rechtlichen Seite gilt das Interesse der folgenden Überlegungen. Es geht dabei um die Weise, in der sich ein *Recht* auf faktische Nichtbeachtung in die rechtliche Geltung der Rechte selbst einschreibt. Die faktische Nichtbeachtung durchbricht nicht nur von außen die Normativität der Rechte, sondern wird in der juridischen Geltung ›mitkodifiziert‹. Die Ausnahme geht ein in die Normalität des Rechts: dies aber nicht so, dass an die Stelle des normalen Funktionierens des Rechts der

11 Generell zur Bedeutung der Einklagbarkeit von Rechten vgl. Sheplyakova 2016.

12 Der jeweilige Ratifikationsstatus der Protokolle wie auch der Verträge ist in der United Nations Treaty Collection, der Vertragssammlung der Vereinten Nationen einsehbar (online unter https://treaties.un.org; abgerufen am 07.05.2018). Über den aktuellen Stand der verschiedenen Menschenrechtsabkommen informiert ferner die Webseite des Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR): http://www.ohchr.org; abgerufen am 07.05.2018.

13 In dieser Frage spielte auch der oben erwähnte politische Konflikt zwischen östlichen und westlichen Staaten eine wichtige Rolle. (dazu Riedel 2008) Was die letzten 25 Jahre betrifft, sind hinsichtlich der Anerkennung der juridischen Geltung sozialer Rechte durchaus Fortschritte zu verzeichnen. (vgl. Fischer-Lescano und Möller 2016, 29)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausnahmezustand träte; und auch nicht so, wie Agamben meint, dass die Norm selbst nichts anderes wäre als die Ausnahme und mit ihr identisch wird. Die Ausnahme gehört der Norm vielmehr in der Weise zu, dass sie diese *innerlich* durchbricht. Es handelt sich um eben die Weise, in der Schmitt den Funktionsmodus der bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassung beschrieben hat: als eine innerliche Durchbrechung der (rechtsstaatlichen) Normativität; als eine faktische Durchbrechung, die, weil sie sich im Innern der Normativität vollzieht und zu ihr gehört, selbst rechtlichen Charakter annimmt. Für Schmitt, den emphatischen Fürsprecher des Ausnahme-Moments, liegt darin der Geltungsgrund aller Normativität und das, im doppelten Sinn, *Positive* des Rechts. Schmitts Deutung ist instruktiv, gerade um das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten (das ihn nicht interessiert hat, weil er von letzteren wenig hielt) angemessen zu verstehen. Allerdings geht es Schmitt um eine spezifische Konsequenz: um den normativen Vorrang der Durchbrechung gegenüber der durchbrochenen Normativität und damit auch um den nicht bloß faktischen, sondern *normativen* Vorrang der Ausnahme vor der Norm. Dem soll hier widersprochen werden. Dass innerhalb der Menschenrechtsverträge eine faktische Durchbrechung der Rechte *normativen* Gehalt gewinnt, ist problematisch und diese Problematik gilt es sichtbar zu machen und zu benennen.

Zunächst gilt es eine Unterscheidung einzuführen: Die normative Regelung der Nichtbeachtung der Menschenrechte kann drei Formen annehmen. Sie kann erstens in Form der *Vorbehalte* erfolgen. Die Vertragsstaaten können bei der Unterzeichnung oder im Rahmen ihrer jeweils einzelstaatlichen Ratifizierung der Verträge Vorbehalte zu den einzelnen Bestimmungen formulieren, insbesondere wenn ein national geltendes Gesetz der jeweiligen Bestimmung widerspricht. Die nationalstaatliche Beachtung der internationalen Verträge geht so mit Ausnahmen einher. Die Möglichkeit ist dabei, etwa in Art. 57 Abs. 1 der *Europäischen Menschenrechtskonvention*, im Vertrag selbst geregelt. Die Vorbehalte bedeuten eine Ausnahme von der Geltung in dem Sinn, dass von vornherein gewisse Bestimmungen, auf einzelstaatlicher Ebene, von der Geltung ausgenommen werden. Neben den Vorbehalten bestehen zwei weitere Formen, in der die Möglichkeit zur faktischen Nichtbeachtung rechtlich in Geltung gesetzt wird. Dies sind zum einen die *Einschränkungen*, zum anderen die ausdrücklichen *Ausnahmeregelungen*. Anders als die Vorbehalte funktionieren sie beide nicht so, dass einzelne Bestimmungen von Anfang an aus dem Geltungsbereich ausgeschlossen werden. Vielmehr geht es hier darum, dass von den Rechten, deren Geltung *anerkannt* und durch Ratifikation *in Kraft* gesetzt ist, unter bestimmten Umständen Ausnahmen gemacht werden. Diese Formen der Ausnahme schreiben sich tiefer in die rechtliche Geltung der Menschenrechte und in ihre Vertragstexte ein. Auf sie werde ich

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

mich im Folgenden konzentrieren. Dabei wende ich mich zunächst den UN-Pakten und anschließend vor allem der *Europäischen Menschenrechtskonvention* zu. In dieser wird die rechtliche Unverbindlichkeit noch tiefer eingeschrieben, nämlich ins Recht auf Leben als dem grundlegendsten der Rechte.

Ausnahme und Einschränkung: Die Menschenrechtspakte der Vereinten Nationen

Während sich Einschränkungen in beiden UN-Pakten finden, besteht eine Ausnahmeregelung, das heißt ein eigener Ausnahmeartikel, nur im Zivilpakt. Zunächst gilt es die Frage zu klären, warum das so ist. Aufschlussreich ist dafür ein Vergleich der jeweiligen Artikel 4 der beiden Pakte.[14] Denn während Art. 4 des UN-Sozialpakts die Möglichkeit der *Einschränkung* der im Vertrag anerkannten Rechte regelt, eröffnet Art. 4 des UN-Zivilpakts als *Ausnahmeartikel* die Möglichkeit, bei einem öffentlichen Notstand, »der das Leben der Nation bedroht«, die aus dem Pakt erwachsenden Verpflichtungen bis auf wenige außer Kraft zu setzen. In beiden Fällen gilt: Die *Einschränkung* der Rechte wie die *Aufhebung* der Verpflichtung ändern nichts an der Geltung des Vertrags. Sie erfolgen allein für den Staat bzw. die Staaten, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Für alle anderen beteiligten Staaten bleibt die Verpflichtung, die Rechte vollumfänglich zu wahren, dagegen intakt.

Verglichen mit der Einschränkung (in Art. 4 Sozialpakt) stellt die Ausnahmezustandsregelung (in Art. 4 Zivilpakt) das radikalere Instrument dar: Im erklärten Ausnahmefall können Maßnahmen erlassen werden, welche die Verpflichtung der Vertragsstaaten nahezu vollständig streichen. Eine Einschränkung darf dagegen nur dann stattfinden, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, und nur so weit reichen, wie es das Gesetz zulässt. Während die Maßnahme im erklärten Ausnahmefall das Gesetz ersetzt, bleibt das Gesetz bei der Einschränkung gerade maßgebend. Diese *gesetzliche* Schranke der Einschränkung bringt es mit sich, dass die vereinbarten Rechte nicht in ihrer Vielzahl, sondern nur einzeln angetastet werden können. Und es heißt ferner, dass sie nicht in beliebiger, sondern

14 Art. 4 folgt jeweils auf die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Völker (Art. 1); auf die Verpflichtung der Vertragsstaaten, die im jeweiligen Pakt anerkannten Rechte zu achten (Art. 2); und auf die Verpflichtung, die »Gleichberechtigung von Mann und Frau« bei der Ausübung der festgelegten Rechte sicherzustellen (Art. 3).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nur in *bestimmter* Weise eingeschränkt werden können: nur generell-abstrakt und nicht individuell-konkret. Art. 4 des Sozialpakts erklärt:

> »Die Vertragsstaaten erkennen an, dass ein Staat die Ausübung der von ihm gemäß diesem Pakt gewährleisteten Rechte nur solchen Einschränkungen unterwerfen darf, die gesetzlich vorgesehen und mit der Natur dieser Rechte vereinbar sind und deren ausschließlicher Zweck es ist, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern.«

Neben dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage muss die *Natur* der Rechte (*the nature of these rights*, *la nature de ces droits*), das für sie wesentliche Anliegen, unberührt bleiben. Als Kriterium der Einschränkung ist ferner das öffentliche, demokratisch verstandene Interesse genannt. Die Einschränkung ist damit nur beschränkt möglich. Es liegt nahe anzunehmen, dass eine stärkere Einschränkung nicht möglich ist, weil sie nicht nötig ist. Dann stellt sich die Frage, warum keine Notwendigkeit besteht, die in diesem Pakt garantierten Rechte stärker einzuschränken. Der Grund dafür könnte darin gesehen werden, dass der Sozialpakt selbst sich eher als Programm denn als Vorschrift versteht. Er zielt nicht auf seine sofortige Durchsetzung, sondern auf eine schrittweise Umsetzung. Dies wird in den Artikeln des vierten Teils des Sozialpakts deutlich. Angestrebt sind, wie es in Art. 22 heißt, »international measures likely to contribute to the effective progressive implementation of the present Covenant«. Gemäß Art. 16f. sind die Vertragsstaaten verpflichtet, über die Fortschritte zu informieren, die in der Beachtung der vereinbarten Rechte erreicht wurden. Die Rechte des Sozialpakts stärker einschränkbar zu machen, ist, so ließe sich argumentieren, nicht nötig, weil die effektive Geltung dieser Rechte beschränkt ist. Einer solchen Argumentation liegt die Annahme zugrunde, dass die Effektivität der Rechte von der Möglichkeit abhängt, sie gerichtlich durchzusetzen.

Durch diese Annahme wird allerdings, wie Ulrike Davy eingewandt hat, die Effektivität außergerichtlicher Instrumente zum Schutz der Menschenrechte unterschätzt, während die unmittelbare Wirkung gerichtlicher Kontrollmechanismen überschätzt wird. So lassen sich auch die Urteile des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (EGMR) nicht mit Zwang vollstrecken, sondern sind darauf angewiesen, dass »sich die Staaten dazu entschließen, das Urteil zu befolgen«. (Davy 2011, 257) Diese Bereitschaft zur Befolgung ist auch im Fall der Urteile des EGMR relativ begrenzt. (vgl. ebd., 247f.) Dagegen kann von außergerichtlichen Berichtsverfahren beträchtlicher Einfluss ausgehen. Dies sticht gerade am Berichtsverfahren zum UN-Sozialpakt ins Auge, dessen Rechte »als besonders schwach« gelten. (ebd., 252f.) Wie bei anderen Berichtsverfahren sind hier die Vertragsstaaten aufgefordert, über die Implementierung der vereinbarten Rechte regelmäßig, und zwar mündlich, Bericht

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

zu erstatten. Dabei ist die Teilnahme von Nichtregierungsorganisationen erlaubt, die zudem schriftliche Parallelberichte, sogenannte ›Schattenberichte‹ einreichen können. Die seit Anfang der 1990er Jahre vom beauftragten Expert_innenausschuss verfassten Stellungnahmen (*concluding observations*) bieten auf dieser Grundlage auch die Gelegenheit, für die Verletzung des UN-Sozialpakts eine ›Verurteilung‹ auszusprechen. (vgl. ebd., 253f.)

Gegenüber gerichtlichen Kontrollmechanismen haben solche außergerichtlichen Berichtssysteme trotz des Fehlens eines Gerichtsurteils drei nicht gering zu schätzende Vorzüge. *Erstens* hängt die Möglichkeit von Berichtsverfahren nicht davon ab, ob die betreffenden Staaten zusätzlich ein (bei gerichtlichen Kontrollmechanismen notwendiges) Fakultativprotokoll ratifiziert haben. (vgl. ebd., 258) Sie lassen sich daher generell anwenden, zumal sie *zweitens* auch unabhängig davon verfahren können, ob eine Beschwerde eingereicht wurde. Weil sie sich somit nicht auf – mithin zufällige – Einzelfälle beziehen, können sie *drittens* regelmäßig strukturelle Mängel der Menschenrechtsimplementierung adressieren und länderspezifisch konkrete Maßnahmen zur Behebung der jeweiligen Missstände fordern.[15]

Insofern die Effektivität des internationalen Menschenrechtsschutzes auch erheblich auf dem Interesse der Staaten beruht, in der Frage der Menschenrechte einen guten Ruf zu haben, stehen Berichtsverfahren der gerichtlichen Kontrolle vor diesem Hintergrund nicht nach. Dass der UN-Sozialpakt im Unterschied zum Zivilpakt keine Möglichkeit einer massiveren Einschränkung bzw. Aussetzung der Rechte vorsieht, ist daher nicht allein auf den Aspekt einer geringen Verbindlichkeit der darin festgelegten Rechte zurückzuführen. Ein anderer Grund liegt demgegenüber näher. Er liegt darin, dass die Rechte, die der Sozialpakt gewährt, den Vertragsstaaten kaum zur Bedrohung werden können. Auf die Freiheitsrechte, die im Zivilpakt anerkannt sind, trifft dies nicht zu: Freiheitsrechte stellen potenziell eine Bedrohung für die Macht des Staates dar und müssen daher aus staatlicher Sicht einer höheren Einschränkung, wenn nicht sogar der Außerkraftsetzung offen stehen.

Eine Bestätigung für diese These lässt sich darin sehen, dass sich gerade an derjenigen Stelle des Sozialpakts, die sich mit einer auch im Zivilpakt aufgeführten Freiheit überschneidet, eine Möglichkeit der Einschränkung findet, die den Gehalt des garantierten Anspruchs

15 So ging es im Verfahren gegenüber Deutschland von 2001 »um die soziale Ungleichheit zwischen Ost und West, um die Angemessenheit der Regelsätze des Sozialhilferechts oder um das Streikrecht der öffentlichen Bediensteten«, während gegenüber Ungarn in den *concluding observations* vom Januar 2008 der Rechtsstatus von Sinti und Roma thematisch war und im August desselben Jahres gegenüber Indien das Kastenwesen und weitere Formen der Diskriminierung in der Kritik standen. (Davy 2011, 254)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

wesentlich beschneidet. Diese Stelle ist Art. 8 Sozialpakt, in dem das Recht auf Gewerkschaftsbildung und -beitritt sowie das Streikrecht aufgeführt sind.[16] Anschließend an Absatz 1, der diese Rechte nicht nur aufführt, sondern im Rahmen des gesetzlich Vorgesehenen auch die Möglichkeit ihrer Einschränkung einräumt, ergänzt Absatz 2, der Artikel schließe nicht aus, »dass die Ausübung dieser Rechte durch Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der öffentlichen Verwaltung rechtlichen Einschränkungen unterworfen wird«. Anders als der oben vollständig zitierte Art. 4 Sozialpakt nennt dieser Art. 8 als Zweck der Einschränkung nicht »das allgemeine Wohl«, sondern die Gewährleistung der »öffentlichen Ordnung« und der »nationalen Sicherheit«. Eben diese nationale Sicherheit, »das Leben der Nation«, steht auch in Art. 4 des Zivilpakts im Mittelpunkt. Für die Frage nach dem Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten kommt dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ eine zentrale Rolle zu. Ich werde dieses Konzept in den folgenden Kapiteln hinsichtlich der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 (Kapitel 3.3), hinsichtlich des Verhältnisses der Menschenrechte zu Kapitalismus und Totalitarismus (Kapitel 4.1) und hinsichtlich des in der Frühen Neuzeit auftauchenden Kollektivs der ›Bevölkerung‹ (Kapitel 4.3) untersuchen. An dieser Stelle wende ich mich zunächst Art. 4 des Zivilpakts zu, in dessen Abs. 1 dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ eine prominente Rolle zukommt. Ich zitiere diesen Absatz hier im Wortlaut:

> »Im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht und der amtlich verkündet ist, können die Vertragsstaaten Maßnahmen ergreifen, die ihre Verpflichtungen aus diesem Pakt in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, außer Kraft setzen, vorausgesetzt, dass diese Maßnahmen ihren sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht zuwiderlaufen und keine Diskriminierung allein wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft enthalten.«

16 Im UN-Zivilpakt ist das Recht auf Gewerkschaftsbildung und -beitritt in Art. 22 Abs. 1 im Rahmen der Freiheitsrechte aufgeführt. Der gegenüber Abs. 1 deutlich längere Abs. 2 legt die Möglichkeit der gesetzlichen Einschränkung »im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), zum Schutz der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer« dar und fügt die Offenheit des Artikels für gesetzliche Einschränkungen für Angehörige der Streitkräfte oder der Polizei hinzu. Die spezifische Weise, in der das Streikrecht den Staat bedroht, hat Benjamin in *Zur Kritik der Gewalt* einer brillanten Analyse unterzogen. (vgl. Benjamin 1977, 183–185)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Als Ausnahme von der Ausnahme führt Art. 4 Abs. 2 die Artikel auf, die aufgrund dieser Bestimmung nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen, im Besonderen das Recht auf Leben (Art. 6), das Folterverbot (Art. 7), das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft (Art. 8), der Schutz vor Verhaftung bei Unfähigkeit einer Vertragserfüllung (Art. 11), das Verbot rückwirkender Bestrafung (Art. 15), das Recht auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16) sowie Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18). Der Ausnahmezustand, der offiziell erklärt werden und in dem das Leben der Nation auf dem Spiel stehen muss, rechtfertigt die Aussetzung aller übrigen Rechte.[17] Art. 4 des Zivilpakts drückt damit die Überzeugung aus, dass »das Leben der Nation« von der Gewährung oder Aussetzung dieser Rechte abhängen kann. Es kommt hier darauf an, worauf sich diese Überzeugung stützt. Von der Aussetzung der Rechte hängt das Leben der Nation nicht nur deshalb ab, weil die Aussetzung eines der Mittel ist, um auf eine Gefahr zu reagieren, sondern auch und gerade deshalb, weil die Rechte selbst es sind, von denen im öffentlichen Notstand eine Gefahr ausgeht. Die Rechte des Zivilpakts bedrohen per se das Staatliche, denn in ihnen verschafft sich das Private und Zivilgesellschaftliche Geltung. Sie bedrohen das Staatliche schon dadurch, dass sie sich ihm entziehen. Die Maßnahmen des Ausnahmezustandes richten sich entsprechend regelmäßig darauf, das Private der Kontrolle zu unterwerfen und das Zivilgesellschaftliche zu verbieten. Besonders deutlich zeigte dies der im Sommer 2016 erklärte Ausnahmezustand in der Türkei, der nicht nur die Derogation der EMRK, sondern auch des UN-Zivilpakts zur Folge hatte.[18] Obschon mit der Erklärung des Ausnahmezustands auf einen versuchten Militärputsch reagiert wurde, beschränkten sich die per Dekret beschlossenen Maßnahmen von Anfang an nicht auf den militärischen und nicht einmal auf den öffentlichen Sektor. Sie richteten sich vielmehr gerade auch auf den Bereich der Zivilgesellschaft: Betroffen waren neben Universitäten auch private Schulen, Medieneinrichtungen, private Angestellte aus dem Wirtschafts- und Finanzbereich sowie diverse zivilgesellschaftliche Organisationen.[19]

17 Dazu gehört das Recht auf freie Äußerung der Meinung (Art. 19) ebenso wie die Bewegungsfreiheit (Art. 12), der Schutz vor willkürlichen Eingriffen ins Privatleben, etwa in Wohnung und Schriftverkehr (Art. 17), der Schutz vor willkürlicher Festnahme oder Haft sowie das Recht, bei Festnahme einem Richter vorgeführt zu werden und ein Verfahren zu beantragen (Art. 9).

18 Beide Derogationen wurden am 21. Juli 2016 bekannt gegeben. Betreffend UN-Zivilpakt siehe Depositary Notification C.N.580.2016.TREATIES-IV.4. Betreffend EMRK siehe die Pressemitteilung des Europarats, https://rm.coe.int/168071f08e; abgerufen am 02.05.2018. Auf die Derogation der EMRK wird unten noch ausführlicher eingegangen.

19 Vgl. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Report on the impact of the state of emergency on human rights*

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Eine solche Bedrohung des Öffentlichen durch das Private hat auch Walter Benjamin gesehen: Überall wo sich »Zwecke von Einzelpersonen« gegebenenfalls gewaltsam erstreben lassen, werden diese Zwecke rechtlich eingeschränkt. (Benjamin, 182) Denn jede Handlungsmacht, die rechtlich nicht reguliert, sondern dem privaten Belieben überlassen ist, bedroht den Staat durch die bloße Tatsache, dass sie außerhalb seiner Verfügung steht. (vgl. ebd., 183) Ebenso hat es Carl Schmitt beschrieben: Durch die Etablierung privater Freiheitsrechte sei die staatliche Macht von innen her sukzessive bis zum Untergang ausgehöhlt worden. Den Anfang machte Hobbes' Unterscheidung von *confession* und *faith*. Dass Hobbes nur die *confession*, das öffentliche Bekenntnis, der staatlichen Macht unterwirft, den inneren Glauben hingegen dem privaten Belieben überlässt, bringt nach Schmitt einen zerstörerischen Keim in den Körper des Staates. Die innere Religionsfreiheit öffnet allen weiteren liberalen Freiheitsrechten, die den Untergang staatlicher Macht besiegeln, Tür und Tor. (vgl. Lev, 92–97). Dass der UN-Zivilpakt den Art. 18, in dem die Religionsfreiheit garantiert ist, von der Ausnahmeregelung ausnimmt, muss aus Schmitts Sicht als fatale Ironie erscheinen: Wenn im Ausnahmezustand, in dem die Existenz des Staates bzw. »das Leben der Nation« auf dem Spiel steht, gerade dasjenige Recht gewahrt bleibt, das den Staat geschwächt hat, so sabotiert die Ausnahmezustandsregelung gerade die Absicht, zu der sie getroffen wurde. Man braucht Schmitt nicht darin zu folgen, dass der Beginn privater Freiheit das Ende staatlicher Macht einleitet. Hingegen spricht einiges dafür, dass staatliche Macht zuweilen eben dies fürchtet. Der Staat sieht sich von einer ihm entzogenen Sphäre – der Privatsphäre – bedroht; sie bedroht ihn, wie Benjamin sagen würde, allein »durch ihr bloßes Dasein außerhalb des Rechts«. (Benjamin 1977, 183) Es sind dabei gerade die subjektiven Rechte, die eine solche Sphäre etablieren. Sie schaffen sie dadurch, dass sie den Staat ausschließen. Wo immer Rechte installiert werden, müssen sie aus Sicht des Staates deshalb regulierbar und revidierbar bleiben, also zurückgenommen werden können.

Eben dies ist durch Art. 4 Abs. 1 des UN-Zivilpakts möglich: Im öffentlichen Notstand, »der das Leben der Nation bedroht«, können private Rechte – etwa das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung oder das Recht auf Bewegungsfreiheit – ausgesetzt werden. Nicht nur, weil diese privaten Rechte dem Staat im Weg stehen, wenn es darum geht, den öffentlichen Notstand zu beseitigen, sondern auch deshalb, weil der Staat in ihnen selbst die Gefahr vermutet. In Not kann der Staat dadurch geraten, dass sich zu viel seiner Kontrolle entzieht. Dies ist die Sichtweise des Staates, die sich in den *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*

in Turkey, including an update on the South-East, January-December 2017, März 2018, Paragraphen 46, 58 und 64.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eingeschrieben hat. Dass die Perspektive des Staates in die Formulierung der Rechte eingeht, kann nicht verwundern, denn beim Pakt handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Staaten. Er ist von diesen nicht bloß unterzeichnet, sondern auch entworfen. Aus ihrer Perspektive steht »das Leben der Nation« dort auf dem Spiel, wo der Zusammenhalt der Bürger_innen unsicher wird. Denn in diesem Zusammenhalt besteht die ›Nation‹. Gefährdet ist sie, wenn der Zusammenhalt sich dadurch aufzulösen droht, dass an die Stelle eines Öffentlichen und Gemeinsamen die Privatheit tritt. Mit ›Privatheit‹ ist hier, wie angedeutet, der Bereich gemeint, der dem Staat entzogen ist. ›Privat‹ in diesem Sinn sind nicht nur persönliche Anliegen und Angelegenheiten, sondern mithin auch zivilgesellschaftliche Interessengruppen und kollektive Bewegungen. Je kollektiver, gesellschaftlicher, also ›öffentlicher‹ das so verstandene Private ist, desto gefährlicher kann es der staatlichen Ordnung werden. Aus staatlicher Sicht ist die ›Not der Nation‹ dann eingetreten, wenn die Privatheit, die durch die Rechte geschützt wird, in bedrohlicher, das heißt zumeist nicht individueller, sondern kollektiver Weise gegen den Staat gewandt wird. Gerade den gefährlicheren unter den Rechten, jenen, durch die sich ein Kollektiv direkt gegen den Staat richten kann – Recht auf Gewerkschaftsbildung, Streikrecht, Versammlungsfreiheit –, muss daher noch im Zug ihrer Begründung die Kraft ihrer Entfaltung genommen werden. Die Sphäre der Unkontrolliertheit, die diese Rechte eröffnen, gilt es von Beginn an unter Kontrolle zu bringen. Teil des UN-Zivilpakts sind ferner auch das Recht auf freie Bewegung (Art. 12) oder das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 19); auch sie enthalten in sich selbst die Möglichkeit der Beschränkung. Diese ›Selbstbeschränkung‹ der Rechte innerhalb ihrer Formulierung möchte ich im folgenden Abschnitt vor allem anhand der *Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* genauer in Betracht nehmen. Denn sie stellt zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand die engste Verbindung her, die sich auf der Ebene der Texte, an der juridischen Oberfläche von Menschenrechtsdokumenten, finden lässt.

Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Frage der ›deprivation of life‹

Zunächst ist auch hier eine einleitende Bemerkung nötig, die das Verhältnis der *Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK) zur *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (AEMR) betrifft. Die EMRK ist nicht so zu verstehen, dass sie statt *allgemeiner* Menschenrechte *europäische* Menschenrechte formuliert, das heißt solche Rechte, die spezifisch für Europa gelten. Wie die beiden UN-Pakte bezieht sich die EMRK in ihrer Präambel prominent auf die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*. Und wie die beiden UN-Pakte erscheint die 1950 unterzeichnete EMRK

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht als Wiederholung oder Bekräftigung der Erklärung von 1948, sondern als ein Beitrag zu ihrer rechtlichen Verwirklichung. Gemäß ihrer Präambel bildet die EMRK einen Schritt »auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte«. Nicht aller, sondern bestimmter Rechte. Übernommen sind vor allem die grundlegenden Abwehr- und Freiheitsrechte. Keinen Eingang in die EMRK haben hingegen die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Teilhaberechte gefunden, die im hinteren Teil der AEMR aufgeführt sind.[20] Sie finden sich, wie erwähnt, in der *Europäischen Sozialcharta* (ESC) von 1961.

In diesem Zusammenhang interessiert weniger, welche Rechte die EMRK nicht enthält, als vielmehr, welche Möglichkeiten es gibt, von den enthaltenen Rechten eine Ausnahme zu machen. Die Ausnahme besteht hier in Fällen, in denen die Vertragsstaaten (die Mitglieder des Europarats) von der Pflicht, die vereinbarten Rechte zu beachten, entbunden sind.[21] Geregelt ist die Abweichung im Notstandsfall (im franz. Vertragstext: *Dérogation en cas d'état d'urgence*) in Art. 15 EMRK.[22] Dessen erster Absatz lautet:

> »Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Maßnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen.«

Zu Art. 15 EMRK steht, wie an diesem ersten Absatz deutlich wird, Art. 4 des UN-Zivilpakts in inhaltlicher Entsprechung. (vgl. Meyer-Ladewig et al. 2017, EMRK Art. 15 Rn. 2) Durch welche Akte die Nicht-Beachtung der Rechte erfolgt, bleibt ungeregelt. Klar ist, dass es sich um mehr als bloß eine Einschränkung handelt. Was hier fehlt, ist der sogenannte ›Vorbehalt des Gesetzes‹, die Bindung des Eingriffs an ein Gesetz, das in genereller Weise den Rahmen der Nicht-Beachtung regelt. Stattdessen hält Art. 15 nur fest, welche Rechte von den Maßnahmen nicht oder nur eingeschränkt erfasst werden dürfen. Die Aufzählung dieser

20 Das Recht auf Bildung ist allerdings (neben dem Recht auf freie Wahlen und dem Recht auf Schutz des Eigentums) in das Zusatzprotokoll zur EMRK vom 20. März 1952 aufgenommen worden.

21 Wie alle völkerrechtlichen Verträge »bindet auch die EMRK die Vertragstaaten zunächst nur völkerrechtlich, dh im Verhältnis zu den anderen Vertragstaaten«. (Pieroth et al. 2013, 16)

22 Diesem Artikel 15 der EMRK entspricht in der *Europäischen Sozialcharta* die Notstandsklausel in Artikel F (revidierte Fassung) bzw. Artikel 30 (Fassung von 1961).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

sogenannten »notstandsfesten Rechte« erfolgt im zweiten Absatz. (vgl. Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 12) Als notstandsfest von der Möglichkeit der Nicht-Beachtung ausgenommen sind das Folterverbot (Art. 3 EMRK), das Sklavereiverbot (Art. 4 Abs. 1) und das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip (*nulla poena sine lege*, keine Strafe ohne Gesetz, Art. 7). Eingeschränkte Abweichung ist für das Recht auf Leben (Art. 2) vorgesehen: Abweichung ist »nur bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen« zulässig.[23]

Bemerkenswert ist nun – damit komme ich auf die Thematik der Selbstbeschränkung der Menschenrechte zurück –, dass dieser Art. 2 nicht nur von Art. 15 her eine Einschränkung erfährt, sondern auch *in sich selbst* die Möglichkeit der Abweichung vorsieht. Die Ausnahme greift also nicht erst vom Ende der Aufzählung der Rechte her in diese ein, sondern steht bereits am Anfang: Während Art. 1 EMRK die Vertragsparteien zur Sicherung der nachfolgenden Rechte verpflichtet und Art. 2 im ersten Absatz den gesetzlichen Schutz des »Recht[s] jedes Menschen auf Leben« verlangt, führt bereits der zweite Absatz von Art. 2 den Ausnahmefall bzw. die Ausnahmefälle auf, in denen eine Tötung nicht als Verletzung des Artikels betrachtet wird. Dieser zweite Absatz von Art. 2 regelt, wann eine Tötung das Recht auf Leben nicht verletzt, mit anderen Worten: wann ein Eingriff in das Recht auf Leben zulässig ist.[24] Die Ausnahme tritt hier nicht von außen an die Konvention heran und sie steht auch nicht nur

23 Der das Recht auf Leben formulierende Art. 2 ist für die Frage der Todesstrafe relevant. Die Geschichte dieser Frage hat sich in die EMRK eingeschrieben: Während der 1950 verabschiedete Vertragstext in Art. 2 Abs. 1 die Todesstrafe, wenn sie auf Grundlage eines Gesetzes verhängt wird, ausdrücklich zulässt, wird in Protokoll Nr. 6 von 1983 (in Kraft seit 01.03.1985) die Abschaffung der Todesstrafe erklärt. Artikel 1 dieses (für die es unterzeichnenden Mitgliedstaaten des Europarats bindenden) Protokolls lautet: »Die Todesstrafe ist abgeschafft. Niemand darf zu dieser Strafe verurteilt oder hingerichtet werden.« Während Art. 3 des Protokolls die Abweichung nach Art. 15 EMRK ausschließt, bestimmt Art. 2 die zulässige Abweichung in Kriegszeiten: »Ein Staat kann in seinem Recht die Todesstrafe für Taten vorsehen, die in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden«. Erst mit dem Protokoll Nr. 13 »über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe« von 2002 (in Kraft seit 01.07.2003) entfällt dieser Kriegs-Artikel und die Todesstrafe wird in jedem Fall verboten: Weder darf von diesem Verbot der Todesstrafe gemäß Art. 15 der Konvention abgewichen werden (vgl. Art. 2 des Protokolls) noch sind hier Vorbehalte gemäß Art. 57 der Konvention zulässig (vgl. Art. 3 des Protokolls).

24 Mit dem Terminus »Verletzung« ist der unzulässige Eingriff gemeint; nur derjenige Eingriff stellt eine Verletzung dar, der nicht durch die erforderlichen Ermächtigungen zu rechtfertigen ist. Diesem Begriffsverständnis entspricht der rechtsdogmatisch übliche deutsche Wortgebrauch, wie der Blick

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

(in Form von Art. 15) am Rand der vereinbarten Rechte, sondern sie erscheint in den Rechten selbst und zwar in deren erstem und grundlegendstem. Dass dem Recht auf Leben ein fundamentaler Stellenwert zukommt, legt bereits seine Position »an der Spitze des Katalogs der Menschenrechte« nahe; ausdrücklich bestätigt hat dies der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, der im Recht auf Leben die Voraussetzung für alle anderen Grundrechte sieht. (Grabenwarter et al. 2016, § 20 Rn. 1)

Die Eventualität des Ernstfalls und die Möglichkeit der Ausnahme haben sich ins normative Zentrum der Menschenrechte eingeschrieben: Die Tötung eines Menschen wird *nicht* als Verletzung des Rechts auf Leben angesehen, wenn sie aus einer Gewalthandlung folgt, die unbedingt notwendig ist, nicht allein um a) »jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen«,[25] sondern auch um b) »jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern«, sowie um c) »einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen«. In allen drei Fällen ist Gewalt das Mittel, verschieden ist jeweils der Zweck, dem sie dient. In zwei Schritten – von a zu b und von b zu c – nähert sich dieser Zweck dabei der reinen Selbsterhaltung des Staates an. Im ersten Fall (a) richtet sich die Gewalt gegen einen Menschen, um das Leben eines anderen Menschen zu schützen: Jemand wird gewaltsam getötet, weil seine Gewalt das Leben einer Dritten bedroht; Leben wird genommen, um Leben zu retten. Im zweiten Fall (b) entfällt diese Orientierung am Menschen zugunsten einer Orientierung am Recht: Jemand wird gewaltsam getötet, nicht weil sie einem anderen Menschen gewaltsam begegnet ist, sondern weil sie das Gesetz verletzt, Gewalt gegen das Gesetz gerichtet hat und sich der Strafe nicht fügt. Hier kann getötet werden, wer die Staatsgewalt nicht respektiert: Die Staatsgewalt übt Gewalt, weil sie sich missachtet sieht.[26] Im dritten

auf die Grundrechte des deutschen Grundgesetzes zeigt. (vgl. dazu Pieroth et al. 2013, 59f.)

25 Im englischen und französischen Originaltext – nur diesen beiden Fassungen kommt völkerrechtliche Verbindlichkeit zu – steht für die rechtmäßige Gewalthandlung des Staates *force*, für die rechtswidrige Gewalt dagegen *violence:* Mit *force* darf getötet werden, um *violence* abzuwehren. Zur Problematik der Unterscheidung von rechtlicher *force* und rechtloser *violence*, d.h. zu der dieser Unterscheidung innewohnenden Instabilität und der daraus resultierenden Unmöglichkeit, sie zu treffen, schreibt Derrida in *Gesetzeskraft:* »Wie soll man zwischen dieser Gewalt, dieser Kraft [*force*] des Gesetzes, dieser ›Gesetzeskraft‹, wie man im Französischen und ebenso – wenn ich mich nicht irre – im Englischen sagt, und einer Gewalt(tätigkeit) [*violence*], die man immer für ungerecht hält, unterscheiden?« (Derrida 1991, 12f., Hervorh. im Original)

26 Dass in der Verletzung des Gesetzes mittelbar eine Verletzung des Staates gesehen werden kann, hat in historischer Perspektive neben anderen Foucault

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Fall (c) schließlich sieht sich der Staat nicht nur mittelbar, das heißt in den Gesetzen als Mitteln seiner Herrschaft, sondern unmittelbar betroffen: Menschen werden getötet, weil sie den Staat direkt in seiner Existenz bedrohen. Die Staatsgewalt übt Gewalt, um den sie untergrabenden »Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig« zu unterdrücken. Gilt als *Aufstand* »die einem revolutionären Geschehen gleichkommende Erhebung eines Teils der Bevölkerung gegen die Staatsgewalt«, bezeichnet *Aufruhr* »eine Situation, in der eine Menschenmenge Gewalttaten in größerem Umfang begeht oder zu begehen droht«. (Grabenwarter et al. 2016, § 20 Rn. 17) Unter diesen dritten Fall, dem ein Aufstand oder Aufruhr zugrunde liegt, fällt nun auch der Ausnahmefall schlechthin: jener Fall, den der Ausnahmezustand geltend macht, um nicht nur das Recht im Allgemeinen, sondern die Rechte im Besonderen »rechtmäßig« auszusetzen. Diese Suspension findet sich in der EMRK in Art. 2 Abs. 2c an einer zugleich initialen wie zentralen Stelle. Das Recht auf Leben, das als Menschenrecht unbedingt und unveräußerlich sein sollte, enthält im Innern seiner Garantie die Möglichkeit der Ausnahme. Vor diesem Hintergrund lässt sich bereits der volle Titel – »Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten«[27] – als Hinweis lesen, dass dieser Vertrag nicht die *Unbedingtheit* der Menschenrechte erklärt, sondern ihren *Schutz* anstrebt, wozu auch gehört, die Bedingungen der Aufhebung und damit die Möglichkeit der Ausnahme verbindlich zu regeln und dadurch einzugrenzen.

hervorgehoben. Mit dem »Gedanken des Gesetzesverstoßes«, so Foucault, verband sich seit dem Hochmittelalter die Vorstellung, dass der Staat eine gegen ihn selbst gerichtete Gewalt verfolgt: »Wenn jemand einem anderen ein Unrecht angetan hatte, dann hatte er damit zugleich auch dem Souverän, dem Gesetz, der Macht ein Unrecht angetan.« (Foucault 2002, 73)

27 In welchem Verhältnis Menschenrechte und Grundfreiheiten zueinander stehen, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Ihr Verhältnis lässt sich erstens so deuten, dass die Menschenrechte den Grundfreiheiten zugrunde liegen. So formuliert es die Präambel der EMRK und ebenso schon die Präambel der AEMR von 1948. Die Abhängigkeit lässt sich zweitens auch wechselseitig verstehen: Während die Rechte der Freiheit *faktisch* zugrunde liegen (indem Rechte Freiheit realisieren), liegt die Freiheit den Rechten *normativ* zugrunde (indem Freiheit Rechte begründet); zu dieser um 1800 entwickelten Sicht vgl. auch unten, Kapitel 4.2. Hinsichtlich des Inhalts der EMRK und des dortigen Fokus auf Freiheitsrechten liegt eine dritte Deutung nahe: Menschenrechte und Grundfreiheiten stellen nicht zwei separate (wenn auch aufeinander bezogene) Momente dar, sondern gehören insofern untrennbar zusammen, als hier Rechte *auf* Freiheiten formuliert werden: ein Recht *auf* Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9), ein Recht *auf* Meinungsfreiheit (Art. 10), ein Recht *auf* Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Am Ende der Aufzählung der Rechte, in Art. 15 Abs. 3 EMRK, wird die Möglichkeit der Ausnahme ausdrücklich als ein *Recht* qualifiziert: ein »Recht auf Abweichung«[28] steht den »Hohen Vertragsparteien«, den unterzeichnenden Mitgliedstaaten des Europarats, in dem Fall zu, in dem »das Leben der Nation[29] durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht« wird. Kurz: Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte hält fest, dass der Schutz der Nation, bei deren Bedrohung, dem Schutz der Menschenrechte vorgeht. Das Leben der Nation hat Vorrang vor dem Leben des einzelnen Menschen. Dessen Recht auf Leben wird vom staatlichen Recht auf Abweichung übertrumpft. Im Ausnahmefall darf der Staat töten, um seine Existenz zu sichern.[30]

Mit Blick auf Art. 15 und Art. 2 EMRK lässt sich der Vorrang, den das staatliche Recht auf Leben vor dem menschlichen Recht auf Leben hat, nach der Richtung differenzieren, aus der das Leben des Staates bzw. der Nation bedroht wird. Art. 15 Abs. 2 erlaubt, von der Berücksichtigung des individuellen Rechts auf Leben im Rahmen »rechtmäßiger Kriegshandlungen« abzuweichen. Krieg ist der bewaffnete Konflikt mit einem äußeren Feind: Die *fremde* Gewalt kommt von außen und die *eigene* Gewalt richtet sich nach außen. Die Gewalthandlungen sind *inter*-national. Dagegen formuliert Art. 2 Abs. 2c, das Recht auf Leben werde dann nicht verletzt, wenn die in Frage stehende Gewaltanwendung dazu diene, »einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen«. Die Gewalt geht hier von innen aus und richtet sich nach innen; sie ist *intra*-national. Insbesondere das seit dem September 2001 einflussreiche Programm des ›Kriegs gegen den Terrorismus‹ ging mit einer Verwischung dieser Unterscheidung von innerer und äußerer Bedrohung einher. Von Krieg ist, wie ich gleich am Beispiel der Terroranschläge vom November 2015 in Paris erläutern werde, auch bei innerer, von Staatsbürger_innen ausgeübter Gewalt die Rede. Im Aufbau der EMRK ist zwischen innen und außen deutlich unterschieden: Die Bedrohung des Lebens der Nation von innen wird am Anfang der Aufzählung der Rechte behandelt; die Bedrohung von außen dagegen lediglich am Rand dieses Katalogs. Die innere Bedrohung wird so stärker verinnerlicht, ins Zentrum des Textes gerückt, als die äußere. Dadurch wird zugleich die Ausnahme, zu der die Bedrohung berechtigt, stärker

28 In der französischen Fassung *droit de dérogation* und in der englischen *right of derogation*.

29 In der französischen Fassung *la vie de la nation* und in der englischen *the life of the nation*.

30 Dass Ausnahmemaßnahmen allerdings nicht notwendig einen nationalen Alleingang von Einzelstaaten bedeuten, sondern auch transnational organisiert sein können, hat Domenico Siciliano im Hinblick auf die Regelung des Abschusses von entführten Passagierflugzeugen diskutiert. (vgl. Siciliano 2009, insbes. 47f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

›vereinnahmt‹. Dies zeigt bereits die Formulierung. Ich zitiere den Anfang des schon auf Deutsch wiedergegebenen Art. 2 Abs. 2 EMRK in der englischen Originalversion: »Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary […].« Der Entzug des Lebens bedeutet keine Verletzung des Rechts auf Leben, wenn die Gewaltanwendung (*use of force*), aus der er folgt, absolut notwendig (*absolutely necessary*) war, um etwa einen Aufruhr zu verhindern. In diesem Fall erscheint die »deprivation of life« nicht als »deprivation of right«. Das *Recht auf Leben*, um das es in diesem Artikel geht, wird so bestimmt, dass der genannte *Entzug des Lebens* mit ihm nicht in Konflikt gerät: Ins Recht auf Leben ist der Entzug des Lebens integriert; als Abweichung von diesem Recht kommt er so nicht mehr in Betracht.[31]

Dagegen wird die zulässige Tötung, die Art. 15 Abs. 2 EMRK im Zusammenhang mit rechtmäßigen Kriegshandlungen nennt, als Abweichung markiert: »No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war«. Hier ist die Tötung mit dem Recht auf Leben nicht in Einklang gebracht: Jede Tötung ist Abweichung – *derogation* – von diesem Recht und als solche grundsätzlich unzulässig. Deshalb muss eine Ausnahme – *exception* – gemacht werden: keine Abweichung, *except in respect of*. Weil die Tötung eine Abweichung vom Recht darstellt, muss sie durch eine Ausnahme mit der Regel verbunden, in sie eingeschlossen werden. Nur durch diesen Einschluss in die Regel kann die Ausnahme gerechtfertigt werden.

31 Auch die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (GRCh) enthält in Art. 2 das Recht auf Leben. Die Möglichkeit der Einschränkung der in der Charta festgelegten Grundrechte ist in Art. 52 GRCh geregelt. Gemäß Abs. 3 dieses Artikels (sog. ›Transferklausel‹) haben jene Rechte der Charta, die sich mit den Rechten der EMRK decken, »die gleiche Bedeutung und Tragweite« wie die Rechte der EMRK. Daher ist die Garantie des Rechts auf Leben in Art. 2 GRCh denselben Möglichkeiten der Ausnahme unterworfen, wie sie Art. 2 Abs. 2 EMRK vorsieht: Auch nach der Grundrechtecharta »wird eine **Tötung nicht als Verletzung** des Rechts auf Leben betrachtet«, wenn einer der in Art. 2 Abs. 2 EMRK genannten Fälle vorliegt. (Calliess und Ruffert 2016, EU-GRCh Art. 2 Rn. 21, Hervorh. im Original) Darüber hinaus ist Art. 52 GRCh im vorliegenden Kontext von Interesse, weil er die Möglichkeit der Einschränkung der in der Charta festgelegten subjektiven Rechte relativ unbestimmt lässt. Zwar muss gemäß Art. 52 Abs. 1 der Wesensgehalt der Rechte beachtet werden, was der Rechtsprechung des für die Charta zuständigen *Europäischen Gerichtshofs* entspricht; doch hat dieser »bislang nicht näher bestimmt, was den Wesensgehalt ausmacht«. (ebd., EU-GRCh Art. 52 Rn. 64) Entsprechend groß ist der Auslegungsspielraum für die mögliche Einschränkung der Rechte.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Art. 2 Abs. 2 EMRK funktioniert anders: Hier wird die Ausnahme durch ihre Aufnahme in die Regel nicht gerechtfertigt, sondern eliminiert: Sie wird so in die Regel integriert, dass die Differenz zwischen Regel und Ausnahme verschwindet. Eine *Differenz* zur Regel hieße: Mit der Regel steht die Ausnahme, die Tötung, in Widerspruch. Dagegen ist bei der Niederschlagung eines Aufstands die *deprivation of life* gar keine Zuwiderhandlung, keine *contravention*, gegen das Recht auf Leben, oder soll als solche Zuwiderhandlung zumindest nicht betrachtet werden: *shall not be regarded as*. Tötung und Recht auf Leben stehen hier deshalb nicht in direktem Widerspruch, in keiner, wie es im Englischen heißt, *direct contravention*. Die Ausnahme ist in die Regel nicht nur aufgenommen, sondern in einer Weise ›vereinnahmt‹, dass sie als das, was sie ist – als *exception*, die durch die Formulierung *except in respect of* einzuleiten wäre –, nicht mehr in Erscheinung tritt. Die Ausnahme einer rechtmäßigen Tötung erscheint innerhalb der Regel, des Rechts auf Leben, nicht als ein von ihr ausgenommenes Stück, sondern als ihr wesentlicher Bestandteil: Zum Recht auf Leben *gehört* die Tötung, immer wenn sie nötig ist, um das Gesetz und damit das Leben des Staates zu verwirklichen und zu erhalten. Im Recht auf Leben ist die Ausnahme so weit vereinnahmt, dass sie selbst zum Recht wird oder ein Recht etabliert: das Recht des Staates auf Tötung der Einzelnen. Das Menschenrecht verhält sich zum Ausnahmefall, in dem es nicht gilt, als Komplement und Komplize. Als *Komplement*, weil es die Möglichkeit der Ausnahme, die von außen herantreten kann, in sich reflektiert; als *Komplize*, weil es diese Möglichkeit in sich als Recht formuliert und die Maßnahmen aus sich heraus legitimiert. Das fundamentale Menschenrecht auf Leben ist ein Komplize des Ausnahmezustands, weil es im Recht auf Leben die Tötung nicht als Ausnahme, sondern als Bestandteil akzeptiert und der Ausnahme dazu verhilft, selbst ›im Recht‹ zu sein.

Im Recht bleibt die Ausnahme auch deswegen, weil bei diesen internationalen Verträgen die Regelung selbst stets in Kraft bleibt. Es handelt sich, genau besehen, nicht um eine Ausnahme von einer Regel, sondern um das Außer-Kraft-Setzen der Verpflichtung, der Regel zu folgen. (vgl. auch Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 8) Diese Ausnahme ›gilt‹ nur für die jeweiligen Vertragsparteien, die sich auf Art. 15 EMRK berufen, etwa für Frankreich im Ausnahmezustand zwischen November 2015 und November 2017, und für die Türkei zwischen Juli 2016 und Juli 2018. Für alle anderen Vertragsstaaten gilt die Konvention weiterhin normal. Sie bleibt somit insgesamt in Geltung. Die Ausnahme bezieht sich nicht auf den *objektiven* Vertragstext, sondern auf die *subjektive* Verpflichtung der Parteien. Es ist keine Ausnahme von der Regel, sondern von Ländern: Frankreich oder die Türkei, die den Ausnahmezustand verkündet hatten, waren keine normalen Vertragsparteien mehr, sondern bilden unter diesen Parteien die Ausnahme, sie sind ausgenommen von der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

allseitig bindenden Verpflichtung. Hier wendet sich nicht, wie Agamben mit Blick auf den *innerstaatlich* erklärten Ausnahmezustand schreibt, die Regel »auf die Ausnahme an, indem sie sich abwendet, indem sie sich von ihr zurückzieht«. (Agamben 2012a, 118) Vielmehr bleibt im Fall der *internationalen* Menschenrechtsverträge die Regel an Ort und Stelle und es sind die Länder, die sich als Ausnahmen – als Länder im Ausnahmezustand – von der Regel bzw. von der in ihr festgehaltenen Verpflichtung zurückziehen. Während die Regel in Kraft bleibt und weiterhin angewandt wird, erhalten die Parteien, die sich auf Art. 15 stützen, eine rechtliche Grundlage, um sich aus dem Kreis der Regelanwender herauszunehmen.

Sie tun dies, indem sie sich erklären. Art. 15 Abs. 3 formuliert die Pflicht einer solchen Erklärung:

> »Jede Hohe Vertragspartei, die dieses Recht auf Abweichung ausübt, unterrichtet den Generalsekretär des Europarats umfassend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe. Sie unterrichtet den Generalsekretär des Europarats auch über den Zeitpunkt, zu dem diese Maßnahmen außer Kraft getreten sind und die Konvention wieder volle Anwendung findet.«

Die Konvention steht in dieser Zeit nicht still – es handelt sich nicht um ein *iustitium*, das Agamben als Paradigma des Ausnahmezustands markiert. Sie läuft normal weiter, während die Länder aussteigen und die Anwendung aussetzen. Als Begründung wird allerdings angeführt, dass das heimische Recht stillsteht: Die Länder erklären den Ausstieg aus den zwischenstaatlichen Verpflichtungen damit, dass innerstaatlich der Ausnahmezustand erklärt ist. Auf innerstaatlicher Ebene sind nationale Grundrechte außer Kraft gesetzt und die Nicht-Verwirklichung der grundrechtlichen Bestimmungen impliziert die Nicht-Anwendung der entsprechenden menschenrechtlichen Regeln auf der internationalen Ebene: Wird etwa das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (wie in Art. 13 GG oder Art. 21 der Verfassung der Republik Türkei garantiert) ausgesetzt, so kann nicht zugleich Art. 8 Abs. 1 EMRK, der dasselbe Recht garantiert, berücksichtigt werden. Eine Nicht-Erfüllung der durch die EMRK gegebenen Pflicht ist unter dieser Voraussetzung unvermeidlich. Legitimität gewinnt sie nur bei Geltendmachung von Art. 15 EMRK. Aus Sicht der Staaten erscheint die Berufung auf diesen Artikel daher als konsequenter Schritt. Frankreich hatte den Generalsekretär des Europarats am 24. November 2015 informiert, aufgrund anhaltender terroristischer Bedrohung von der Derogationsbefugnis nach Art. 15 EMRK Gebrauch zu machen; die Türkei hatte denselben Schritt am 21. Juli 2016 erklärt. In beiden Fällen ist dieser Schritt eine direkte Folge der innerstaatlichen Erklärung des Ausnahmezustands und der damit verbundenen, von den Pflichten der EMRK abweichenden Maßnahmen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Gesetz und Verfassung: Die Verortung des Ausnahmezustands in Frankreich und der Türkei

In Frankreich war der seit dem 14. November 2015 herrschende Ausnahmezustand eine Reaktion auf die am Vortag verübten Terroranschläge; in der Türkei folgte der am 20. Juli 2016 erklärte und am Tag darauf vom Parlament bestätigte Ausnahmezustand auf den Putschversuch vom 15./16. Juli 2016. Der Ablauf ist je derselbe: Am Anfang steht ein als Ernstfall gedeutetes Ereignis, das die Erklärung des innerstaatlichen Ausnahmezustands rechtfertigt, der wiederum die teilweise Nichtbeachtung der *Europäischen Menschenrechtskonvention* begründet und legitimiert.[32] Wie ein Ereignis zum nationalen Ernstfall gemacht wird, hat mustergültig der damalige französische Premierminister Manuel Valls gezeigt. Einen Tag nach den Anschlägen vom 13. November 2015 in Paris hielt er wiederholt fest, »wir« befinden uns im Krieg: »Nous sommes en guerre«. So resümierte die Zeitung *Libération* unmittelbar nach dem Auftritt: »Il l'a dit neuf fois en moins de dix minutes. Manuel Valls n'avait samedi soir qu'un mot à la bouche – *›guerre‹* – pour qualifier les attentats de Paris«.[33] Anschläge werden als Krieg gedeutet und damit die Berechtigung des nationalen Ausnahmezustands außer Frage gestellt. Erklärt wird der Ausnahmezustand nicht, um ein Alarmsignal zu geben, sondern um der Maßnahmen willen, die in ihm ergriffen werden können.

Im Unterschied zur Türkei tritt der Ausnahmezustand in Frankreich nicht durch die Anwendung eines Verfassungsartikels, sondern durch Gesetz, das heißt durch Parlamentsvotum, in Kraft. Zwar sieht Art. 16 der geltenden französischen Verfassung vor, dass der Präsident, wenn die Institutionen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation, die Unversehrtheit des Territoriums oder die Erfüllung internationaler Verpflichtungen bedroht sind, Maßnahmen ergreifen kann, die der Situation angemessen sind, was faktisch dem Ausnahmezustand entspricht. Allerdings wurde Art. 16 nur ein einziges Mal, während der Algerienkrise im April 1961 angewandt. Es handelt sich bei diesem Verfassungsartikel nicht um das maßgebende Instrument des Ausnahmezustands innerhalb der französischen Rechtsordnung. Deutlich wurde dies auch an den Bemühungen, die Präsident François Hollande nach den Terroranschlägen vom

32 Die Türkei hat die EMRK am 18.05.1954 ratifiziert, Frankreich am 03.05.1974. (vgl. European Treaty Series Nr. 005)

33 »Er hat es neun Mal in weniger als zehn Minuten gesagt. Manuel Valls hatte am Samstag Abend nur ein Wort im Mund – *›Krieg‹* – um die Attentate von Paris zu benennen«. (Übers. J.H.; http://www.liberation.fr/france/2015/11/14/manuel-valls-nous-sommes-en-guerre_1413503; abgerufen am 21.03.2018) Dasselbe »Nous sommes en guerre« sprach Valls am Tag der Attentate von Brüssel am 22. März 2016 in die Fernsehkameras der internationalen Medien.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

13. November 2015 unternahm, um den Ausnahmezustand in der Verfassung zu verankern – ein Plan, der am 30. März 2016 scheiterte, weil sich die beiden Kammern des Parlaments, Nationalversammlung und Senat, nicht auf einen gemeinsamen Text des Verfassungsänderungsgesetzes einigen konnten.[34]

Nach wie vor wird der Ausnahmezustand daher durch Gesetz erlassen. Rechtsgrundlage ist das Gesetz über den *état d'urgence* vom 3. April 1955, in dessen Art. 2 festgelegt ist: »L'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi.« – »Der Ausnahmezustand kann nur durch das Gesetz erklärt werden.« (Journal Officiel de la République Française n° 0085 vom 7. April 1955, S. 3479). Per Verordnung vom 15. April 1960 (Ordonnance n° 60-372) wurde die Regelung dahingehend geändert, dass der Ausnahmezustand *per Dekret* (*par décret*) im Ministerrat erklärt wird. Soll der Ausnahmezustand länger als zwölf Tage dauern, bedarf es allerdings wiederum eines Gesetzes, das heißt der Einwilligung des Parlaments: »La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi.« – »Die Verlängerung des Ausnahmezustands über zwölf Tage hinaus kann nur durch das Gesetz autorisiert werden.« (Journal Officiel de la République Française vom 17. April 1960, S. 3584) Auf dem Gesetz von 1955 sowie der Verordnung von 1960 beruht im Wesentlichen noch die gegenwärtige rechtliche Regelung des Ausnahmezustands in Frankreich; sowohl was seine *Erklärung* als auch was seine *Verlängerung* betrifft. Der ersten Verlängerung des Ausnahmezustands nach 12 Tagen hatten Nationalversammlung und Senat noch im November 2015 per Gesetz zugestimmt. Das französische Ausnahmezustandsregime mutet als »merkwürdiges Hybridwesen aus ›Maßnahmen-‹ und ›Regelgesetz‹ an«. (Wihl 2017, 70) Für jede Verlängerung wird eine je aktualisierte Version des Gesetzes von 1955 durch Nationalversammlung und Senat verabschiedet. Das am 21. Juli 2016 beschlossene Gesetz zur Verlängerung des Ausnahmezustands infolge des Attentats in Nizza vom 14. Juli 2016 heißt entsprechend: »Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Version consolidée au 21 juillet 2016«. Nach sechsmaliger Verlängerung trat der Ausnahmezustand in Frankreich am 1. November 2017 außer Kraft. Allerdings gingen noch Ende Oktober 2017 wesentliche Befugnisse, die nur während des Ausnahmezustands galten, durch ein neues Gesetz in den rechtlichen Normalzustand ein: Mit dem

34 Vgl. die Erklärung von Präsident Hollande vom 30.03.2016, https://jp.ambafrance.org/Declaration-du-president-de-la-Republique-au-sujet-de-la-revision; abgerufen am 20.03.2018. Das Verfassungsgesetz scheiterte weniger an dem mit der Frage des Ausnahmezustands befassten Art. I denn an der konkreten Ausgestaltung von Art. II, der die umstrittene Aberkennung der französischen Staatsbürgerschaft (*déchéance de nationalité*) im Fall verurteilter Terrorist_innen, die über mehrere Nationalitäten verfügen, zum Inhalt hatte. (vgl. Wihl 2017, 73)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

»Loi n° 2017–1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme« – dem Gesetz zur »Stärkung der inneren Sicherheit und des Kampfes gegen den Terrorismus« erhielten die Behörden größere Befugnisse hinsichtlich der Überwachung und polizeilichen Kontrolle von Personen, ebenso wurde für die Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Terrorverdächtigen und für Hausdurchsuchungen das Erfordernis richterlicher Anordnung gelockert.[35] Allerdings sind nach Art. 5 des Gesetzes die ergriffenen Maßnahmen der parlamentarischen Kontrolle vorzulegen. Mit dem vorangegangenen Ausnahmezustand haben die neuen Befugnisse des Normalzustandes gemeinsam, dass sie durch Gesetz erlassen sind. In Form des Gesetzes treten Einschränkung und Aussetzung hier gleichsam von außen an die grundlegenden Rechte heran: Von den Rechten selbst, die beschränkt und suspendiert werden, sind die Gesetze, die den Ausnahmezustand erklären und den Normalzustand regeln, getrennt. In dieser Trennung, der Äußerlichkeit der Ausnahme gegenüber den Rechten, besteht eine zentrale Differenz zum Ausnahmezustand in der Türkei.[36] Bevor ich auf diese Differenz eingehe, möchte ich allerdings zunächst vier Gemeinsamkeiten der jüngsten Ausnahmezustände in Frankreich und der Türkei nennen.

Erstens ist in beiden Fällen eine Aufhebung der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung zu verzeichnen, die weniger die Trennung von Legislative und Exekutive als vielmehr die Trennung von Exekutive und Judikative betrifft. Am deutlichsten zeigt sich dies in der Praxis, Verhaftungen der richterlichen Prüfung zumindest partiell und temporär zu entziehen. Das Bestehen von parlamentarischen Kontrollen sollte deshalb, auch im Hinblick auf Frankreich, nicht über das problematische Fehlen judikativer Kontrollen hinwegtäuschen. *Zweitens* wurden die Befugnisse des Ausnahmezustands sowohl in Frankreich wie in der Türkei zu Maßnahmen genutzt, die mit dem anlassbezogenen Zweck, der Bekämpfung des Terrorismus bzw. des Aufstands, in keiner erkennbaren Beziehung standen, was eine Verletzung von Art. 18 EMRK bedeutet, wonach die zulässigen Einschränkungen nur »den vorgesehenen Zwecken« dienen dürfen. So wurden in Frankreich zu Beginn des Ausnahmezustands Gegner_innen der UN-Klimakonferenz (COP 21), die im November und Dezember 2015 in Paris stattfand, unter Hausarrest gestellt. (vgl. Wihl 2017, 76f.) Ferner wurden zahlreiche Gegner_innen der Arbeitsrechtsreform in ihrem Recht zu demonstrieren eingeschränkt. (vgl. Fauth 2018, 10) Die Beschränkung von Rechten erfolgte hier, wie oben mit Hinweis auf

35 Das Gesetz wurde am 31. Oktober im Journal Officiel de la République Française n° 0255 veröffentlicht.

36 Es bestehen weitere wichtige Differenzen. Um nur ein Beispiel zu nennen: In Frankreich blieb, in großem Unterschied zur Türkei, die Pressefreiheit unangetastet. (vgl. Wihl 2017, 72)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Benjamin dargelegt, zur staatlichen Kontrolle kollektiver Kräfte, deren ›private‹, das heißt nicht-staatliche, sondern zivilgesellschaftliche Zwecke als Bedrohung erscheinen. Im Fall der Türkei erstreckten sich die Maßnahmen, denen ein Bezug zum erklärten Zweck des Ausnahmezustands fehlte, von der Entlassung öffentlicher Bediensteter über die Schließung von zivilgesellschaftlichen Organisationen, Stiftungen, menschenrechtlichen und humanitären Vereinigungen, Anwaltsassoziationen, Nichtregierungsorganisationen, Schulen, Universitäten und Medien bis hin zu rechtlich ungedeckten Strafmaßnahmen gegen Familienangehörige, Freund_innen, Nachbar_innen, Arbeitskolleg_innen von Menschenrechtsaktivist_innen und andere verdächtigte Personen nach dem (illegalen) Prinzip kollektiver Schuld.[37] *Drittens* bestanden in beiden Fällen Bestrebungen zum Entzug der Staatsbürgerschaft, die im Fall der Türkei mit dem Dekret 680 (Art. 75) im Januar 2017 auch realisiert wurden. Während in Frankreich der Entzug der Nationalität nur bei mehrfacher Staatsbürgerschaft und nur für verurteilte Terrorist_innen hätte erfolgen sollen, kann der Entzug der Staatsbürgerschaft in der Türkei zu Staatenlosigkeit führen und soll nicht Verurteilte, sondern Verdächtigte betreffen, die sich durch Aufenthalt im Ausland der strafrechtlichen Untersuchung entziehen.[38] *Viertens* schließlich führten die Ausnahmezustände in Frankreich wie in der Türkei zu einer Integration von Ausnahmebefugnissen, insbesondere erhöhten Exekutivkompetenzen, in den rechtlichen Normalzustand. In Frankreich erfolgte dies durch das erwähnte Gesetz vom Oktober 2017, in der Türkei durch das im April 2017 angenommene Verfassungsreferendum. So heißt es in der neuen Verfassung in Art. 104, der die Aufgaben und Kompetenzen des Präsidenten der Republik regelt, in Abs. 13 nun: »Er [der Präsident, J.H.] bestimmt die Sicherheitspolitik und trifft die erforderlichen Maßnahmen.«[39] Das Verfassungsreferendum wies hier dem Präsidenten, in Verbindung mit der Abschaffung des Ministerrats, nicht nur die sicherheitspolitische Kompetenz im Normalzustand zu, sondern brachte zudem eine grundlegende Neuregelung des Ausnahmezustands. Im Folgenden soll zunächst allerdings jene Regelung in Betracht kommen, auf deren Grundlage im Juli 2016 der Ausnahmezustand, der in die genannte Verfassungsänderung geführt hat, erklärt worden ist.

Der Art. 15 der Türkischen Verfassung (TV), der die weitgehende Außerkraftsetzung der in der Verfassung anerkannten Grundrechte

37 Vgl. OHCHR, *Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey,* März 2018, Paragraphen 46, 72 und 92.

38 Vgl. ebd., Paragraph 100.

39 Ich zitiere die Verfassung der Republik Türkei hier nach der Übersetzung von Christian Rumpf, die eine Synopse der vor und nach dem Referendum vom 16.04.2017 geltenden Fassungen bietet, http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassung_synoptisch.pdf; abgerufen am 30.04.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

im Notstand regelt, ist von Art. 15 EMRK inspiriert und dessen ersten beiden Absätzen nachgebildet.[40] Art. 15 TV ermöglicht innerhalb der türkischen Verfassung eine ähnliche Suspension verfassungsmäßig garantierter Grundrechte wie Art. 15 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* hinsichtlich der in ihr anerkannten Rechte. Sowohl für die Verfassung der Türkei wie für die EMRK gilt, dass Art. 15 nur geltend gemacht werden kann, wenn ein Ausnahmefall erklärt ist. Diese Erklärung rekurriert nicht allein auf einen Sachverhalt in der Welt, sondern ihrerseits auf die Verfassung. Grundlage für den am 20. Juli 2016 erklärten Ausnahmezustand war der (mit dem Referendum entfallene) Art. 120 TV.

In der 1982 in Kraft getretenen Verfassung umfasste die Ausnahmezustandsregelung die Artikel 119–122. Die bemerkenswerte Ausführlichkeit der Bestimmungen erhellt aus dem historischen Kontext: Am 12. September 1980 fand ein Putsch des Militärs statt, der das Kriegsrecht nach sich zog. Aus dieser Erfahrung ergab sich das Bestreben einer möglichst vollständigen Regelung gerade auch im Hinblick auf die Grundrechtsgewährleistung. (vgl. Rumpf 1988, 684) Während die Verfassung von 1982 die Folge eines erfolgreichen Militärputsches war, stellte der im Sommer 2016 auf der Grundlage von Art. 120 TV erklärte Ausnahmezustand die Reaktion auf einen gescheiterten Putschversuch von Teilen des Militärs dar.

Aus der Rolle des Militärs erklärt sich auch die entscheidende Neuerung, die das Verfassungsreferendum hinsichtlich des Ausnahmezustands brachte: der Wegfall des früheren Art. 122 und damit des Instituts der ›Ausnahmezustandsverwaltung‹. In Fällen äußerster Gefährdung der Sicherheit – der »Unteilbarkeit des Landes und der Nation« – hatte mit der Ausnahmezustandsverwaltung nach Art. 122 die Möglichkeit bestanden, die zivile Verwaltung zwar nicht auszusetzen, doch der Kontrolle einer Militärverwaltung zu unterstellen. Damit war insbesondere die Ausweitung der Militärstrafgerichtsbarkeit auch auf zivile Fälle verbunden. (vgl. dazu knapp ebd., 715) Vor diesem Hintergrund verfolgte die Abschaffung der Ausnahmezustandsverwaltung den Zweck, militärische Kompetenzen auf militärische Aufgaben zu beschränken, was von Verfassungsrechtler_innen längst gefordert war und an »mittel- und westeuropäischen Maßstäben« gemessen »grundsätzlich zu begrüßen« sei. (Rumpf 2018, 11) Neu besteht nun neben dem Kriegszustand nur

40 Zum Verhältnis von Art. 15 TV und Art. 15 EMRK vgl. ausführlich Rumpf 1988, 692–702. Rumpf stellt keine Identität der beiden Artikel fest, sondern rekonstruiert vor dem Hintergrund der herausgearbeiteten Ähnlichkeit deren Differenz. Dabei geht es ihm darum, Art. 15 TV so auszulegen, dass dessen Tendenz, rechtsstaatliche Prinzipien auszuschalten, an die EMRK rückgebunden und dadurch relativiert wird. (vgl. insbes. ebd., 692 und 700)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

noch *eine* Form des Notstands, die in nur noch einem, freilich längeren Artikel (119) geregelt ist.

Der Notstand wird künftig nicht mehr durch den – ganz abgeschafften – Ministerrat, sondern durch den Präsidenten der Republik erklärt. Mit dieser Befugnis, und allgemein mit der Abschaffung des Ministerrats, nimmt die Exekutivkompetenz des Präsidentenamtes zu. Allerdings bedarf die Erklärung des Ausnahmezustands nach wie vor der Zustimmung der Großen Nationalversammlung, des aus einer Kammer bestehenden Parlaments. Insofern das Parlament den Notstand gemäß Art. 119 nicht nur verlängern und verkürzen, sondern auch aufheben kann, lässt sich sagen, dass es über den Ausnahmezustand entscheidet, während der Präsident ihn nur erklärt. Eine erhöhte Befugnis erhält der Präsident hingegen künftig durch eine andere Neuerung. Statt dass die im Ausnahmezustand erforderlichen Maßnahmen, wie bisher, vom Ministerrat durch Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft umgesetzt werden, erhalten nun im Ausnahmezustand die Präsidialverordnungen – die im Normalzustand gemäß Art. 104 Abs. 17 gesetzlichen Regelungen nachgeordnet sind und keine Angelegenheiten regeln können, die Gegenstand eines Gesetzes sind – selbst *Gesetzeskraft*.[41] Hinzu kommt: Während Präsidialverordnungen im Normalzustand, ebenfalls gemäß Art. 104 Abs. 17, keine die Grundrechte betreffenden Gegenstände regeln dürfen, dienen sie im Ausnahmezustand gemäß des neuen Art. 119 gerade der Bestimmung der Beschränkung bzw. vorübergehenden Suspendierung der Grundrechte im Sinn von Art. 15. Im Unterschied zu den bisherigen Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft werden die Präsidialverordnungen nicht mehr vom Ministerrat (dem freilich jeweils der Präsident vorsaß), sondern ihrem Namen entsprechend vom Präsidenten erlassen. Dem Parlament sind sie dabei gemäß Art. 119 Abs. 5 noch am selben Tag zur Genehmigung vorzulegen.

In den Präsidialverordnungen verbinden sich zwei wesentliche Aspekte der Verfassungsänderung in der Türkei: die Integration außerordentlicher Befugnisse in den Normalzustand auf der einen, die Neuregelung des Ausnahmezustands auf der anderen Seite. Wie erwähnt, kann der Präsident nach Art. 104 Abs. 17 der neuen Verfassung auch im Normalzustand Präsidialverordnungen erlassen. Anders als bei der früheren Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft, die gemäß Art. 91 der alten Verfassung ebenfalls im Normalzustand, allerdings eben vom Ministerrat erlassen werden konnte, ist dabei für die Präsidialverordnung weder eine vorgängige Ermächtigung noch eine nachträgliche Bestätigung durch das Parlament erforderlich. Zwar können auch die Präsidialverordnungen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen

41 Zum Verhältnis von Präsidialverordnung und Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft vgl. Rumpf 2018, 4f. und 8f.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

werden, doch haben die Möglichkeiten der Anfechtbarkeit gegenüber der bisherigen Regelung abgenommen. (vgl. Rumpf 2018, 8 und 12f.) Relativierend ist allerdings anzumerken, dass den Präsidialverordnungen, anders als den bisherigen Rechtsverordnungen, nur im Ausnahmezustand, nicht aber im Normalzustand Gesetzeskraft zukommt. Im Ausnahmezustand, in dem sie Gesetzeskraft haben, sind die Präsidialverordnungen dann auch, anders als im Normalzustand, dem Parlament zur Genehmigung vorzulegen. Gleichwohl erhöhen sich die Befugnisse des Präsidentenamtes mit der Verfassungsreform vor allem im Ausnahmezustand, in dem man »wohl von einer Gesetzgebungsbefugnis des Präsidenten [wird] sprechen können«.[42] Bis zum In-Kraft-Treten der neuen Verfassung blieb allerdings die Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft, das heißt das Regieren per Dekret, das maßgebende Instrument des Ausnahmezustands.

Bereits das erste Dekret mit Gesetzeskraft im Ausnahmezustand (»Kanun Hükmünde Kararname«, KHK/667) vom 23. Juli 2016 enthielt Maßnahmen, die nur nach Suspension von verfassungsmäßig garantierten Grundrechten zulässig sind. Dazu gehört die Möglichkeit einer Haft von bis zu dreißig Tagen ohne Zugang zu einer richterlichen Instanz.[43] Dies erfordert nicht nur die Aussetzung von Art. 19 TV, sondern widerspricht auch dem in Art. 5 Abs. 3 EMRK und Art. 9 Abs. 3 des UN-Zivilpakts gewährten Recht auf Vorführung vor einen Richter. Diese Maßnahme des Dekrets ist nur dann zulässig, wenn neben der Suspension des innerstaatlichen Grundrechts auch die Verpflichtungen aus der EMRK und dem UN-Zivilpakt, im Rahmen des Möglichen, ausgesetzt sind.[44]

In seiner Erklärung zu den Notstandsmaßnahmen der Türkei hat Nils Muižnieks, Menschenrechtskommissar des Europarats, deutlich gemacht, dass mehrere der in diesem Dekret vorgesehenen Maßnahmen »sehr ernsthafte Fragen« aufwerfen, was ihre Kompatibilität mit den Anforderungen der EMRK, selbst unter dem Gesichtspunkt ihrer Derogation, sowie mit rechtsstaatlichen Prinzipien betrifft.[45] Dagegen hatte Präsident Erdoğan in seinem Interview mit der ARD vom 25. Juli 2016

42 Christian Rumpf, *Das ›neue‹ politische System der Türkei*, Bundeszentrale für politische Bildung, 17.10.2017, https://www.bpb.de/internationales/europa/tuerkei/253181/das-neue-politische-system-der-tuerkei; abgerufen am 07.05.2018.

43 Vgl. OHCHR, *Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey*, März 2018, Paragraph 83 a, b und d.

44 Den UN-Zivilpakt hat die Türkei am 23.09.2003 ratifiziert; vgl. United Nations Treaty Collection, Chapter IV, 4.

45 Die Erklärung wurde am 26.07.2016 veröffentlicht, vgl. http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey; abgerufen am 21.03.2018. Vgl. ebenso die Stellungnahme (Opinion No. 865/2016 vom 12.12.2016) der European Commission for

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

darauf insistiert, dass allein der Putsch des Militärs illegal gewesen sei, sämtliche im Ausnahmezustand ergriffenen Maßnahmen hingegen innerhalb der Rechtsordnung verblieben.[46] Dass eine solche Argumentation überhaupt in Betracht kommt, weist darauf hin, dass die Weise, wie der Ausnahmezustand in der Verfassung der Türkei geregelt ist, Probleme hinsichtlich rechtsstaatlicher Prinzipien aufwirft. Dies gilt für die alte und erst recht für die mit dem Referendum von 2017 beschlossene neue Verfassung. (vgl. Rumpf 1988, 715 sowie Rumpf 2018, 11)

Wichtig ist allerdings zugleich die Einsicht, dass es nicht schlicht rechtsstaatliche Mängel der türkischen Verfassung sind, von denen her sich Probleme auf der menschenrechtlichen Ebene der EMRK ergeben. Am Beispiel der Türkei, aber auch an jenem Frankreichs wird deutlich, wie Art. 15 EMRK als Möglichkeit dient, fragwürdiges Ausnahmehandeln mit momentanen Rechtfertigungen auszustatten, die der gleichzeitig geübten Kritik entgegenwirken.[47] Der nachträglichen rechtlichen Beurteilung ist die Derogation der EMRK freilich nicht entzogen. Gemäß Art. 15 Abs. 3 EMRK ist der Generalsekretär des Europarats »über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe« umfassend zu unterrichten; wird dieser Pflicht nicht nachgekommen, verliert die Derogationserklärung ihre Gültigkeit. Mit der Unterrichtungspflicht verbindet sich die Befugnis des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (EGMR), die staatlichen Maßnahmen und damit die Rechtmäßigkeit der Derogation der EMRK zu überprüfen. (vgl. Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 13) Dieser Überprüfung hat der EGMR vier Kriterien zugrunde gelegt: Es muss erstens eine unmittelbare Gefährdung bestehen; es muss von dieser zweitens die gesamte Nation (wenn auch nicht das ganze Staatsgebiet) betroffen sein; es muss drittens eine Bedrohung für das organisierte Leben der Staatsgemeinschaft vorliegen; und es muss sich viertens um eine Situation handeln, in der die gemäß EMRK normalerweise zulässigen Maßnahmen und Einschränkungen klar unzureichend sind. Der Gerichtshof räumt den Mitgliedstaaten in der Frage, ob ein Notstand vorliegt, zwar einen weiten Beurteilungsspielraum ein. (vgl. Meyer-Ladewig et al. 2017, EMRK Art. 15 Rn. 7f.) Eine Suspensionserklärung kann von ihm

Democracy through Law (Venice Commission), Turkey. Opinion on emergency decree laws nos. 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016.

46 Vgl. https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-202649.html, ab Minute 5:00; abgerufen am 07.05.2018.

47 Vgl. auch zu Frankreichs Derogation der EMRK die kritische Einschätzung des Menschenrechtskommissars des Europarats, Nils Muižnieks, in *Le Monde* vom 03.02.2016, http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/02/03/luttons-contre-le-terrorisme-dans-le-respect-du-droit_4858281_3232.html; abgerufen am 21.03.2018.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

allerdings durchaus für ungültig erklärt werden.[48] Vor allem aber prüft der Gerichtshof die in der Folge der Suspension ergriffenen Maßnahmen, insbesondere hinsichtlich ihrer Notwendigkeit und das bedeutet auch: hinsichtlich des Umfangs, in dem sie angewandt werden.[49] Wenn, wie Juliane Kokott festhält, »die wichtigste rechtspolitische Errungenschaft der Menschenrechtsentwicklung« darin besteht, dass »Staaten, die die Menschenrechte verletzen, einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sind« (Kokott 1999, 198), dann hat die EMRK mit der in Art. 15 enthaltenen Überprüfungsbefugnis an dieser Errungenschaft wesentlich Anteil.

Vor diesem Hintergrund ist hinsichtlich Art. 15 EMRK – und damit allgemein hinsichtlich der Integration des Ausnahmezustands in den Korpus der Rechte – eine Ambivalenz zu verzeichnen. Auf der einen Seite dienen dieser und vergleichbare Artikel anderer Konventionen dazu, den Ausnahmezustand – durch die prospektive Regelung seiner Anwendung und durch die Möglichkeit seiner retrospektiven Beurteilung – sowohl dem Zweck wie dem Umfang nach klar zu begrenzen: Die Einbindung des Ausnahmezustands in die Menschenrechtstexte zielt auf den Schutz der Rechte vor willkürlichen Ausnahmen. Während in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* die Beschränkung der Rechte noch in einer einzigen Bestimmung (Art. 29 Abs. 2) geregelt ist, sind in den folgenden internationalen Menschenrechtsverträgen die Beschränkungsmöglichkeiten aufgefächert und hinsichtlich der verschiedenen Rechte spezifiziert. Mit dieser Änderung war nicht die Ausdehnung, sondern die Beschränkung der möglichen Einschränkungen angestrebt. In diesem Sinn schreibt Alexandre Charles Kiss: »The change from a single, general clause to several particular formulas reflected a desire to tailor limitations to the extent strictly necessary so as to assure maximum protection to the individual.« (Kiss 1981, 291) Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, wie Art. 15 – entgegen dem benannten Zweck – von Staaten als wirksames Mittel genutzt wird, um die Verletzung von Menschenrechten als im Rahmen des Rechtmäßigen und damit als Nicht-Verletzung derselben

48 So im Fall Großbritanniens, das nach dem 11. September 2001 eine Suspension gemäß Art. 15 EMRK erklärte, obschon die Anschläge nicht direkt gegen Großbritannien gezielt hatten. (vgl. Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 8)

49 Eine solche Beurteilung der Maßnahmen nimmt neben dem EGMR auch der Menschenrechtskommissar des Europarats vor. In seinem die Türkei betreffenden Memorandum vom 7. Oktober 2016 anerkannte er ausdrücklich die Notwendigkeit des Ausnahmezustands und der Derogation der EMRK (Abs. 7), kritisierte allerdings »the scope and application« der erlassenen Dekrete (Abs. 8) sowie die Absicht einer weiteren Verlängerung des Ausnahmezustands (Abs. 12), was mit konkreten Forderungen einherging. (Commissioner for Human Rights, *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey*, CommDH(2016)35 vom 07.10.2016)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

darzustellen.[50] Gegen diese Möglichkeit des Missbrauchs sind wiederum in den menschenrechtlichen Texten selbst – etwa in Artikel 17 EMRK oder Art. 5 Abs. 1 UN-Zivilpakt – Regelungen eingebaut, die es verbieten, den jeweiligen Vertragstext so auszulegen, dass es zulässig erscheinen kann, die festgelegten Rechte abzuschaffen oder stärker einzuschränken, als im jeweiligen Vertrag vorgesehen.[51] Die Ambivalenz des hier vor allem diskutierten Art. 15 EMRK liegt darin, dass er auf der einen Seite für die Suspension der Rechte eine Rechtfertigung einfordert und dass er auf der anderen Seite mit dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ ein Narrativ der Rechtfertigung zur Verfügung stellt, das politisch auch dann wirksam ist, wenn es sich ex post als juristisch nicht tragfähig erweist.[52]

Ausnahmen jenseits der Menschenrechte

In den folgenden Kapiteln werde ich in einer historischen Perspektive erläutern, in welchem Zusammenhang das ›Leben der Nation‹ und damit die Suspension grundlegender Rechte mit der Frage von Ökonomie und Bevölkerung stehen. Die Verbindung zur Ökonomie möchte ich allerdings schon an dieser Stelle mit Blick auf die Gegenwart einführen. Denn der nationale Ausnahmezustand ist nicht nur Bestandteil jener völkerrechtlichen Verträge, welche den Schutz der Menschenrechte zum Inhalt haben. Er spielt auch in internationalen Abkommen eine Rolle, die sich auf die Garantie privater ökonomischer Interessen richten. An diesen Abkommen und ihrer Aussetzung wird zweierlei deutlich: erstens die Weise, in der sich das staatliche Interesse, spezifischer das Interesse der nationalen Ökonomie, auf das ökonomische Interesse der Einzelnen bezieht und sich daran bindet; zweitens die Weise, in der diese Verbindung aufgelöst und die privaten Rechte ausgesetzt werden, wenn sich zwischen den privaten und den staatlichen Interessen ein für die nationale Ökonomie bedrohlicher Konflikt ergibt. In der Frage von Berechtigung und Entrechtung, von Gewährung und Entzug von Rechten, ist der ökonomische Gesichtspunkt, das heißt das Verhältnis von privater und staatlicher Ökonomie bedeutsam. Dieses Verhältnis werde ich im Folgenden anhand sogenannter (internationaler) ›Investitionsschutzabkommen‹ skizzieren, bevor ich mich ihm an späterer Stelle ausführlicher

50 Ferner wird auf nationaler Ebene Sicherheitsprävention nicht selten selbst »als Ausfluss fundamentaler Menschenrechte« (Fischer-Lescano 2008, 168) aufgefasst, so dass subjektive Rechte gegen das Recht auf Sicherheit abgewogen werden.

51 Zur Absicherung gegen Missbrauch im UN-Zivilpakt vgl. Buergenthal 1981, 86–89.

52 Zur Funktionsweise von Rechtfertigungsnarrativen vgl. Forst 2013.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

im Hinblick auf die Vorgeschichte der Menschenrechte zuwenden werde. Die ökonomische Logik der Ausnahme hat die Genese der Rechte seit Beginn der Neuzeit und damit schon vor den ersten Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts begleitet. Später ist diese Logik auch für die Suspension von Menschenrechten einflussreich und heute darüber hinaus ebenso hinsichtlich völkerrechtlich garantierter Rechte wirksam, die nicht den Status von Menschenrechten haben. Die Frage der Menschenrechte stellt sich allerdings auch hinsichtlich der erwähnten Investitionsschutzabkommen. Dabei geht es um die Menschenrechte dritter Parteien, das heißt betroffener Bevölkerungsgruppen, die nicht in das Verfahren involviert sind.[53] Im Folgenden liegt der Fokus allerdings auf dem Streit zwischen den involvierten Parteien.

Investitionsschutzabkommen werden häufig als bilaterale völkerrechtliche Verträge, *Bilateral Investment Treaties* (BITs), zwischen zwei Staaten abgeschlossen. Instruktiv ist in diesem Zusammenhang das Beispiel des Abkommens zwischen Argentinien und den USA, das 1991 unterzeichnet wurde und 1994 in Kraft trat. Es bezweckt, wie aus den ersten Zeilen der Präambel hervorgeht, größere ökonomische Kooperation zwischen den Vertragsstaaten und zwar »with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party«.[54] Der durch das Abkommen erleichterte Fluss privaten Kapitals – von Einzelpersonen wie von Unternehmen – soll der ökonomischen Entwicklung beider Staaten dienen. Es liegt hier also die Idee zugrunde, dass die Förderung ökonomischer Privatinteressen den ökonomischen Interessen der Staaten zugute kommt. Probleme ergeben sich dann, wenn diese Kalkulation nicht aufgeht und die privaten Interessen den staatlichen Interessen zuwiderlaufen. Zu dieser Situation kam es zwischen US-amerikanischen Investoren und dem Staat Argentinien nach der Jahrtausendwende. Die Investoren hatten in den 1990er Jahren Beteiligungen an den argentinischen Gasversorgern erworben, die zuvor privatisiert worden waren. In Reaktion auf die anhaltende Finanz- und Wirtschaftskrise erließ die argentinische Regierung im Jahr 2002 Notstandsgesetze, durch welche die in Lizenzverträgen vereinbarten Rechte der Investoren außer Kraft gesetzt wurden. Die Kläger sahen darin eine Verletzung des Abkommens durch den argentinischen Staat. Sie brachten ihre Klagen in mehreren Fällen vor das zuständige Investitionsschiedsgericht, das *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID). (vgl. dazu Renner

53 Dass in den betreffenden Fällen die Menschenrechte dieser dritten Parteien auf die ökonomische Dimension verengt und dadurch in die Rationalität des Freihandels integriert werden, heben kritisch Hannah Franzki und Johan Horst hervor. (vgl. Franzki und Horst 2016, 355–358)

54 *Argentina-United States: Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, Washington, 14.11.1991, 31 I.L.M. 124 (1992), Präambel.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

2011, 157–161) Dessen Verfahren sind von nationalen Rechtsordnungen unabhängig und werden zum überwiegenden Teil auf der Grundlage von *Bilateral Investment Treaties* geführt.[55] In der Beurteilung der argentinischen Notstandsgesetze stand die Frage im Vordergrund, auf welche völkerrechtlichen Grundlagen sich der staatliche Notstand stützen konnte. Das ist zum einen, völkervertragsrechtlich, die Regelung in Art. 11 des genannten BIT, und zum anderen, völkergewohnheitsrechtlich, die Regelung in Art. 25 der im Jahr 2001 von der *International Law Commission* verabschiedeten *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Nach beiden Regelungen können Maßnahmen, die internationalen Pflichten zuwiderlaufen, rechtlich dann zulässig sein, wenn sie zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung oder für das staatliche Sicherheitsinteresse notwendig sind.[56] Dass die Gefährdung der inneren Sicherheit auch in einer ökonomischen Notsituation des Staates liegen kann, brachte das Schiedsgericht explizit zum Ausdruck. Selbst wenn es in den Argentinienfällen mehrheitlich für die privaten Kläger aus den USA entschieden hat (vgl. Renner 2011, 160), ist damit eingeräumt, dass es völkerrechtlich zulässig sein kann, wenn Staaten »private Willkür zugunsten öffentlicher Belange begrenz[en]«. (ebd., 21) Mit dem Zusammenhang zwischen nationaler Ökonomie und rechtlichen Ausnahmen werde ich mich unten noch ausführlich beschäftigen, wenn ich mich dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ zuwende.

An dieser Stelle gilt es Folgendes festzuhalten: Die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zeigt zunächst, dass die staatliche Ausnahmelogik im transnationalen Bereich auch dort eine Rolle spielt, wo es nicht um Menschenrechte im engen Sinn geht, sondern wo die private, insbesondere ökonomische Willkürfreiheit im Namen der national-ökonomischen Sicherheit eingeschränkt werden soll. Die Praxis internationaler Schiedsgerichte macht darüber hinaus deutlich, dass staatliche Notstandsgesetzgebungen, wie im Fall Argentiniens, zumindest nachträglich der Kontrolle und völkerrechtlichen Beurteilung zugänglich sind. Dies gilt auch, wie bereits herausgestellt, für die Ausnahmezustände in Frankreich und in der Türkei. Auch hier wird beurteilt, ob die Anwendung von Art. 15 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* rechtmäßig war. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass internationale Menschenrechtsverträge durch die Aufnahme von Ausnahmerartikeln die Legitimation staatlicher Ausnahmezustände *in actu* erleichtern. Auf Ebene der Texte und

55 Aufgrund ihrer Unabhängigkeit von nationalen Rechtsordnungen wirken Gerichte und Streitschlichtungsgremien als »Motoren der Verfassungsbildung« jenseits des Staates. (Möller 2015, 280)

56 Zu den in BITs genannten Zwecken, die eine Abweichung von den vereinbarten Pflichten als zulässig erscheinen lassen können, vgl. allgemeiner Burke-White und von Staden 2008, 332–335.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ihrer Deutung ergibt sich so eine Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten, die in diesem Kapitel thematisch war. Folgt man Hannah Arendt und Giorgio Agamben, ist die Komplementarität, in der die Erklärung von Grund- und Menschenrechten zu ihrer Suspension im Ausnahmezustand steht, allerdings nicht nur an der Oberfläche der Verfassungs- und Vertragstexte zu verorten, sondern greift tiefer, bis zur Grundlage des modernen demokratisch-rechtsstaatlichen Nationalstaats. Seine Grundlage hat dieser, so Arendt und Agamben übereinstimmend, in der Geburt der Bürger_innen. Es ist demnach die für den Nationalstaat konstitutive Verbindung von Nativität und Nationalität, bei der die Komplementarität von Berechtigung und Entrechtung ansetzt. Arendt und Agamben ist gemeinsam, dass sie die Problematik der Ausnahme und damit des Entzugs von Menschenrechten in einen engen Bezug zur Normalität des Nationalstaats stellen, ja die Logik der Ausnahme in der nationalstaatlichen Normalität selbst begründet sehen. Die Weise, in welcher der Nationalstaat mit einer Dialektik von Berechtigung und Entrechtung zusammenhängt, verstehen sie dabei unterschiedlich, wobei der Fluchtpunkt der Analyse jeweils im Umschlag zum Totalitarismus liegt. Ich werde mich diesen zwei Perspektiven in den beiden folgenden Kapiteln (3.2 und 3.3) zuwenden, um daran anschließend auf das Desiderat zu reagieren, dass das Verhältnis von Totalitarismus und Kapitalismus nicht hinreichend beleuchtet wird (Kapitel 4.1).

3.2 Die ›sogenannten Menschenrechte‹ und das Paradox des Nationalstaats (Arendt)

> »Der Paß ist der edelste Teil von einem Menschen. Er kommt auch nicht auf so einfache Weise zustand wie ein Mensch. Ein Mensch kann überall zustandkommen, auf die leichtsinnigste Art und ohne gescheiten Grund, aber ein Paß niemals. Dafür wird er auch anerkannt, wenn er gut ist, während ein Mensch noch so gut sein kann und doch nicht anerkannt wird. […] Und doch könnt man behaupten, daß der Mensch in gewisser Hinsicht für den Paß notwendig ist. Der Paß ist die Hauptsach, Hut ab vor ihm, aber ohne dazugehörigen Menschen wär er nicht möglich oder mindestens nicht ganz voll.« *Kalle zu Ziffel in Bertolt Brechts* Flüchtlingsgesprächen. *(1967b, 1383f.)*

Was bedeutet der Pass für den Menschen und was der Mensch für den Pass? Diese Fragen stellen sich der Arbeiter Kalle und der Physiker Ziffel,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die sich während des Zweiten Weltkriegs im Restaurant des Hauptbahnhofs Helsinki treffen und unterhalten. Beide sind sie aus Deutschland Vertriebene, nach Finnland Geflüchtete. Worauf es ankommt, ist ein guter Pass, etwa ein finnischer. Einen solchen Pass zu haben bedeutet, Staatsangehöriger eines guten Staates zu sein. Gut ist ein Staat, der einem Rechte verschafft und garantiert. Als Besitzer eines guten, anerkannten Passes, so scheint es, kann man mit Menschenrechten rechnen; denn man kann damit rechnen, dass der Staat, dem man angehört, sie für alle Bürger_innen anwendet und durchsetzt. Weil der Pass den Menschen zum Bürger[57] und damit zum Träger von Rechten macht, ist der Pass ›der edelste Teil von einem Menschen‹.

Bei Arendt wird die Lage derjenigen thematisch, die keinen Pass haben und damit aus dem Kreis der Bürger_innen ausgeschlossen sind. Die Ausgrenzung bedeutet ihr zufolge nicht weniger als den vollständigen Verlust der Menschenrechte. Angelpunkt von Arendts Menschenrechtskritik bildet die Untersuchung des legalen Status der Rechtlosen. Leitend ist die Frage, »welcher Art von Rechten sie verlustig gingen, als sie ihre Menschenrechte verloren«. (Arendt 1949, 756) Diese Frage zielt nicht auf die Aufzählung der verlorenen Rechte. Sie ist nicht numerisch, sondern qualitativ gemeint: Nicht welche Rechte es sind, sondern welcher Art sie sind, interessiert. Denn welche Rechte es sind, steht für Arendt außer Frage. Es handelt sich um all die Rechte, die man seit dem amerikanischen und französischen 18. Jahrhundert als die unveräußerlichen Rechte des Menschen erklärt und gezählt hat und die seit dem 19. und 20. Jahrhundert zunehmend eine grundrechtliche Verankerung und Garantie in verschiedenen nationalen Verfassungen erfuhren. Für Arendt ist auch klar, wann diese Menschenrechte verloren werden: im selben Moment, in dem man die nationalen Rechte, die Rechte der Staatsbürger_innen, verliert.[58] In diesem Punkt stimmt Arendt der konservativen Menschenrechtskritik von Edmund Burke zu, der dargelegt hatte, weshalb er den Rechten eines Engländers gegenüber den in der Französischen Revolution erklärten Rechten des Menschen den Vorzug gab. An der pragmatischen Richtigkeit von Burkes Position, so Arendt, bestehe kein Zweifel, denn:

57 Sofern hier und im Folgenden vom ›Bürger‹ als (juridischer) Figur die Rede ist, verwende ich das generische Maskulinum.

58 Die juristische Lage hat sich inzwischen bedeutend gebessert: Die intensive nationale und supranationale Positivierung der Menschenrechte hat zu einem juristischen Zustand geführt, in dem auch Menschen ohne Staatsbürgerschaft als ›Rechtspersonen‹ gelten und rechtlichen Schutz erhalten (sollten). Mit Blick auf Arendt bemerkt dies explizit Brunkhorst 1999, 174. Der rechtliche Status fällt dabei allerdings weit hinter jenen von Staatsbürger_innen zurück. Eben darauf kommt es an: Denn die Ungleichheit vor

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

»Der Verlust der nationalen Rechte hat in allen Fällen den Verlust der Rechte nach sich gezogen, die seit dem 18. Jahrhundert zu den Menschenrechten gezählt wurden, und diese haben, wie das Beispiel der Juden und des Staates Israel zeigt, bisher nur durch die Etablierung nationaler Rechte wiederhergestellt werden können. Der Begriff der Menschenrechte brach, wie Burke es vorausgesagt hatte, in der Tat in dem Augenblick zusammen, wo Menschen sich wirklich nur noch auf sie und auf keine national garantierten Rechte mehr berufen konnten. Sobald alle anderen gesellschaftlichen und politischen Qualitäten verloren waren, entsprang dem bloßen Menschsein keinerlei Recht mehr. Vor der abstrakten Nacktheit des Menschseins hat die Welt keinerlei Ehrfurcht empfunden«. (Arendt 2011a, 620)

Was Arendt an den Menschenrechten interessiert, ist die Frage, »warum gerade der Verlust solcher Rechte sie [die Rechtlosen, J.H.] in eine Situation absoluter Rechtlosigkeit brachte«. (ebd., 607) Arendt sieht einen Zusammenhang zwischen der spezifischen Art dieser Rechte und der aus ihrem Verlust folgenden absoluten Rechtlosigkeit: Wären die Rechte von anderer Art, so wäre die Rechtlosigkeit, die ihr Entzug bewirkt, nicht absolut. Der Entzug der Menschenrechte bedeutet, mit Hegel gesprochen, eine ›bestimmte Negation‹[59], denn die Beschaffenheit der Situation, in der die Rechte fehlen, ist aus der Beschaffenheit dessen zu erklären, was fehlt. Daraus folgen mehrere Punkte, die Arendts Auseinandersetzung mit den Menschenrechten charakterisieren. Erstens ergibt sich daraus eine spezifische Stoßrichtung der Kritik: Arendts Kritik absoluter Rechtlosigkeit insistiert gerade nicht auf der absoluten Geltung der Menschenrechte, sondern unternimmt deren kritische Analyse. Damit hängt, zweitens, ein bestimmter Gegenstand der Kritik zusammen: Die kritische Analyse der Menschenrechte richtet sich nicht auf die Idee von Menschenrechten überhaupt, sondern auf den zeitgenössischen Diskurs und damit auf die zeitgenössische Politik der Menschenrechte. In Frage steht, genauer, welcher *Begriff* der Menschenrechte in diesem Diskurs zur Geltung kommt: Wie wird hier das Kompositum ›Menschen-Rechte‹ begrifflich ausgelegt? Arendts kritische Analyse richtet sich auf das menschenrechtliche Verständnis der Begriffe ›Mensch‹ und ›Rechte‹ und somit auf beide Bestandteile des Kompositums. Dem entspricht, drittens, ein spezifisches, zweiseitiges Verfahren der Kritik. Diese beiden, auf das

dem Gesetz verstößt nicht nur gegen die Herrschaft des gleichen Gesetzes (als Prinzip des rechtsstaatlichen Nationalstaats), sondern auch gegen die Gleichheit aller Personen (als Prinzip der Menschenrechte). Dass im Effekt nur Staatsbürger_innen den Schutz der Menschenrechte genießen und Arendts Analyse insofern auch für die Gegenwart aktuell bleibt, macht Agamben geltend. (vgl. Agamben 2006, 25)

59 Vgl. Hegel 1988, Vorrede, 44.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kompositum ›Menschen-Rechte‹ bezogenen Seiten der Kritik werde ich im Folgenden erläutern.

Vereinzelter Mensch und kraftlose Rechte: Arendts Begriffskritik der Menschenrechte

Hinsichtlich des ersten Bestandteils des Kompositums ›Menschen-Rechte‹ kritisiert Arendt den menschenrechtlichen Diskurs dafür, dass in ihm die Trennung des Menschen von der politischen Gemeinschaft als natürlich gegeben, als anthropologische Voraussetzung erscheint. Damit wird der Mensch als politisches Lebewesen verkannt und die ihn kennzeichnende Lebensform negiert.[60] In ihrer zeitgenössischen Gestalt setzen die Menschenrechte den Menschen als aller Vergemeinschaftung vorgängig voraus, statt bei der ihm konstitutiven Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft anzusetzen. Darin besteht der Zusammenhang zur absoluten Rechtlosigkeit, die aus dem Verlust der Menschenrechte folgt: Das Fehlen jedes politischen Status, das aus dem Verlust der Menschenrechte folgt, nehmen diese als *conditio humana* vorweg: Der Entzug der Menschenrechte ist die Verwirklichung ihrer Voraussetzung, nämlich ihres Begriffs des Menschen. Gerade weil der Diskurs der Menschenrechte ein nicht-politisches Verständnis des Menschen lehrt, muss die Abstraktion von jeder politischen Qualität – die absolute Entrechtung – als selbstverständliche Konsequenz des Verlusts dieser Rechte erscheinen. Schützen die Menschenrechte den vereinzelten Menschen, so gibt der Wegfall der Menschenrechte den Menschen eben dieser als ›natürlich‹ vorausgesetzten Vereinzelung preis.

Arendt bedient sich der Wendung die »sogenannten Menschenrechte« (Arendt 2011a, 611), wenn sie von den seit dem 18. Jahrhundert formulierten Katalogen der bürgerlichen Menschenrechte spricht. Damit ruft sie eine Tradition der Kritik auf, an deren Beginn Marx steht. Dieser hält mit Blick auf die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (in ihren verschiedenen während der Französischen Revolution entstandenen Entwürfen) fest: »Vor allem konstatieren wir die Tatsache, daß die sogenannten *Menschenrechte*, die *droits de l'homme* im Unterschied von den *droits du citoyen*, nichts anderes sind als die Rechte des *Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft*, d.h. des egoistischen Menschen, des vom Menschen

60 Eine Bestimmung des Menschseins durch soziale und politische Existenz entwickelt auch Judith Butler; die körperliche Existenz ist dem politischen Leben allerdings – anders als bei Arendt und Agamben – nicht entgegengesetzt, sondern die auch physische Verwundbarkeit bildet hier zugleich das Produkt wie die Voraussetzung eines gelingenden politischen Lebens. (vgl. Butler 2005, 36–43)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

und vom Gemeinwesen getrennten Menschen.« (Marx 2006, 364, Hervorh. im Original) Wie Marx vertritt Arendt die Position, dass die Rechte des *homme*, im Unterschied zu den Rechten des *citoyen* (des Bürgers), den Menschen von der Gemeinschaft trennen. Sie versteht diese Trennung allerdings anders als Marx. Während Marx die Trennung von der Gemeinschaft darin sieht, dass die ›sogenannten Menschen-rechte‹ dem Menschen ein Recht auf Egoismus geben, liegt für Arendt die Trennung darin, dass sie dem Menschen überhaupt kein Recht geben.[61] Für Arendt sind die ›sogenannten Menschenrechte‹ nicht nur deshalb ›so genannt‹, weil es sich um die falschen, sondern weil es sich um gar keine Rechte handelt.

In dieser Differenz zu Marx liegt die zweite Seite von Arendts Kritik: ihre Kritik daran, was – oder wie wenig – im Kompositum ›Menschen-Rechte‹ der Begriff der Rechte bedeutet. Dem Menschen als solchem – das ist Arendts Punkt – kommen keine Rechte zu. Ihr zufolge liegt ein Recht nur vor, wenn der Anspruch, den es formuliert, realisiert werden kann. Rechte hat der *homme* nach Arendt nur, insofern er *citoyen* ist: Bürger_in eines Gemeinwesens.

Hier liegt die Verbindung der beiden Seiten von Arendts Kritik: Nur als Mitglied eines politischen Gemeinwesens kann der Mensch Träger von Rechten sein. Solange der menschenrechtliche Diskurs den Menschen als vom Gemeinwesen getrennt begreift, kann diesem Menschen kein Recht zukommen. Und solange im menschenrechtlichen Diskurs der Begriff der Rechte nicht als einklagbarer Anspruch gefasst ist, werden die Menschenrechte den Menschen auch nicht schützen können. In dem von Arendt kritisierten Kompositum ›Menschen-Rechte‹ sind die Vereinzelung des Menschen und die Kraftlosigkeit der Rechte aufeinander bezogen. Arendts Urteil über die zeitgenössische Gestalt der Menschenrechte fällt grundlegend aus: Als Rechte des abstrakten, nackten Menschen sind die Menschenrechte keine Menschenrechte. Von einem angemessenen Begriff des Menschen sind sie gleichermaßen weit entfernt wie von einem belastbaren Begriff von Rechten. Sie verfehlen die für den Menschen konstitutive politische Lebensform und die für die Rechte konstitutive faktische Einklagbarkeit. Die Menschenrechte verstehen sowohl den Menschen als auch die Rechte falsch und missverstehen daher sich selbst. Es »gibt« diese Menschenrechte nicht, denn in ihrer realisierten Gestalt ist nichts, was ihrem Begriff bzw. den beiden im Kompositum enthaltenen Begriffen entspricht. Was ›Menschenrechte‹ genannt wird, ist bloß ›sogenannt‹.

Arendts Kritik zielt allerdings nicht darauf, dass die sogenannten Menschenrechte nur Schall und Rauch seien und ihrem Begriff in der

61 Für eine ausführliche Kritik an Marx' Kritik »der bürgerlichen Gesellschaft als einer Gesellschaft des Egoismus« und an seiner damit verbundenen Kritik der Menschenrechte vgl. Lefort 1990, 246–257, hier 257.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wirklichkeit nichts korreliere. Sie kritisiert den Diskurs der Menschenrechte nicht als leere Worte, sondern mit Blick auf seine praktischen Konsequenzen. Das Problem sieht Arendt nicht in der Folgenlosigkeit, sondern in der Wirkung, die der Diskurs der sogenannten Menschenrechte hat. Denn dieser realisiert sich in einer Praxis, die dem richtig verstanden Begriff der Menschenrechte nicht nur nicht entspricht, sondern ihm entgegensteht. Statt dem Menschen einen Ort im Politischen und damit im Recht zu sichern, isolieren die sogenannten Menschenrechte den Menschen von der Gemeinschaft und machen ihn zu einer Ausnahme vom Recht. Sie entsprechen damit der Logik des Ausnahmezustands, der den Menschen als nacktes Leben aus dem Politischen ausstößt, selbst dann, wenn sie dem nackten Menschen ein Dach, Kleidung und Nahrung verschaffen wollen. Dass sie Mildtätigkeit und humanitäres Engagement für denjenigen Menschen fordern, der nicht sicher in eine politische Gemeinschaft eingebunden ist, eröffnet nicht den Rechtsweg zurück in die Gemeinschaft.[62] Einer Kritik, die in den Menschenrechten eine zwar wirkungslose, aber zugleich ›unschuldige‹ Institution sieht, schließt sich Arendt nicht an. Im Gegenteil: Die sogenannten Menschenrechte machen sich durch ihre Wirkung ›schuldig‹. Denn sie tragen dazu bei, dass sich keine normative Ordnung herausbilden kann, die einem adäquaten Begriff sowohl des Menschen wie der Rechte entspräche.

Arendt formuliert daher einen anderen, zweiten Begriff der Menschenrechte. Diesen setzt sie in ihrem 1949 erschienenen Aufsatz »Es gibt nur ein einziges Menschenrecht«[63] direkt der Pluralität der ›sogenannten‹, dem Begriff nicht entsprechenden und in diesem Sinn nicht-existenten Menschenrechte entgegen. Das Menschenrecht im Singular ist das eine »Recht, Rechte zu haben« (Arendt 2011a, 614). Das Recht auf Rechte ist ein Recht auf Mitgliedschaft, nämlich das Recht, Mitglied einer politischen Gemeinschaft zu sein. Mit dem Recht auf Rechte sind beide Seiten von Arendts Kritik der Menschenrechte adressiert: Es ist einerseits

62 Zur Kritik eines humanitären Verständnisses der Menschenrechte vgl. Rancière 2011, 474 sowie Agamben HS, 142f. Rancière kritisiert, dass aus einem humanitären Verständnis ein Recht auf »humanitäre Intervention« abgeleitet wurde, »das letzten Endes ein Recht auf Invasion war«. Agamben hingegen kritisiert, dass ein *humanitär* begriffenes Engagement für die Menschenrechte ihnen die *politische* Kraft raubt; so verstandene Menschenrechte wiederholen die Absonderung nackten Lebens, auf der die Souveränität beruht.

63 Dieser Aufsatz ist inhaltlich weitgehend mit dem Abschnitt *Die Aporien der Menschenrechte* identisch, der am Ende des neunten Kapitels (*Der Niedergang des Nationalstaates und das Ende der Menschenrechte*) des zweiten Teils (*Imperialismus*) von Arendts *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* steht. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass Arendt im Aufsatz von 1949 dem Begriff der Menschenrechte dadurch

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

das Recht auf wirkliche, das heißt einklagbare Rechte; und es ist andererseits das Recht des wirklichen, das heißt des politischen Menschen. Im Recht auf Rechte drückt sich damit eben der Zusammenhang von politischer Gemeinschaft und juridischer Geltung, von Mensch und Rechten aus, der im Fokus von Arendts Kritik steht. Mit dem Postulat eines Rechts auf Rechte zieht Arendt damit eine grundlegende Konsequenz aus ihrer kritischen Analyse.

Das einzige Menschenrecht: Die Fähigkeit, beurteilt zu werden

In Arendts Vorschlag des einen Menschenrechts hängen die beiden Seiten – die (juridische) Seite der Rechte und die (politische) Seite des Menschen – zwar irreduzibel zusammen, sind aber nicht in gleichem Maß bedeutsam. Die offenkundige Bedeutung des Rechts auf Rechte liegt zunächst auf der juridischen Seite, nämlich darin, dass ohne dieses *eine* Recht »keines von all den anderen Rechten realisierbar ist«. (Arendt 1949, 770) Die Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft bildet die Voraussetzung, um Menschenrechte einklagen zu können. Und nur wer Rechte wirksam einklagen kann, *hat* diese Rechte. Weil es die Voraussetzung des Rechte-Habens darstellt, ist das Recht auf Rechte juridisch bedeutsam. In diesem juridischen Aspekt liegt die offenkundige, aber für Arendt nicht die wesentliche Bedeutung des Rechts auf Rechte. Denn bei der Mitgliedschaft geht es gar nicht primär um das ›Haben‹ von Rechten, sondern »[e]twas viel Grundlegenderes als die Staatsbürgerrechte der Freiheit und Gerechtigkeit steht […] auf dem Spiel«. (ebd., 760) Auf dem Spiel steht die grundlegende menschliche Fähigkeit, »nach seinen Handlungen und Meinungen beurteilt« zu werden (ebd.), und damit in Arendts Augen nichts Geringeres als das Mensch-Sein selbst. Der Mensch ist nicht Mensch aufgrund seiner Fähigkeit zu urteilen, sondern aufgrund der Fähigkeit in bestimmter Weise, das heißt nach bestimmten Gesichtspunkten, *beurteilt* zu werden.

Da sich das Mensch-Sein nur in der Beziehung zwischen Menschen realisiert, kann auch diese Fähigkeit, auf der das Mensch-Sein beruht, nicht im einzelnen Menschen liegen: Die den Menschen kennzeichnende Fähigkeit besteht nicht als Vermögen im Subjekt, sondern allein im intersubjektiven Vollzug. Die Realisierung dieser Fähigkeit liegt nicht an uns:

> neuen Sinn geben möchte, dass das »Recht, einem politischen Gemeinwesen zuzugehören«, von der Gemeinschaft der Nationen garantiert werden soll. (Arendt 1949, 770) Diese positive Aneignung des Menschenrechtsbegriffs entfällt im später (1951) erschienenen Buchabschnitt, in dem die Aporien der Menschenrechte im Fokus stehen. (vgl. zu dieser Differenz Menke 2008a, 132 und 138–147)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Wir können sie nicht in einem eigenmächtigen Akt verwirklichen, nicht durch das, was wir äußern oder tun. Sie realisiert sich vielmehr dadurch, dass unsere Meinungen »Gewicht« und unsere Handlungen »Wirksamkeit« haben (vgl. ebd.), also dadurch, dass wir in unserem Meinen und Handeln anerkannt werden (und erst dadurch überhaupt meinen und handeln können). Wir erfahren diese Anerkennung eben dann, wenn wir, wie Arendt später auch in *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* formuliert, danach beurteilt werden, was wir tun und wie wir uns äußern. (vgl. Arendt 2011a, 614) Nur dann sind wir als Teilnehmende an der gemeinschaftlichen Praxis anerkannt und gehören dieser Gemeinschaft als gleiche Mitglieder an. Arendt bezeichnet daher diese Fähigkeit, im eigenen Handeln und Meinen und somit als Mitglied anerkannt zu werden, auch als die »Fähigkeit zum Politischen«. (ebd., 615 und ebenso Arendt 1981, 29) Mensch-Sein heißt demnach, in seiner politischen Qualität anerkannt zu werden. Wer dagegen aus der politischen Gemeinschaft ausgeschlossen ist, wird dieser Fähigkeit zum Mensch-Sein beraubt. Weil es beim Recht auf Rechte um diese Fähigkeit zu tun ist, steht mit ihm nicht nur das juridische Rechte-Haben, sondern auch dieses politische Mensch-Sein auf dem Spiel. Deshalb hat das Recht auf Rechte nach Arendt eine so grundlegende Bedeutung.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass Arendts kritische Analyse heute genauso aktuell ist wie Ende der 1940er und Anfang der 1950er Jahre. Zwar hat sich die juridische Seite verändert: Menschenrechtlicher Schutz ist inzwischen auch auf internationaler Ebene fest verankert und besteht daher bis zu einem gewissen Grad unabhängig von staatsbürgerlicher Mitgliedschaft. Die menschlichen Fähigkeiten, die den wesentlichen Gehalt des Rechts auf Rechte bilden, sind hingegen von gleicher Mitgliedschaft nicht trennbar. Mit der Gewährung gewisser Menschenrechte ist die Frage gleicher Mitgliedschaft daher nicht erledigt. Angesichts von Migration und darauf reagierender Exklusion stellt sie sich in der Gegenwart in wiederkehrender Weise. Die absolute Rechtlosigkeit, von der Arendt spricht, ist mit dem Verlust juridischer Rechte, mit dem sie einhergeht, nicht gleichzusetzen. Die absolute Rechtlosigkeit oder Nacktheit des Menschen liegt im Verlust seines Mensch-Seins, das heißt im Verlust seiner Fähigkeit zum Politischen. Diese Fähigkeit geht auch dann verloren, wenn einige der grundlegenden Menschenrechte, im Sinne eines *minimal standard*, gewahrt bleiben; denn sie ist nicht an diese juridischen Rechte selbst, sondern an die politische Mitgliedschaft geknüpft. Das Recht auf Rechte, dies ist als Konsequenz von Arendts Analyse festzuhalten, ist *nicht* primär ein Recht auf juridische Rechte, sondern ein Recht auf jene menschlichen Fähigkeiten, die auf der Fähigkeit zum Politischen aufruhen, weil sie nur in der Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft entwickelt und entfaltet werden können. Anders formuliert: Die Rechte, um die es beim Recht auf Rechte geht, sind nur

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

richtig verstanden, wenn bedacht wird, dass hinter den juridischen Rechten Fähigkeiten stehen.

Auf den Zusammenhang zwischen Rechten und Fähigkeiten beruft sich Arendt begriffsgeschichtlich, nämlich mit dem Hinweis darauf, dass *ius* in der Tradition die Bedeutung von *facultas* (Fähigkeit, Vermögen) hatte. So schreibt Arendt, dass früher »das, was wir heute als ein ›Recht‹ zu betrachten gelernt haben, eher als ein allgemeines Kennzeichen des Mensch-Seins angesehen [wurde] und die Rechte, die hier verlorengehen, als menschliche Fähigkeiten.«[64] (Arendt 2011a, 614f.) Ein Lernprozess hat dazu geführt, die Fähigkeiten (nur) als Rechte zu betrachten. Was war die Erfahrung, die zur neuen Sichtweise geführt hat? Es war, so ist Arendt an dieser Stelle zu verstehen, die Erfahrung des Verlusts dieser Fähigkeiten: Erst die Erfahrung, dass man die den Menschen kennzeichnenden Fähigkeiten verlieren könne, hat gelehrt, in diesen Fähigkeiten Rechte zu sehen – das heißt etwas, das dem Menschen *nicht* unveräußerlich ist, sondern das man haben oder nicht haben kann, und das daher garantiert werden muss. Etwas als ein Recht zu betrachten, setzt die Einsicht in seine Verlierbarkeit und damit die Erfahrung des Verlusts voraus. Diese Einsicht und diese Erfahrung sind nicht Ergebnis der neueren, sondern der neusten Geschichte: nicht des 18. Jahrhunderts und des Aufstiegs des Nationalstaats, sondern des 20. Jahrhunderts und seines Niedergangs. Darauf weist der Titel jenes Kapitels von *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, in dem sich Arendt eingehend mit der Frage der Menschenrechte befasst: *Der Niedergang des Nationalstaates und das Ende der Menschenrechte*. Mit dem Scheitern des Nationalstaats hängt das Ende der Menschenrechte zusammen. Dieses Ende lehrt uns erst, dass wir das Verlorene, da es verlierbar ist, als *Rechte* betrachten müssen.

Das Paradox des Nationalstaats und die Aporie der Menschenrechte

An der Frage, woran der Nationalstaat scheitert und warum die Menschenrechte enden, entwickelt Arendt ihre Deutung der Geschichte der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Arendts These liegt gerade nicht

64 Hier ist hinzuzufügen, dass eben dies die moderne Form der Rechte auszeichnet: dass sie eine als vorrechtlich aufgefasste Fähigkeit, eine Macht oder ein Können zum Inhalt haben. Rechte sind so verstanden die Ermöglichung vorrechtlicher, ›natürlicher‹ Fähigkeiten. Die Auffassung von *ius* als *facultas*, *potestas*, *potentia licita* findet sich zuerst bei Wilhelm von Ockham im Zusammenhang eines Streits zwischen dem Franziskanerorden und dem Papst über die franziskanische Armutsregel und die rechtliche Frage von Eigentum. (vgl. dazu Luhmann 1981, 54–56 sowie Menke 2015, 50–56)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

darin, dass der Niedergang des Nationalstaats dann einsetzt, wenn sein Prinzip nicht mehr funktioniert. Dann nämlich wäre das Ende der Menschenrechte dadurch abzuwenden, dass das Funktionieren des nationalstaatlichen Systems stabilisiert würde. Dagegen scheitert der moderne Nationalstaat Arendt zufolge gerade an der Realisierung seiner eigenen Prinzipien. Grund seines Scheiterns ist nicht sein Nicht-Funktionieren, sondern sein Funktionieren. Darin liegt das Paradox des Nationalstaats. Es handelt sich bei diesem Paradox um die Unversöhnlichkeit der beiden Prinzipien, auf denen er beruht: *Nativität*, das heißt besonderer Status der Bürger_innen einerseits, und *Rechtsstaatlichkeit*, das heißt Gleichheit aller Menschen andererseits. Mit dem Paradox ist die grundlegende Aporie der Menschenrechte direkt verknüpft: Der Nationalstaat realisiert sich dadurch, dass er nicht alle Menschen als gleich anerkennt, sondern viele Menschen aus seinem Schutz ausschließt und ihnen dadurch die Menschenrechte versagt. Diese Problematik – das Paradox des Nationalstaats und die Aporie der Menschenrechte – ist aus dem Zusammenhang von Fähigkeiten und Rechten zu erläutern, von dem ich soeben ausgegangen bin.

Dass man die menschlichen Fähigkeiten verlieren könne, erwies sich erst, als sich die Exklusion aus jeder politischen Gemeinschaft ereignete: erst als das europäische System der Nationalstaaten nach dem Ersten Weltkrieg lückenlos bestand und somit der Ausschluss aus einem Staat identisch wurde »mit der Ausstoßung aus der Menschheit überhaupt«. (Arendt 2011a, 614) Es war dieser Verlust jeder politischen Mitgliedschaft (denn nur noch die staatliche zählte), der die Verlierbarkeit der Fähigkeiten und damit die Notwendigkeit lehrte, die Fähigkeiten als Rechte zu begreifen und zu sichern. Diese Einsicht darf allerdings nicht vergessen lassen, dass es bei diesen Rechten um ebenjene Fähigkeiten geht. Was Arendt die ›sogenannten‹ Menschenrechte nennt, sind die Rechte, die eben das vergessen haben und hinter denen keine Fähigkeiten stehen, die durch sie gesichert werden. Arendt kritisiert die sogenannten Menschenrechte nicht nur für ihre mangelhafte juridische Form: für ihre Kraftlosigkeit, sondern auch für ihren Inhalt: dafür, dass sie sich nicht auf den wirklichen, politischen Menschen beziehen, weil sie vergessen haben, dass es bei ihnen um die menschlichen Fähigkeiten geht. Die Verbindung zwischen *ius* und *facultas* ist gerissen. Der Aufgabe, die Verlierbarkeit der menschlichen Fähigkeiten auszugleichen, entsprechen die sogenannten Menschenrechte nicht. Dagegen bezeichnet Arendts Recht auf Rechte eben das Recht, die verlierbaren Fähigkeiten nicht zu verlieren.

Mit dem Recht auf Rechte reagiert Arendt, wie erwähnt, auf den massenhaften Ausschluss von Menschen aus der nationalstaatlich organisierten Welt (bzw. innerhalb dieser Welt). Die absolute Entrechtung, die in diesem Ausschluss liegt, ist der Anlass ihrer Kritik. Das Problem der Menschenrechte, das deren modernem Begriff innewohnt, hat sich in der

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Geschichte des Nationalstaats verwirklicht. Die Erfahrung, dass der Verlust menschlicher Fähigkeiten möglich ist, ist eine nationalstaatliche Erfahrung. Erst die Empirie des Nationalstaats hat das begriffliche Problem der Menschen-Rechte zum Tragen gebracht. Arendts Kritik richtet sich daher nicht nur auf die menschenrechtlichen Begriffe von Mensch und Rechten, sondern auch auf den Nationalstaat selbst. Dieser Seite ihrer Menschenrechtskritik wende ich mich nun zu, denn kommt diese Seite nicht in Betracht, wird Arendts Recht auf Rechte leicht als ein Recht auf (National)Staatsbürgerschaft missverstanden. Doch ist die nationalstaatliche Mitgliedschaft nicht Teil der Lösung, sondern Teil des Problems.

Arendt beschreibt dieses Problem historisch. Sie geht von der Feststellung aus, dass die Einbürgerung als das »einzige legale Mittel«, um Menschen als gleichwertige Mitglieder in den Nationalstaat aufzunehmen, desto weniger gewährt wurde, je mehr es gefragt war. (Arendt 2011a, 585) Denn das »System der Naturalisierung«, der Einbürgerung, war »innerhalb der Nationalstaaten immer nur auf einzelne Individuen zugeschnitten gewesen, eine Randerscheinung nationaler Organisation, eine Art von Ausnahme, dazu bestimmt, die Regel zu bestätigen. In dem Augenblick, da Tausende, Zehntausende, Hunderttausende und schließlich Millionen hätten naturalisiert werden müssen, wurde das ganze Verfahren sinnlos.« (ebd., 586) Mit Fremden kann der Nationalstaat nur umgehen, solange sie auf dem eigenen Territorium einen Ausnahmefall darstellen; die Normalisierung der Ausnahme bringt das System zum Kollabieren. In ihrem Aufsatz *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht* stellt Arendt 1949 fest: »Die Schwierigkeiten begannen, als sich herausstellte, daß die neuen Kategorien von Verfolgten bei weitem zu zahlreich waren, als daß man sie durch eine Praxis, die auf Ausnahmefälle berechnet war, hätte bewältigen können.« (Arendt 1949, 757f.) Das Prinzip des Nationalstaats sah sich insbesondere von den Gruppen herausgefordert, die innerhalb des Staates nicht nur eine vorübergehende Anomalie, sondern eine dauerhafte Ausnahme darstellten. Dies sind zum einen die in den Nationalstaaten ansässigen Minderheiten, zum anderen die Geflüchteten und Staatenlosen, für die eine Rückkehr in ihr Herkunftsland keine Option war. Für den Nationalstaat ergab sich so das Problem, dass die rechtliche Ausnahme zur faktischen Normalität wurde. Geflüchtete, Staatenlose und Minderheiten hörten sowohl numerisch wie zeitlich auf, eine Ausnahme zu sein, wurden aber *rechtlich* weiterhin als Ausnahme behandelt. Die massenhafte Marginalisierung von Menschen als Ausnahmen führte dazu, »daß Opfer wie Betrachter angesichts der Unmöglichkeit, mit normalen Mitteln die wachsenden Anomalien zu normalisieren, geneigt waren, den Gang der Dinge […] als den normalen Lauf der Welt anzusehen«. (Arendt 2011a, 560) Mit anderen Worten: Die rechtliche Ausnahme erschien zunehmend normal. Tatsächlich ist die *rechtliche* Betrachtung dieser Menschen als Ausnahmen das einzige

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Moment, das mit der Normalität des Nationalstaats nicht bricht. Denn insofern der Nationalstaat auf dem Prinzip der Nativität beruht, ist es für ihn ›normal‹, Andersgeborene (Ausländer_innen) aus dem Kreis der Bürger_innen auszuschließen.

Für eine Lösung des Problems steht sich der Nationalstaat mit seinem konstitutiven Nexus von Nationalität und Nativität selbst im Weg. Dazugehören können nur Bürger_innen und über den Bürgerstatus entscheidet das Prinzip der Gebürtigkeit. Um diesem Prinzip Rechnung zu tragen, sieht sich der Nationalstaat gezwungen, mit immer mehr Menschen dauerhaft nicht ›fertig‹ zu werden und sie innerhalb seines Territoriums zu exkludieren.[65] Da die Nationalstaaten das Problem nicht lösen können, versuchen sie es zu ignorieren. (vgl. ebd., 582) Dies erfolgt auf dem Feld der juristischen Terminologie, durch eine Umbenennung des Problems. Der Begriff ›Staatenlosigkeit‹ wird durch zwei Bezeichnungen ersetzt und in beiden seiner Aspekte unsichtbar gemacht: zeitlich wie numerisch. Auf der *zeitlichen Ebene* setzt die Bezeichnung »displaced people« an und suggeriert einen bloß vorübergehenden Charakter des Problems. Denn es sind die Menschen selbst, die in dieser Bezeichnung als ›vorübergehend‹ erscheinen: zwar im Staat ankommend, aber bald schon auf dem Sprung ›nach Hause‹, zurück an jenen Platz, an den sie gehören. Dass die Menschen einen eigenen Platz haben, einen Staat, in den sie zurückkehren werden, legt das Attribut »displaced« nahe. Dadurch wird nicht nur die Dauer der Staatenlosigkeit negiert, sondern auch, dass es sie überhaupt gibt. Auch auf *numerischer Ebene* wird das Problem verdrängt. Die Zahl der Staatenlosen wird tief angesetzt, indem zwischen ihnen und den Geflüchteten ein Unterschied konstruiert wird. (vgl. ebd., 582) Als ›wirkliche‹ Staatenlose zählen nur die, welche *de iure* anerkannt sind. Die Mehrheit derer, die *de facto* staatenlos sind, werden dagegen als ›Flüchtlinge‹ bezeichnet und somit vom Problem der Staatenlosigkeit getrennt. In dieser großen Zahl an Menschen, die als Geflüchtete nicht mitgerechnet werden, besteht Arendt zufolge das *wirkliche* Problem der Staatenlosen. Es taucht, wie sie mit Blick auf die Situation nach dem Zweiten Weltkrieg schreibt, in keiner Statistik auf:

> »Der Entschluß der Staatsmänner, Staatenlosigkeit auf dem Wege der Ignorierung zu lösen, drückt sich auch einmal in dem Fehlen irgendeiner verläßlichen Statistik aus; immerhin weiß man, daß einer Million ›anerkannter‹ Staatenloser mehr als zehn Millionen sogenannter ›*de facto*

65 Étienne Balibar sieht in der Ausschließung das Kennzeichen der ›Form‹ der Nation: »Ausgrenzung ist […] die Quintessenz der Nationform – wenn nicht Ausgrenzung, so doch der ungleiche Zugang zu bestimmten Gütern und Rechten (die ›nationale Präferenz‹), je nachdem, ob man der betreffenden Nationalität angehört oder ›Ausländer‹ ist, ob man zur Gemeinschaft gehört oder nicht.« (Balibar 2003, 50)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> Staatenloser‹ gegenüberstehen, und während das vergleichsweise harmlose Problem der ›*de jure* Staatenlosen‹ noch gelegentlich auf internationalen Konferenzen erörtert wird, bleibt das wirkliche Staatenlosenproblem, das mit der Flüchtlingsfrage identisch ist, einfach unerwähnt.« (Arendt 2011a, 579, Hervorh. im Original)

Das *wirkliche* Staatenlosenproblem ist mit der Flüchtlingsfrage identisch, weil der Unterschied, der rechtlich zwischen den beiden Gruppen gemacht wird, faktisch irrelevant ist: Geflüchtete und Staatenlose bilden im Rechtssystem der Nationalstaaten in gleicher Weise eine Ausnahme. Eine Differenz besteht dagegen zwischen den Staatenlosen, zu denen faktisch auch die Geflüchteten zählen, und den Minderheiten, die ebenfalls eine Ausnahme vom Recht darstellen, da sie vom Nationalstaat keinen vollen Schutz erhalten. Doch während für Minderheiten »Ausnahmegesetze« geschaffen wurden, um die Entrechtung zu begrenzen, stehen die Staatenlosen »außerhalb aller Gesetze«. (ebd., 562) Gegenüber dem Problem der Minderheiten ist jenes der Staatenlosen offenkundig »das viel ernstere«. (ebd.) Denn für die Staatenlosen geht es sehr bald und sehr direkt um den Ernstfall, in dem ihr Leben auf dem Spiel steht: Ihre »Unbezogenheit zur Welt« erscheint »wie eine Aufforderung zum Mord, insofern der Tod von Menschen, die außerhalb aller weltlichen Bezüge rechtlicher, sozialer und politischer Art stehen, ohne Konsequenzen für die Überlebenden bleibt. Wenn man sie mordet, ist es, als sei niemandem ein Unrecht oder auch nur ein Leid geschehen.«[66] (ebd., 624) Wer außerhalb des Rechts steht, so die Logik, kann kein Unrecht erfahren. Der Staatenlose erscheint schon bei Arendt unter den Merkmalen des *homo sacer*, die später Agamben geschildert hat. Dass Agamben dabei eng an Arendt angeschlossen hat, wird am Bezug auf den Vogelfreien der Antike deutlich, den auch Arendt herstellt:

> »Es ist die alte Vogelfreiheit, welche die Staatenlosigkeit heute über die Flüchtlinge in aller Welt verhängt, nur daß die alte Voraussetzung, daß Vogelfreiheit Folge einer Handlung ist, mit der sich der Betroffene selbst und freiwillig aus der menschlichen Gemeinschaft ausgeschlossen hat, nicht mehr zutrifft.« (ebd.)

Agamben bestimmt den *homo sacer* als den Vogelfreien eben so, dass sein Ausschluss *nicht* durch sein Handeln erwirkt wird. Auch im Zentrum von Arendts Argumentation steht, dass dem Staatenlosen die Fähigkeit zu handeln geraubt ist. Daraus resultiert ein Zusammenhang von Nationalstaat, Menschenrechten und Totalitarismus, an dem ihre Kritik

66 Dieses Motiv aufgreifend spricht Judith Butler von der Nicht-Betrauerbarkeit solchen Lebens bzw. von Ungleichverteilungen der Betrauerbarkeit. (vgl. Butler 2010, 9–38)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Menschenrechte ansetzt. Um die konstitutive Rolle zu verstehen, die dem Nationalstaat hier zukommt, reicht es nicht, erst bei der Frage der Staatenlosigkeit einzusetzen. Ausgangspunkt von Arendts Argument ist die Problematik der Minderheiten, die dem Phänomen der Staatenlosigkeit zeitlich vorausgeht. In dieser historischen Entwicklung verortet Arendt auch den Niedergang des Nationalstaats und das Ende der Menschenrechte, jene beiden Prozesse also, die für das berühmte Kapitel im *Totalitarismus*-Buch titelgebend sind. Der historische Zusammenhang besteht darin, dass es die Minderheiten sind, die später als Staatenlose aus dem Schutzbereich des Rechts fallen. Dass in den meisten nach dem Ersten Weltkrieg neu gegründeten Staaten die Juden eine der größten Minderheiten bildeten, ist dabei ebenso bedeutsam wie die Tatsache, dass die Nationalsozialisten Wert darauf legten, den Juden die Staatsangehörigkeit zu entziehen, bevor sie sie in Lager, Tod und Vernichtung schickten. (vgl. ebd., 579f.) Dem ›Entzug‹ des Lebens ging der Entzug der Staatsbürgerschaft, damit der Verlust des legalen Status und der Rechte voraus. (vgl. dazu auch Arendt 1949, 759) Es trifft damit zu, dass in der Staatenlosigkeit eine Entrechtung total wird, der mit den mangelnden Rechten der Minderheiten bereits Vorschub geleistet wurde. Allerdings zeigt die Minderheitenproblematik nicht bloß dasselbe in milderer Form, sondern auch etwas anderes, als in der Staatenlosigkeit sichtbar wird. An den Minderheiten zeigt sich, dass die beiden sich seit der Frühen Neuzeit verschränkenden Seiten des modernen Nationalstaats – das *legale* und das *nationale* Moment – prinzipiell divergieren. Dass der Staat eine nationale Angelegenheit ist, steht seiner legalen Funktionsweise entgegen.

Die Eroberung des Staates durch die Nation oder die Problematik der Minderheiten

Nationalstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit schließen sich tendenziell, weil prinzipiell aus. Die Tendenz schlägt dort mit Bestimmtheit durch, wo das nationale Selbstbestimmungsrecht der Völker zum Prinzip der Staatlichkeit erhoben wird, während die Nationalstaaten in sich national heterogen bleiben. Eine solche Situation war durch die Versailler Friedensverträge nach dem Ersten Weltkrieg gegeben: Das nationale Selbstbestimmungsrecht und damit die Verwirklichung des nationalstaatlichen Prinzips auch im Osten und Süden Europas »konnte nur einem Bruchteil der betroffenen Völker nationale Souveränität geben und zwang diese, da ihre Souveränität überall gegen die enttäuschten Aspirationen anderer nationaler Gruppen durchgesetzt war, von vornherein in die Rolle des Unterdrückers.« (Arendt 2011a, 570) Arendt spricht in diesem Zusammenhang von einer »Eroberung des Staates durch die Nation«. (ebd., 575) Diese Eroberung ist sowohl die Forderung des nationalstaatlichen

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Prinzips als auch seine Gefährdung. Darin liegt das Paradox des Nationalstaats: Dass er dasjenige fordert, was ihn gefährdet; dass das Prinzip, auf dem er beruht, zugleich seinen Niedergang einleitet.

Der Nationalstaat fordert die Eroberung des Staates durch eine Nation, weil er die Souveränität, die er als Staat beansprucht, der Nation zuschreibt: Nichts anderes bedeutet das Selbstbestimmungsrecht der *Völker*. Da sich Souveränität als höchste Rechtsmacht nicht aufteilen lässt, kann nur *eine* der Nationalitäten die Nation, das heißt die Staatsmacht sein. Ihr gegenüber werden alle anderen Nationalitäten im Staat zu Minderheiten.[67] Als ein »*permanenter* Modus vivendi zwischen Völkern auf dem gleichen staatlichen Gebiet« waren die Minderheiten nach dem Ersten Weltkrieg ein Novum in der Geschichte des Nationalstaats. (Arendt 2011a, 574, Hervorh. J.H.) Sie waren »nicht eigentlich staatenlos«, wurden aber vom Nationalstaat, dem sie angehörten, nicht in gleicher Weise repräsentiert wie das Staatsvolk; die Minderheiten waren deshalb auf einen zusätzlichen Gesetzesschutz angewiesen, um Rechte zu genießen, die Staatsbürger_innen von Geburt her haben. (ebd., 576) Die internationalen Minderheitenverträge, die diese Rechte garantierten, zeugen insofern immer auch von Entrechtung. Sie sprechen aus, »daß nur die nationale Abstammung den Gesetzesschutz wirklich garantiert und daß Gruppen einer anderen Nationalität nur durch Ausnahmerecht zu schützen sind«. (ebd., 575) Die Eroberung des Staates durch die Nation produziert Minderheiten, die ihn von innen gefährden. Nicht etwa deshalb, weil rechtlich diskriminierte Minderheiten die Gefahr von Aufständen bedeuten, sondern weil der moderne Nationalstaat nicht allein auf der Herrschaft der Nation, sondern auch auf der Herrschaft des Gesetzes beruht. Das Gesetz herrscht aber nur, wenn ihm alle Beherrschten in gleicher Weise unterworfen sind. Minderheitenverträge dokumentieren, dass dies nicht der Fall ist.

Indem der Nationalstaat das eine seiner zwei Prinzipien, die Souveränität der Nation, verwirklicht, setzt er sein anderes Prinzip, die Herrschaft des für alle gleich geltenden Gesetzes, außer Kraft: Aus der Verwirklichung nationaler Souveränität folgt unweigerlich die »Transformation des Staates aus einer legalen in eine nationale Institution«. (ebd., 575) Eine nationale Institution bedeutet *Partikularität*, eine legale Institution *Allgemeinheit*. Zwischen beiden besteht ein Widerspruch, dessen dialektische Entfaltung zum Niedergang des Nationalstaats führt.

67 Die Unterscheidung von ›Nationalität‹ und ›Minderheit‹, die Arendt als »durchaus künstlich« bezeichnet, kann an dieser Stelle nur angedeutet werden: Minderheiten sind Nationalitäten, die in einem Nachbarstaat das Staatsvolk bilden, was für sie eine andere politische Strategie nahelegt. Sie streben eher nach territorialer Vereinigung, während andere Nationalitäten auf den Kampf um den Staatsapparat oder auf den Aufbau separatistischer Bewegungen setzen. (Arendt 2011a, 567f.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Da die Form des modernen Nationalstaats in der Verbindung von Gesetzlichkeit und Nation besteht, erhält sie sich nur, wenn die beiden Momente nicht auseinander treten. Eben dies aber geschieht, wenn der Staat Minderheiten einschließt, für die nicht das gleiche Gesetz gilt. Die Bevölkerung zu ›entmischen‹ und das Problem der Minderheiten buchstäblich auszuräumen, war denn auch das Ziel der Bevölkerungstransfers, die im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg von den Großmächten unternommen wurden. Im Nationalstaat ist nationale Homogenität die Bedingung, um die Allgemeinheit des Gesetzes dem Anschein nach zu wahren.[68] Dass das Gesetz in Wahrheit nicht allgemein ist, fällt nur deshalb nicht auf, weil die nationale Partikularität des Staatsvolks mit der Allgemeinheit der Bevölkerung weitgehend identisch ist. In diesem Fall ist das »immer prekäre Gleichgewicht zwischen Nation und Staat, zwischen Volkswillen und Gesetz« (ebd., 576) gewährleistet. Namhafte nationale Minderheiten stören dieses Gleichgewicht. Staat und Nation treten dann auseinander und der Nationalstaat fällt aus der Form.

Am Phänomen der Minderheiten wird Arendt zufolge dreierlei ersichtlich. *Erstens* zeigt sich, dass die Abhängigkeit von Menschenrechten und Nationalstaat wechselseitig ist. Ohne Zugehörigkeit zu einem Nationalstaat, das heißt ohne Staatsbürgerschaft, lassen sich Menschenrechte nicht garantieren. Umgekehrt bleibt der Nationalstaat nur dann stabil, wenn die Menschen vor dem Gesetz gleich, das heißt in der Gleichheit ihrer Rechte anerkannt sind. Werden dagegen größere Gruppierungen von gesetzlich garantierten Rechten ausgeschlossen, verstößt der Nationalstaat gegen das Prinzip der Legalität, auf dessen Herrschaft er (auch) beruht. Nur wenn der Nationalstaat die Menschen auf seinem Territorium mit Rechten versieht, das heißt, sie zu Bürger_innen macht, vermeidet er seinen Niedergang: Der Niedergang des Nationalstaats und das Ende der Menschenrechte hängen unmittelbar zusammen. Allerdings bildet für den Nationalstaat eine groß angelegte Einbürgerung keine Option, da er dadurch sein zweites Prinzip, das Prinzip der Nativität (Staatsbürgerschaft qua Geburt) unterliefe.

Am Problem der Minderheiten wird somit *zweitens* offensichtlich, dass die beiden Prinzipien des Nationalstaats sich ausschließen: Während *Legalität* gleiche Rechte für alle (das heißt Menschenrechte) verlangt, bedeutet *Nativität* gleiche Rechte nur für Bürger_innen

68 Das Erfordernis solcher Homogenität gilt auch für eine sogenannte »Willensnation« wie die Schweiz. Auch hier beruht die nationalstaatliche Stabilität darauf, dass unter einem nationalen Gesichtspunkt *keine* Pluralität besteht. An dieser Tatsache ändert sprachliche und ›kulturelle‹ Diversität solange nichts, als sich die Schweizer_innen gleich welcher Sprache als Angehörige *einer* Nation verstehen (und nicht als eine Versammlung von Deutschen, Französ_innen, Italiener_innen und Rätoroman_innen auf demselben Gebiet).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

(Staatsbürgerrechte). Da er auf diesen beiden Prinzipien gründet, handelt es sich beim Nationalstaat um ein paradoxes Konstrukt. Die Paradoxie tritt hervor, wenn angesichts der Minderheiten die Unmöglichkeit der Menschenrechte sichtbar wird: Die Menschenrechte, die für alle gelten, gelten nur für Staatsbürger. Mit diesem Paradox der Menschenrechte ist das Paradox des Nationalstaats identisch. Dass es nicht alle Arten von Rechten, sondern nur die *politischen* Teilnahmerechte sind, die den Ausländer_innen fehlen, ließe Arendt nicht gelten, geht es ihr zufolge doch gerade um politische Fähigkeiten. Aus bloßer Meinungsfreiheit ergibt sich noch nicht die gleiche Anerkennung, die darin besteht, nach der Meinung *beurteilt* zu werden; Meinungsfreiheit heißt nur, sagen zu können, was man will.[69]

Drittens zeigt sich am Phänomen der Minderheiten, dass das Paradox des Nationalstaats nicht erst durch die Immigration von Geflüchteten bzw. Staatenlosen hervorgebracht wird. Der Nationalstaat, strebt er nicht eine vollständige nationale Homogenisierung an, kommt von innen her an seine Grenzen. Historisch wird dies am Problem der Minderheiten deutlich, die keine Staatenlosen sind, sondern juristisch einem staatlichen Organismus angehören. (vgl. Arendt 2011a, 576) Dadurch wird klar, dass es sich bei der Problematik des Nationalstaats, die zugleich die Problematik der Menschenrechte ist, tatsächlich um ein Paradox und nicht um einen bloß äußerlichen Widerspruch handelt. Klar ist damit zugleich, dass das Problem des Nationalstaats auch dann bestehen bleibt, wenn die ›Flüchtlingsfrage‹ (wofür es keine Anzeichen gibt) im bestehenden nationalstaatlichen System eine Lösung fände. An den Autonomiebestrebungen von Minderheiten, die in verschiedenen Ländern eigene Souveränität einfordern, lässt sich dies leicht ablesen. Das Problem liegt nach Arendt im Nationalstaat selbst und überschreitet nicht erst in Gestalt der Geflüchteten seine Grenzen. Es besteht darin, dass der Versuch, das nationale Prinzip (die Herrschaft der Nation) zu verwirklichen, immer schon den Niedergang des Nationalstaats einleitet. Denn die Erhebung einer Gruppe in den Rang der Nation bedeutet die rechtliche Benachteiligung aller anderen Gruppen; das Prinzip der Nationalität zu realisieren, bedeutet gegen das Prinzip der Legalität zu verstoßen. Die Unvereinbarkeit der beiden nationalstaatlichen Prinzipien – deren eines Partikularität, deren anderes Universalität fordert – tritt dann in einen offenen Konflikt. So schreibt Arendt, die Zersetzung des Nationalstaats »begann in genau dem historischen Augenblick, als zum ersten Male das Recht zur nationalen Selbstbestimmung in ganz Europa anerkannt worden war. Dies hieß eben auch, daß der Vorrang des nationalen

69 Hinzu kommt, dass auch die Meinungsfreiheit von Ausländer_innen, sobald sie einer politischen Tätigkeit dient, eher beschränkt werden kann; vgl. etwa Art. 16 EMRK.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Volkswillens von allen legalen Institutionen und ›abstrakten‹ Maßstäben in ganz Europa akzeptiert worden war.«[70] (ebd.) Die Akzeptanz des nationalstaatlichen Prinzips bedeutet die Entfaltung des Paradoxes und damit den Niedergang des Nationalstaats.

Absolute Rechtlosigkeit und der Zwang zur Schuld

Von der Problematik der Minderheiten ist nun auf diejenige der Staatenlosen zurückzukommen. Folgt man Arendt, liegt der Übergang, wie bereits angedeutet, im historischen Zusammenhang der beiden Phänomene selbst. Staatenlose sind zwar »die neueste Menschengruppe der neueren Geschichte« (Arendt 2011a, 578), zu einem wesentlichen Teil aber entstanden sie aus den älteren Gruppen der Minderheiten. Denn sie sind das Resultat »aus den ungeheuren Flüchtlingszügen, welche unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg einsetzten und in deren Verlauf eine europäische Nation nach der anderen Teile ihrer Bevölkerung über die Grenzen des Territoriums jagte und aus ihrem Staatsverband entließ«. (ebd.) Die Staatenlosen bildeten die »Vettern der Minderheiten« (ebd., 589) auch in dem Sinn, dass sie bei ihrer Ankunft in einem neuen Land für die dort eingebürgerten Menschen derselben Herkunft die Gefahr brachten, selbst wieder staatenlos zu werden: »Mit anderen Worten, die Flüchtlinge hatten eine Tendenz, die ansässige Bevölkerung der gleichen Nationalität in Flüchtlinge zu verwandeln, auch wenn diese ursprünglich Immigranten gewesen waren.« (ebd. 588) Staatenlosigkeit verbreitete sich damit gleichsam »wie eine ansteckende Krankheit«. (ebd.) An der einsetzenden ›Denaturalisierung‹ – dem Entzug der Staatsbürgerrechte – wurde deutlich, dass die Staaten naturalisierten Bürger_innen,

70 Komplexer noch wird die Situation dadurch, dass sowohl der UN-Zivilpakt wie der UN-Sozialpakt in Art. 1 Abs. 1 deklarieren: »All peoples have the right of self-determination.« Damit ist der Einsicht Rechnung getragen, dass im globalen nationalstaatlichen System vor allem die nationale Selbstbestimmung den Schutz der Menschenrechte garantieren kann; zum Ausdruck gelangt hierin der proklamatorische Impuls der Französischen Revolution, »welche die Tradition des Nationalstaates eigentlich begründet hat, und zwar mit der Gleichsetzung von nationaler Souveränität und Genuß der Menschenrechte«. (Arendt 2011a, 570) In jenem ersten Absatz ist auch die praxisleitende Überzeugung der nationalen Minderheiten ausgesprochen, »daß die Menschenrechte nur Teile ihrer nationalen Rechte und Forderungen seien und nur mit ihnen zusammen durchgesetzt werden könnten«. (ebd., 605) Damit enthält Art. 1 Abs. 1 der beiden UN-Pakte zugleich ein Potential zur Destabilisierung bestehender Staaten, indem er dem Kampf um die nationale Souveränität nicht-repräsentierter Minderheiten Legitimität verleiht.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ihres Bürgerstatus ungeachtet, nicht dieselben unveräußerlichen Rechte gewährten wie den als Staatsbürger geborenen Kindern von Staatsbürgern. (vgl. Arendt 2011a, 580)

Die Staatenlosen sind nach Arendt jene, die aus dem Rahmen der Legalität ganz ausgeschlossen werden. Mit der Staatsbürgerschaft verlieren sie jeden rechtlichen Status; sie stehen »außerhalb des Gesetzes«. (ebd., 592) Damit ist nicht nur ihr Schicksal besiegelt, sondern auch jenes des Nationalstaats: »Denn der Nationalstaat kann nicht existieren, wenn nicht alle seine Bürger vor dem Gesetz gleich sind, und kein Staat kann bestehen, wenn ein Teil seiner Einwohner außerhalb aller Gesetze zu stehen kommt und *de facto* vogelfrei ist.« (ebd., 601, Hervorh. im Original) Weil *kein* Staat bestehen kann, wenn er von Staatenlosen bewohnt wird, werden diese nirgendwo umfänglich aufgenommen. Den rechtlichen Status verlieren sie damit nicht allein in demjenigen Staat, der sie ausschließt. Ist ein Staatsbürger *in jedem* Staat ein Träger von Rechten, und dies desto mehr, je ›besser‹ der Pass ist, so haftet die Rechtlosigkeit dem Staatenlosen überall an, wo er hinkommt: »Wen immer die Verfolger als Auswurf der Menschheit aus dem Lande jagten – Juden, Trotzkisten und so weiter –, wurde überall auch als Auswurf der Menschheit empfangen, und wen sie für unerwünscht und lästig erklärt hatten, wurde zum lästigen Ausländer, wo immer er hinkam.« (ebd., 563) Staatenlose demonstrieren im Unterschied zu den Minderheiten, die rechtlich benachteiligte Staatsbürger_innen sind, die Möglichkeit, vollständig aus dem Rahmen des Rechts zu fallen. Damit stellen sie eine absolute Ausnahme dar und machen für Arendt die Frage nach der Existenz der Menschenrechte in dem Maß dringender, in dem diese Ausnahme Normalität wird: »Staatenlosigkeit in Massendimensionen hat die Welt faktisch vor die unausweichliche und höchst verwirrende Frage gestellt, ob es überhaupt so etwas wie unabdingbare Menschenrechte gibt, das heißt Rechte, die unabhängig sind von jedem besonderen politischen Status und einzig der bloßen Tatsache des Menschseins entspringen.« (ebd., 607) Dass Arendt die Existenz dieser Menschenrechte verneint, geht aus dem Bisherigen hervor. An dieser Stelle interessiert die Weise, in der Arendt die Frage stellt. Die Frage sei ›verwirrend‹, denn eigentlich sollten gerade die Staatenlosen, welche keine Staatsbürgerrechte mehr haben, im Schutz der Menschenrechte stehen. Nun erweisen sie sich aber gerade als diejenigen, die im Unterschied zu allen anderen »die sogenannten Menschenrechte verloren« haben. (ebd., 562) Die Staatenlosen sind nicht die Träger_innen, sondern die Verlierer_innen der Menschenrechte.

Um die »verwirrende Frage« zu klären, untersucht Arendt daher »die legale Lage der Rechtlosen selbst«. (ebd., 607) Die *absolute* Rechtlosigkeit, die diese Lage kennzeichnet, geht nach Arendt über die Entrechtung in der Sklaverei noch hinaus: »[I]n gewissem Sinne ist der moderne

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Staatenlose weiter und endgültiger aus der Menschheit ausgestoßen als der Sklave, dessen Arbeit gebraucht, genutzt und ausgebeutet wurde und der dadurch immer noch in den Rahmen des Menschseins einbezogen blieb.« (ebd., 616) Der Staatenlose ist rechtlich auch schlechter gestellt als der ›feindliche Ausländer‹, der selbst in Kriegszeiten durch internationale Verträge geschützt bleibt: »Nur mit den Staatenlosen, nicht mit den feindlichen Ausländern, konnte jeder Staat machen, was er wollte.« (ebd., 609) In juristisch besserer Position ist auch der Verbrecher. Dem Verbrecher wendet sich das Recht, gegen dessen Gesetze er verstoßen hat, mit aller Aufmerksamkeit zu, vom Staatenlosen hingegen hat es sich vollständig abgewandt. Es verwundert daher nicht, dass sich den Staatenlosen in der Kriminalität eine verzweifelte Möglichkeit eröffnet, wieder Einlass in den Raum des Rechts zu finden. (vgl. ebd., 594) Auch der Verbrecher bedeutet zwar gegenüber dem Recht eine Ausnahme, insofern er gegen eine im Gesetz festgehaltene Norm verstößt. Doch da die Norm vom Gesetz anerkannt ist, wird auch der Verstoß und damit die Ausnahme anerkannt: Der Verbrecher bleibt nicht unberücksichtigt, sondern das Recht wendet sich ihm dadurch zu, dass es sich gegen ihn wendet. Anders verhält es sich mit dem Rechtlosen: Er steht dem Recht ebenfalls als Ausnahme, das heißt negativ gegenüber. Da er allerdings gegen kein Gesetz verstößt und sich keines rechtlichen Vergehens schuldig macht, ist sein Fall keine *bestimmte* Negation (vgl. Hegel 1988, 44). Als ›Fall‹, das heißt als Angelegenheit des Rechts, kommt er deshalb nicht in Betracht. Für das Recht bleibt der Rechtlose vielmehr *unbestimmt* und erfährt keine rechtliche Würdigung. Im Unterschied zum Verbrecher handelt es sich daher nicht um eine Ausnahme innerhalb des Rechts, sondern um eine Ausnahme *vom* Recht. Zum Rechtlosen schweigt das Recht; in Bezug auf ihn ist deshalb alles erlaubt oder es wird zumindest kaum etwas geahndet. Er ist *absolut* rechtlos, weil er die Ausnahme vom Recht selbst ist. Darin besteht seine ›legale Lage‹, die Arendt untersucht.

Ein Verbrechen zu begehen, ist der Versuch, diese Lage zu ändern: Es bedeutet, nicht länger eine Ausnahme zu *sein*, sondern eine Ausnahme zu *machen*. Durch das Handeln wird der Mensch wieder Teil der menschlichen Gemeinschaft und des diese Gemeinschaft regelnden Rechts. Im Gesetzesverstoß wird die unbestimmte zur bestimmten Negation, die rechtlich unberücksichtigte zur rechtlich anerkannten Ausnahme:

> »Nur auf dem Weg der Kriminalität, welche eine anerkannte Ausnahme zu der vom Gesetz statuierten Norm darstellt, kann der Rechtlose wieder in eine Lage kommen, in welcher ihm nichts andres widerfährt als jedem anderen auch, wo er also seine Gleichheit vor dem Gesetz wiedererlangt hat. Als Verbrecher kann selbst der Staatenlose den Gesetzesschutz erlangen, der in allen zivilisierten Ländern den Strafvollzug regelt: Wenn

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> er sich gegen das Gesetz, das ihn verfolgte, solange er unschuldig war, vergeht, wird plötzlich das Gesetz sich seiner wieder annehmen.« (Arendt 2011a, 595)

Dass sich der Verbrecher durch sein Handeln Schuld auflädt, schadet ihm nicht. Geschadet hat ihm vielmehr die Unschuld, denn sie attestiert ihm eine mangelnde Fähigkeit zur Verantwortung und damit eine Unfähigkeit zu handeln. Wird der Mensch nicht als Handelnder anerkannt, verliert er, wie beschrieben, seinen Ort in der politischen Gemeinschaft.[71] Unschuldig ist, wessen Handeln nicht anerkannt wird (und der in diesem Sinne ›nichts getan‹ hat).[72] Nach Arendt sind die Unschuldigen, da ihnen kein Handeln zukommt, aus der menschlichen Gemeinschaft ausgeschlossen. Über die Staatenlosen des 20. Jahrhunderts bemerkt sie, die »ihnen unabweisbar anhaftende subjektive Unschuld« sei »ihr größtes Unglück« gewesen, denn in ihr bekundete sich am verhängnisvollsten, »daß die Rechtlosen nicht mehr in der Menschenwelt zu Hause waren«. (ebd., 610) Indem der Rechtlose eine anerkannte Ausnahme *begeht* und seine passive Unschuld verliert, wird er wieder ein Mensch unter Menschen. Er übertritt das Gesetz als die Schwelle, die zurück in Recht und Gemeinschaft führt. Mit der Gesetzesübertretung erscheint er im Horizont des Rechts und wird so zum Träger von Rechten: Er ist »plötzlich im Genuß aller bürgerlichen Rechte, nur weil er sich endlich wirklich etwas hat zuschulden kommen lassen«. (ebd., 595) Die Frage, ob sich ein Verbrechen lohnt – und dies nicht des erwarteten Gewinns, sondern der eintretenden Strafe wegen –, wird für Arendt zum Prüfstein der Entrechtung: »Wenn immer ein kleiner Einbruch den legalen Status eines Menschen verbessert, und sei es auch nur vorübergehend, kann man

71 Zwischen Handeln und politischer Gemeinschaft besteht ein wechselseitiger Zusammenhang. Handeln gibt es nur als *anerkanntes* und damit unter der Voraussetzung von Gemeinschaft; umgekehrt ist das Handeln dasjenige, was den Menschen als politisches Lebewesen und damit den Raum des Politischen konstituiert: Es gibt kein Handeln jenseits der Gemeinschaft und keine Gemeinschaft, wo nicht gehandelt wird. In Anlehnung an Aristoteles' Definition des Menschen als politisches Lebewesen formuliert Arendt diesen Zusammenhang von Handeln und politischer Gemeinschaft in *Vita activa:* »Handeln allein ist das ausschließliche Vorrecht des Menschen; weder Tier noch Gott sind des Handelns fähig, und nur das Handeln kann als Tätigkeit überhaupt nicht zum Zuge kommen ohne die ständige Anwesenheit einer Mitwelt.« (Arendt 1981, 27)

72 Dieser Zusammenhang ist auch von Hegel vertraut: Dass Unschuld identisch mit Nicht-Handeln ist, weil jedes Handeln notwendig Schuld mit sich bringt, ist die schicksalhafte Konstellation, die Hegel in der *Phänomenologie des Geistes* im Abschnitt »Die sittliche Handlung, das menschliche und göttliche Wissen, die Schuld und das Schicksal« beschreibt. (Hegel 1988, 304–316)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

eigentlich sicher sein, daß man es mit einem Entzug der Menschenrechte zu tun hat.« (ebd.) Mit diesem Entzug meint Arendt weniger den Verlust der ›sogenannten Menschenrechte‹ als vielmehr den »Zustand absoluter Rechtlosigkeit« (ebd., 611), der mit der absoluten Ausnahme vom Recht identisch ist.

In den vorangehenden Abschnitten habe ich die Aporie der Menschenrechte in ihrer Verbindung mit dem Paradox des Nationalstaats dargestellt: Der Nationalstaat, der allein die Rechte der Menschen verlässlich schützen kann, schließt durch sein Prinzip der Nativität systematisch Menschen aus seinem Schutz aus. Arendt zufolge wird dies an der Situation der Minderheiten deutlich, die einem Staat angehören, ohne seiner Nation anzugehören. Verschärft trifft der Ausschluss jene Gruppen von Menschen, die nicht bloß geringeren staatlichen Schutz erhalten, sondern denen im System der Nationalstaaten ein legaler Status im Ganzen versagt bleibt. Das ist die ›legale Lage‹ der Rechtlosen, zu denen mit den Staatenlosen auch die Geflüchteten zählen. Während die Minderheiten innerhalb eines Staates benachteiligt sind, stehen die Staatenlosen als absolute Ausnahmen außerhalb des nationalstaatlichen Systems und fallen damit aus dem Rahmen des Rechts überhaupt. Es gibt nun allerdings noch eine dritte Situation. Es ist die Situation einer *innerstaatlichen* und zugleich *absoluten* Entrechtung. Diese Situation, die den krassesten Ausschluss, nämlich den Ausschluss *als* Gefangene bedeutet, ist jene des Konzentrationslagers.[73] In Arendts Beschreibung des Lagers findet sich der engste Zusammenhang von Menschenrechten und Entrechtung.[74]

73 Auch jenseits von Konzentrationslagern bedeuten Lager Gefangenschaft. Besonders drastisch zeigte sich die Tatsache der Gefangennahme im Frühjahr 2016 auf der griechischen Insel Chios. Dass Gefangennahme bestand, wurde hier deutlich am Ausbruch. Aus dem dortigen von Zäunen umschlossenen ›Hotspot‹ (Registrierzentrum) sind am 1. April 2016, wie die griechische Tageszeitung *Ta Nea* berichtete, hunderte Geflüchtete und Migrierende »ausgebrochen«, die zwecks der geplanten Rückführung in die Türkei festgehalten wurden. Die Rückführung erfolgte im Rahmen des sogenannten ›Flüchtlingspakts‹ zwischen der Europäischen Union und der Türkei, der am 4. April 2016 in Kraft trat.

74 Die Gruppe, in der sich die Entrechtung am schärfsten zuspitzt und sich der Mensch der Menschenrechte daher am deutlichsten manifestiert, sind nach Arendt die Juden, denn sie finden sich allen drei Situationen der Entrechtung zugleich ausgesetzt: In ihnen hatte sich nicht nur das Minderheiten- und das Staatenlosenproblem vereinigt (vgl. Arendt 2011a, 600 sowie ebd., 574 bzw. 576 und Arendt 1986, 19), sondern sie waren vor allem die Menschen des Lagers: In den deutschen Lagern bildeten »die Juden ein für allemal und unter allen Umständen die unterste Kategorie« (Arendt 2011a, 927). Als die am meisten zur Vernichtung bestimmte Kategorie waren sie

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das Lager erscheint an dem Punkt, an dem der moderne Nationalstaat eines seiner beiden unversöhnlichen Prinzipien, das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, zugunsten des anderen, des Prinzips der Nativität, aufgegeben hat. Es handelt sich hier nicht mehr um das normale, paradoxe Funktionieren des Nationalstaats, das seinen Niedergang initiiert, sondern um den totalitären Staat. Das Lager bildet das zentrale Laboratorium des Totalitarismus, da in ihm die totale Beherrschbarkeit des Menschen lückenlos erprobt wird. (vgl. Arendt 2011a, 907) Es ist dadurch der Ort, an dem die seit dem 18. Jahrhundert proklamierten Menschenrechte am systematischsten verletzt werden. Zugleich wird im Lager der isolierte, ›bloße‹ Mensch – der Mensch, für den Arendt die zeitgenössische Form der Menschenrechte kritisiert – in systematischer Weise hervorgebracht. Es ist insofern kein Zufall, wenn in Arendts Buch über den Totalitarismus der Abschnitt über *Die Aporien der Menschenrechte* am Übergang zum dritten Teil *Totale Herrschaft* steht. Im Lager wird auf perverse Weise bewiesen, dass es ›den Menschen‹ als eine universelle Größe tatsächlich geben kann:

> »In Wahrheit demonstrieren die Erfahrungen der Konzentrationslager, daß es in der Tat möglich ist, Menschen in Exemplare der menschlichen Tierart zu verwandeln, und daß die ›Natur‹ nur insofern ›menschlich‹ ist, als sie es dem Menschen freistellt, etwas höchst Unnatürliches, nämlich ein Mensch, zu werden.« (ebd., 934)

Für die Menschen des Lagers gilt in gesteigerter Form, was für die Staatenlosen bzw. die Geflüchteten zutrifft. Sie sind der Fähigkeit der Sprache und des Handelns beraubt. So schreibt Arendt ähnlich wie später Agamben: »Die Berichte der Überlebenden von Konzentrations- und Vernichtungslagern sind außerordentlich zahlreich und von auffallender Monotonie. Je echter diese Zeugnisse sind, desto kommunikationsloser sind sie«. (ebd., 908f.) ›Monotonie‹ bedeutet, dass sich das Verschiedene auf ein Gleiches reduziert. Dieses universell Gleiche ist der abstrakte Mensch, der nichts weiter ist als ein Exemplar der menschlichen Tierart. Aus dem Menschen wird ein solches Exemplar dadurch, dass ihm jede Spontaneität genommen wird: Abstrakt und universell ist der Mensch, der nicht mehr handlungsfähig ist und dadurch absolut kontrollierbar wird. Weil sich totale Herrschaft nur in absoluter Kontrolle realisieren kann (vgl. ebd., 937), hat sie in diesem abstrakten Menschen ihr oberstes Ziel. Während die Unfähigkeit zum Handeln im Fall der Staatenlosigkeit einen nicht-intendierten Effekt des globalen Systems von Nationalstaaten darstellt, ist sie im Fall der Lagergefangenen das intendierte

> »die gleichsam wandelnden Exempel dessen, was ein Mensch überhaupt ist und wert ist«. (ebd., 926)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Mittel der Herrschaft.[75] Totale Herrschaft wird dadurch total, dass sie die Menschen um ihre Fähigkeit zu handeln bringt und in diesem Sinne gleich schaltet:

> »Totale Herrschaft, die darauf ausgeht, alle Menschen in ihrer unendlichen Pluralität und Verschiedenheit so zu organisieren, als ob sie alle zusammen nur einen einzigen Menschen darstellten, ist nur möglich, wenn es gelingt, jeden Menschen auf eine sich immer gleichbleibende Identität von Reaktionen zu reduzieren, so daß jedes dieser Reaktionsbündel mit jedem anderen vertauschbar ist. Es handelt sich dabei darum, das herzustellen, was es nicht gibt, nämlich so etwas wie eine Spezies Mensch«. (ebd., 907)

Das Exemplar der Spezies, der handlungsunfähige Mensch, ist getrennt von der Sphäre der politischen Gemeinschaft, in der allein Handeln anerkannt und daher möglich wird. Isoliert von jeder Beziehung, ist dieser Mensch zurückgeworfen auf seine absolute Individualität. Ihn kennzeichnet das Paradox, ganz universell und zugleich völlig idiosynkratisch, einerseits höchste (abstrakte) Allgemeinheit und andererseits höchste (abstrakte) Besonderheit zu sein. (vgl. Arendt 1949, 765) Die beiden Extreme sind zwei Seiten *einer* Abstraktheit, die sich ergibt, wenn der Mensch aus seinen politischen Bezügen gelöst wird.[76] Die Gleichzeitigkeit von abstrakter Allgemeinheit und abstrakter Individualität bildet auch, wie ich in Kapitel 4.2 argumentiere, ein Merkmal der den Menschenrechten zugrunde gelegten ›Person‹. Damit deutet sich an dieser Stelle der Zusammenhang von Berechtigung und Entrechtung, von Menschenrechten und Ausnahmezustand an, auf den diese Arbeit zielt. Zunächst soll allerdings im folgenden Kapitel Agambens Kritik der Menschenrechte in den Blick kommen, die an Arendt anschließt und zugleich in entscheidenden Punkten von ihr abweicht.

75 Die systematische Verbindung zwischen Staatenlosen und Lagergefangenen besteht in der »Tötung der juristischen Person« als dem »erste[n] entscheidende[n] Schritt auf dem Wege zur totalen Herrschaft«. Im Fall der Staatenlosen erfolgt die Tötung der juristischen Person »automatisch« durch ihre Positionierung »außerhalb allen geltenden Rechtes«. (Arendt 2011a, 922) Im Fall der Lagergefangenen dagegen erfolgt sie nicht automatisch durch eine außer-staatliche Position, sondern wird *innerhalb* des Staates absichtlich durch einen Akt der *Aberkennung*, d.h. durch die (Her)Ausnahme aus dem Recht vorgenommen.

76 Helmuth Plessner gibt diesem Zusammenhang zwischen höchster Individualität und absoluter Abstraktheit (und somit vollkommener Ersetzbarkeit) des Menschen eine anthropologische Fundierung; vgl. Plessner 1965, 343.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

3.3 Der Einschluss der Körper durch die Rechte des Menschen (Agamben)

Die Linie, die sich von Arendts Analyse totaler Herrschaft zu Agambens theoretischem Projekt ziehen lässt, ist offenkundig. So beschreibt Arendt die Bevölkerung totalitärer Regime gerade so, wie Agamben die Figur des ›Muselmanns‹, des bis an die Grenze des Todes entkräfteten Insassen des Lagers: als eine beherrschte uniforme Materie, als gleich ohne Abweichung, als folgsam ohne Devianz und daher als identisch mit dem Gesetz. Die Menschen werden »zu einer wandelnden Verkörperung von Gesetzen«, in ihnen verwirklichen totalitäre Regime ihr Ziel, »ein Menschengeschlecht herzustellen, das aktiv handelnd Gesetze verkörpert, die es sonst nur passiv, voller Widerstände und niemals vollkommen erleiden würde«. (Arendt 2011a, 948f.) Agamben rückt den Zusammenhang von Menschenrechten und nacktem Leben, den Arendt darlegt, dezidiert ins Zentrum seiner Kritik. Sein in *Homo sacer* formulierter Anspruch ist es, eine Idee der inneren Verknüpfung von Nationalstaat und Menschenrechten zu explizieren, die Arendt »unerläutert lässt«. (HS, 135) Es sollte hier allerdings klar geworden sein, dass Arendt den Nexus von Nationalstaat und Menschenrechten keineswegs unerläutert lässt, sondern die Weise, in der das Paradox des Nationalstaats mit der Aporie der Menschenrechte zusammenhängt, sehr deutlich expliziert und kritisiert.

Agamben wendet den Zusammenhang von Nationalstaat und Menschenrechten, den Arendt sieht, in eine andere Richtung. Arendts Punkt ist, dass den Menschenrechten in ihrer zeitgenössischen Gestalt ein Begriff des Menschen zugrunde liegt, dem die Staatenlosen und die Gefangenen der Lager entsprechen: In jenen, die aus der politischen Gemeinschaft des Nationalstaates ausgeschlossen sind und denen daher einklagbare Menschenrechte fehlen, realisiert sich der menschenrechtliche Begriff des Menschen – eben eines Menschen jenseits der politischen Gemeinschaft. Jene aber, die zur politischen Gemeinschaft eines Staates gehören und die daher im Schutz der Menschenrechte stehen, bleiben von diesem nackten Mensch-Sein verschont, das der Begriff der Menschenrechte enthält: Das entpolitisierende Potential, das dem Begriff der sogenannten Menschenrechte innewohnt, verwirklicht sich nicht für jene, die einen politischen Status, einen ›guten‹ Pass und damit die Menschenrechte haben.

Agamben wendet sich gegen diese Überzeugung; darin besteht die Radikalität seiner These. Dieser These zufolge verkörpert sich das nackte Mensch-Sein gerade auch in den Inhaber_innen guter Pässe, das heißt in jenen Menschen, die im Schutz der Menschenrechte stehen. Denn die Menschenrechte ermächtigen nicht bloß den Menschen, sondern sie

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

ermächtigen auch den Staat *durch* den Menschen. In den Menschenrechten ist der Mensch nicht nur Zweck an sich, sondern wird zum Mittel für die staatliche Macht.

Frankreich 1789: Die Einschreibung des Lebens in die Ordnung des Staates

Der Punkt, an dem der Mensch zum Mittel wird, ist seine biologische Geburt. Der natürlichen Geburt des Menschen verleihen die Menschenrechte unmittelbar einen juridisch-politischen Gehalt. In Artikel 1 der französischen *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 heißt es: »Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.« – »Die Menschen/Männer werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es.« Indem die Menschenrechte den politischen Status des Menschen in seine Geburt einschreiben, erklären sie ihn zum Bürger, auf dem der Nationalstaat beruht. Mit dem Wort *naître* (geboren werden) ist das Wort *nation* etymologisch verwandt und systematisch verknüpft. Denn die Bürgerschaft per Geburt ist das Prinzip des Nationalstaats. Indem die Menschenrechte der menschlichen Geburt einen politischen Gehalt geben und diese Form der Bürgerschaft konstituieren, dienen sie dem Nationalstaat als Mittel. Die Geburt mit dem Staat, den biologischen Menschen mit der politischen Macht zu verbinden, stellt nach Agamben die genuine Funktion der Menschenrechte seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, seit Beginn der nationalstaatlichen Epoche dar. Durch die Menschenrechte wird das natürliche Leben dem Nationalstaat als sein Fundament eingeschrieben. Diese Einschließung des Lebens in den Staat hat, so Agamben, eine ausschließende Wirkung: Insofern der Nationalstaat auf dem Leben der Menschen beruht, wird dieses Leben seiner Macht unterworfen, statt diese Macht handelnd zu gestalten. In dieser Wirkung kommen Agamben zufolge die Menschenrechte mit dem Ausnahmezustand überein:

> »Die Räume, die Freiheiten, die Rechte, welche die Individuen in ihren Konflikten mit den zentralen Mächten erlangen, bahnen jedesmal zugleich eine stille, aber wachsende Einschreibung ihres Lebens in die staatliche Ordnung an und liefern so der souveränen Macht, von der sie sich eigentlich freizumachen gedachten, ein neues und noch furchterregenderes Fundament.« (HS, 129)

Wie das Politische überhaupt, so konstituiert sich auch die politische Form des modernen Nationalstaats durch eine einschließende Ausschließung, das heißt durch die Hervorbringung absolut ausgelieferten Lebens, die in der Form der Menschenrechte funktioniert. Wie Arendt rückt auch

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Agamben damit die Menschenrechte in eine nationalstaatliche Perspektive. In der Produktion nackten Lebens sieht er die fundamentale Gemeinsamkeit der Menschenrechte mit dem Ausnahmezustand. Diese These bildet den systematischen Kern seiner Kritik der Menschenrechte. Die Kritik richtet sich zwar gegen die Gegenwart der Menschenrechte, das Argument, dessen sie sich bedient, ist hingegen historisch und reicht hinter den Beginn der gegenwärtigen Menschenrechtspolitik zurück. In Kapitel 3.1 habe ich diesen Beginn auf das Ende des Zweiten Weltkriegs datiert und als grundlegendes Dokument die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 genannt, auf der zentrale Verträge wie die beiden UNO-Pakte und die *Europäische Menschenrechtskonvention* basieren. Agamben zufolge lässt nun die Auseinandersetzung mit diesen gegenwärtig geltenden Dokumenten kein Verständnis der fundamentalen Problematik der Menschenrechte zu. Im Gegenteil: Die »instrumentelle Emphase der Menschenrechte und die Vervielfältigung der Erklärungen und Konventionen übernationaler Organisationen« (HS, 135f.) habe in der Nachkriegszeit dazu geführt, dass die Problematik der Menschenrechte in ihrer historischen Dimension unverstanden geblieben sei. In ihrer historischen Dimension ist die Problematik der Menschenrechte Agamben zufolge als Problem des Staates zu verstehen.

Das primäre Problem der Menschenrechte besteht in dieser Perspektive nicht etwa darin, dass sie nicht durchgesetzt werden, und auch nicht darin, dass die Möglichkeit der Ausnahme, wie in Kapitel 3.1 herausgearbeitet, Eingang in die menschenrechtlichen Verträge gefunden hat. Denn in beiden dieser Fälle erscheinen die Menschenrechte lediglich als passiv: Sie fallen einem Problem – dem Problem ihrer äußeren Nicht-Durchsetzung oder ihrer vertragsinternen Beschränkung – zum Opfer. In der Deutung Agambens *haben* die Rechte allerdings weniger ein Problem, als dass sie das Problem *sind*. Weil dieses in der Funktion liegt, die die Rechte für die Herausbildung des Nationalstaats haben, ist nach Agamben bis zur französischen *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 und zu deren Rolle für die entstehende nationalstaatliche Ordnung zurückzugehen:

> »Die [französische, J.H.] Erklärung der Menschenrechte stellt die originäre Figur der Einschreibung des natürlichen Lebens in die juridisch-politische Ordnung des Nationalstaates dar. Jenes natürliche nackte Leben, das im Ancien régime politisch belanglos war und als kreatürliches Leben Gott gehörte und das in der antiken Welt (wenigstens dem Anschein nach) als *zoé* klar vom politischen Leben (*bíos*) abgegrenzt war, wird nun erstrangig in der Struktur des Staates und bildet sogar das irdische Fundament der staatlichen Legitimität und der Souveränität.« (HS, 136, Hervorh. im Original)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die französische *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 ist für Agamben maßgebend, weil sie die für den Nationalstaat konstitutive Verbindung zwischen dem Menschen einerseits und dem Staat andererseits herstellt.[77] Diese Verbindung, auf welcher der Nationalstaat beruht, erfolgt nach Agamben durch die Geburt; denn mit seiner Geburt wird der Mensch zum Bürger des Staates. Für beide Seiten der Verbindung hat dies weitreichende Folgen: Für den Menschen bedeutet es, dass sein natürliches, gebürtiges Leben unmittelbar politisch wird; denn der Status als Bürger ist ein politischer Status. Für den Nationalstaat bedeutet es, dass seine Souveränität und seine Legitimität in diesem natürlichen Leben fundiert ist; denn der Nationalstaat ist der Staat derer, die ihm als Bürger angehören.

In diesem zweiten Punkt greift Agambens Analyse zu kurz. Denn das Fundament nationalstaatlicher Souveränität ist nicht ›unmittelbar‹ das natürliche Leben: Begründet wird die Souveränität nicht im Bürger, sondern in der Nation. Zwar ist es richtig, dass die Logik der nationalstaatlichen Souveränität darin besteht, dass Mensch und Staat verbunden werden. Ebenso trifft zu, dass der Mensch dem Staat grundsätzlich so zugerechnet wird, dass sein natürliches Leben per Geburt die politische Qualität der Bürgerschaft erhält. Doch für den Nationalstaat heißt dies nicht, dass sich seine Souveränität ›unmittelbar‹ an den Bürger und somit an das natürliche Leben des Menschen anschließt. Nicht das Leben der Einzelnen, sondern das Leben der Nation bildet das Fundament nationalstaatlicher Souveränität. Der Begriff der *nation* verweist sowohl auf die politische Institution (*État-nation*) als auch auf die Menge der Menschen (*peuple*) und enthält zugleich das sie verknüpfende Moment: die *nativité*, die Geburt, die der lateinische Begriff *natio* bedeutet. Maßgebend ist die *nativité* nicht als Geburt der Individuen, sondern für die Konstruktion des nationalen Kollektivs.

Ich werde argumentieren, dass das, was man Agambens ›Vergessen der Nation‹ nennen könnte, in dem zentralen Punkt, um den es Agamben

77 Die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechtserklärungen im 18. Jahrhundert beginnt allerdings nicht erst 1789 in Frankreich, sondern 1776 in Nordamerika mit den einzelnen ›Bill of Rights‹ bzw. ›Declaration of Rights‹ der ihre Unabhängigkeit erklärenden amerikanischen Einzelstaaten (etwa Virginia und Pennsylvania). Den Einfluss dieser amerikanischen Vorbilder auf die französische Erklärung hatte 1895 schon Georg Jellinek in seinem Buch über *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* hervorgehoben. (Jellinek 1919, 11–17) Vgl. im Anschluss an Jellinek auch Joas 2011, 25 und 45, der auf der Bedeutung Nordamerikas für die französische Erklärung vor allem insistiert, um ihren Bezug zur Religion zu verdeutlichen. Ich setze an dieser Stelle mit Frankreich und der Erklärung von 1789 ein, weil an ihr und ihrer Rezeption die Verbindung von Mensch und Staat, auf die es mir ankommt, besonders klar hervortritt.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

geht, zu einem Erklärungsdefizit führt. Dieser Punkt betrifft die für ihn leitende Frage, wie die Gewährung individueller Menschenrechte eine entrechtende Wirkung haben kann. Die Entrechtung der Bürger_innen, die Agamben unter das Syntagma ›nacktes Leben‹ fasst, lässt sich angemessen nur verstehen, wenn zwischen Mensch und Staat das für die Souveränität konstitutive Bindeglied der Nation in den Blick kommt. Der staatliche Entzug individueller Rechte ist darin begründet, dass der Staat einem vagen ›Recht‹ der Nation den Vorrang vor den Rechten der Einzelnen gibt. Dieser Vorrang wird auch in der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* manifest. Darin liegt deren Ambivalenz, die auch Agamben benennt, allerdings nur einseitig in Richtung der Unterwerfung des Menschen ausführt und, wie ich zeigen werde, vor dem Hintergrund seiner Annahmen auch nur einseitig ausführen kann. Wenn hier, darin Arendt und Agamben folgend, die Frage nach der Bedeutung der Menschenrechte für den Nationalstaat im Fokus steht, muss sich diese Frage, gegen Agamben, auf die Rolle der Nation richten. Sie lautet dann: In welcher Weise sind die Menschenrechte für das Kollektiv der Nation bzw. für eine sich auf die Nation stützende staatliche Souveränität konstitutiv?

Die Rechte der Menschen und die Souveränität der Nation: Déclaration des droits de l'homme et du citoyen

Für die französische *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* ist festzuhalten, dass sie historisch wie systematisch auf die französische ›Nation‹ bezogen ist. Der *historische Bezug* ergibt sich zunächst aus der Genese der Erklärung: Sie ist das Produkt der französischen Nationalversammlung und wurde von dieser am 26. August 1789 angenommen, im Zuge der Ereignisse der französischen Revolution. Über letztere heißt es in Robespierres Testament vom 26. Juli 1794: »Die erste Revolution, die auf den Rechten der Menschheit basierte«. (Gauchet 1996, 1180) Der Zusammenhang ist allerdings eher umgekehrt: Die *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* ist nicht das feste Fundament der Revolution, sondern das Produkt ihrer diskontinuierlichen Entwicklungen.[78] Vor der Verabschiedung lagen insgesamt dreißig Entwürfe allein aus den Reihen der Nationalversammlung vor; daneben brachten auch Personen Entwürfe ins Spiel, die wie Condorcet keine Mitglieder der Nationalversammlung waren. Als Diskussionsgrundlage diente schließlich ein Entwurf aus einem der »Büros

78 Zur unmittelbaren Bedingtheit der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* durch den Gang der Revolution vgl. ausführlich Gauchet 1991. In der französischen Originalausgabe ist der grundlegende Zusammenhang zwischen Revolution und Menschenrechten titelgebend: *La Révolution des droits de l'homme* (Gallimard 1989).

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

der Nationalversammlung«, der durch ein Manöver der »Rechten« in den Fokus rückte; die abschließende Überarbeitung, die vom 20. bis zum 26. August stattfand, ließ von diesem Entwurf wiederum wenig übrig. (vgl. ebd., 1185f.) Am 27. August folgte dann ein einstimmiger Beschluss, die weitere Arbeit an der Erklärung zu unterbrechen – zugunsten der dringlicheren Aufgabe, eine Verfassung auszuarbeiten. Obschon die unvollendete Erklärung von 1789 bereits in der Verfassung von 1793 durch eine neue ersetzt wurde, entfaltete sie einen großen Einfluss.

Dieser Einfluss beruht auf ihrem *systematischen Bezug* zur französischen Nation – auf der Weise, in der die Erklärung von 1789 die ›Souveränität der Nation‹ etabliert.[79] Eben diese Verbindung von Menschenrechten und Souveränität der Nation ruft, im Namen des Volkes, noch die derzeit geltende französische Verfassung auf: »Das französische Volk [*peuple*]«, heißt es zu Beginn der Präambel, »verkündet feierlich seine Verbundenheit mit den Menschenrechten und den Grundsätzen der nationalen Souveränität, wie sie in der Erklärung von 1789 niedergelegt wurden«.[80] Das ›Volk‹ spielt auch in der Erklärung von 1789 die entscheidende Rolle. Es verkündet hier nicht nur seine ›Verbundenheit‹ mit Menschenrechten und nationaler Souveränität, sondern ist das sie verbindende Glied. Die Verbindung von Menschenrechten und Souveränität durch das Volk geschieht in den ersten drei Artikeln der Erklärung. Artikel 1 macht die Menschen zu Bürgern, indem er sie als »frei und gleich an Rechten geboren« erklärt. Artikel 2 etabliert die Verbindung zwischen berechtigten Bürgern und politischem Kollektiv, indem er es zum Zweck jeder politischen Vereinigung erklärt, die erklärten Rechte zu erhalten.[81] Artikel 3 macht deutlich, dass die Souveränität der

79 Dass es sich bei der Idee ›natürlicher Rechte‹ und der Idee der ›Souveränität der Nation‹ um die beiden Grundideen der Französischen Revolution handelt, ist relativ unstrittig. Umstritten ist dagegen, in welchem Zusammenhang sie stehen. (vgl. dazu Menke 2011a)

80 »Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789«. Die aktuelle Verfassung gilt seit dem 4. Oktober 1958 und markiert den Beginn der V. Republik. Der Bezug auf die Menschenrechte findet sich freilich auch in der vorangehenden Verfassung von 1946 (IV. Republik). Die angegebene deutsche Übersetzung ist zitiert nach dem Verfassungsrat der Französischen Republik, http://www.conseil-constitutionnel.fr; abgerufen am 23.04.2018.

81 Artikel 2 präzisiert zugleich, um welche Rechte es sich handelt: »Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.« – »Diese Rechte sind die Freiheit, das Eigentum, die Sicherheit und der Widerstand gegen die Unterdrückung.« Nicht ein Recht *auf* Freiheit ist hier genannt, sondern ein Recht *namens* Freiheit. Dass Freiheit *unmittelbar* ein Recht ist, verdeutlicht die Universalität des rechtlichen Anspruchs: Die Freiheit selbst

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

politischen Vereinigung nicht bei einem oder einigen Individuen liegt, sondern beim Volk. Hier, im Volk, ›wohnt‹ die Souveränität – »*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*«. Wo die geltende französische Verfassung für Volk *peuple* schreibt, heißt es in der Erklärung von 1789 *nation*.[82] Der einzelne Mensch, den Artikel 1 zum Bürger macht, tritt im dritten Artikel hinter der Nation zurück. Genau besehen erscheint der Mensch/Mann bereits im ersten Artikel im Plural. Der berechtigte Bürger zählt nicht allein, sondern nur als Mehrzahl, das heißt als Kollektiv der Nation.

In seiner Schrift *Qu'est-ce que le Tiers-état?* hatte Sieyès im Januar 1789 den spezifischen Ort der *nation* bestimmt: »Wo ist die Nation zu suchen? Nun, da, wo sie sich befindet, nämlich in den vierzigtausend Gemeinden, die das ganze Staatsgebiet, alle Einwohner und alle Steuerzahler des Gemeinwesens umfassen; hier ist es doch wohl, wo man die Nation findet.« (Sieyès 2011, 30) Die Nation, so sagt Sieyès, liegt bei den Gemeinden als den Einheiten, welche die Einwohner und Steuerzahler, oder genauer: die Einwohner als Steuerzahler umfassen. Dass die Bürger hier nicht als berechtigte Individuen, sondern als zahlendes Kollektiv in Betracht kommen, ist ein Punkt, dem ich mich später zuwenden werde.

An dieser Stelle interessiert zunächst folgende Frage: Wenn die Erklärung der Menschenrechte historisch (als Produkt der Nationalversammlung) wie systematisch (als Begründung nationaler Souveränität) einen engen Bezug zur französischen Nation aufweist, wie hängen jener historische und dieser systematische Bezug ihrerseits zusammen? Welche Verbindung besteht zwischen der Genese der Erklärung und der in ihr erklärten Souveränität der Nation?

Wenn die Nationalversammlung mit der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* die Souveränität der *nation* zuschreibt, geschieht dies nicht allein in der Absicht, das Volk zu ermächtigen, sondern um sich selbst als verfassungsgebende Gewalt zu legitimieren. (vgl. dazu Gauchet 1996, 1184-1187) Die Nationalversammlung verleiht nicht die Souveränität dem Volk, sondern sie leiht sie vom Volk, um sich selbst zu ermächtigen. Ermächtigung bedeutet dabei, die eigene *potestas* mit *auctoritas* zu versehen, die faktische Macht mit Rechtmäßigkeit auszustatten. Es geht an diesem Punkt weniger darum, dass das ›Volk‹ vor allem den Dritten Stand meint – und dass auch von dem so definierten Volk viele ausgeschlossen werden, die ihm, wie etwa die Frauen, zugehören sollten. Nicht *wer* vom Volk ausgeschlossen bleibt, ist hier thematisch, sondern dass *das Volk* ausgeschlossen bleibt. Im Volk wohnt (*réside*) vielleicht die

hat die Form eines Rechts und braucht nicht erst durch ein Recht formiert zu werden, das in Frankreich oder anderswo erlassen wird.

82 In der auf Mirabeau und Sieyès zurückgehenden Präambel allerdings ist ebenfalls vom *peuple français* die Rede.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Souveränität, aber sie ist hier nicht wirksam. Dass das Volk Träger der Souveränität ist, bedeutet nicht, dass ihm Souveränität übertragen wird, sondern dass es Souveränität überträgt. Denn die Ausübung der Souveränität kommt der Nationalversammlung zu: Die Nationalversammlung beruft sich in der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* auf ein souveränes Volk, um dessen Souveränität an seiner Stelle legitimerweise ausüben zu können. Als Vertretung des Volkes verleiht die Nationalversammlung der Souveränität, über die sie bereits verfügt, Legitimität. Als legitim erscheint dann auch die Verfassung, welche die Nationalversammlung gibt, und der Staat, der auf dieser Verfassung beruht. Die *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 hat, von ihren ersten drei Artikeln her gesehen, den Zweck, diese Legitimität herzustellen. Zu diesem Zweck bildet das als souverän erklärte Volk das Mittel.

Zur Erreichung des Zwecks gehören zwei Schritte: erstens die Verlagerung der Souveränität ins Volk, zweitens die Vertretung des Volkes durch die Nationalversammlung. Dem ersten Schritt dient Artikel 3, der es zum Wesen der Souveränität erklärt, dass sie beim Volk im Sinne des Kollektivsubjekts der Nation liegt: »*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation, nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*« - »Das Prinzip/der Anfang aller Souveränität liegt wesentlich in der Nation/im Volk; keine Körperschaft, kein Individuum kann legitime Gewalt [*autorité*] ausüben, die nicht ausdrücklich von ihr/ihm ausgeht.« [Übers. J.H.] Dabei kann die Souveränität nur in der Nation als den versammelten Bürgern liegen, wenn diese mehr sind als bloß Untertanen. Durch die Erklärung der Rechte werden die Untertanen zu Bürgern ermächtigt: Ermächtigung der Nation durch Berechtigung der Bürger. Allerdings wird die so akkumulierte Souveränität des Bürgervolks zugleich an die Vertreterversammlung, an die *Assemblée nationale* abgegeben. Dieser zweite logische Schritt, die Vertretung des Volks, erfolgt rein assertorisch, durch die schlichte Vertretungs*behauptung* in den ersten Worten der Präambel: »*Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale*«. – »Die Repräsentanten des französischen Volkes, konstituiert als Nationalversammlung«. In der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* erklärt die Nationalversammlung nicht nur die Rechte der Bürger und auf diesem Weg die Souveränität der Nation, sondern sie erklärt auch sich selbst zur Vertretung der Nation und dadurch zum Souverän, dem Träger des *pouvoir constituant*. Durch die Erklärung gibt sich die Nationalversammlung die Legitimität, die französische Verfassung zu geben.

Vor dem Hintergrund einer solchen Lesart der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, sie ist freilich weder die einzig mögliche noch die einzig kritische, lässt sich die Menschenrechtskritik bei Agamben näher erläutern. Denn ihn interessiert gerade der Zusammenhang von Emanzipation und Unterwerfung, den die Erklärung von 1789 etabliert.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Das zugleich ermächtigte und unterworfene ›Subjekt-Objekt‹ der Macht verortet er allerdings vor allem in der Figur des Bürgers und kaum im Kollektiv der Nation. Während Foucault ein Kollektiv, das Kollektiv der Bevölkerung, mit dem Doppelprädikat ›Subjekt-Objekt‹ bezeichnet hatte (vgl. Foucault 2006b, 117 und 398), überträgt Agamben diese Bezeichnung auf das nackte Leben, das als Bürger in den Staat eingeschlossen wird. (vgl. HS, 19) Auf diese Weise tendiert Agamben in seiner Deutung der Erklärung von 1789 auch dazu, das Leben des Bürgers, nicht das der Nation, zum Träger der Souveränität zu machen und die Bedeutung, die der Nation zukommt, zu vernachlässigen. So schreibt Agamben: Dass sich der Untertan (franz. *sujet*) in den Bürger (franz. *citoyen*) verwandelt, bedeute, dass »das natürliche nackte Leben als solches […] zum unmittelbaren Träger der Souveränität wird«. (HS, 137) Zwar benennt Agamben, mit Bezug auf die ersten 3 Artikel der Erklärung von 1789, den Zusammenhang von Nativität, Nation und Staat (vgl. HS, 136f.), doch geht er auf die eigenständige Bedeutung der Nation nicht ein. Aufgrund der Fiktion, »daß die Nativität unmittelbar Nation wird«, könne es zwischen den zwei Begriffen »keinen Abstand« geben. (HS, 137) Der Abstand zwischen Nativität und Nation – zwischen der Geburt der einzelnen Bürger und der Gesamtheit der Bürgerschaft – besteht aber gerade darin, dass nur die Nation und nicht der Bürger souverän ist. Der einzelne Bürger ist nicht ›unmittelbar‹ Nation, sondern nur vermittelt über das Kollektiv.[83] Zunächst muss aber noch deutlicher werden, wie Agamben den unmittelbar politischen Charakter des Bürgers versteht; denn mit dem Hinweis auf die unmittelbare Politizität begründet Agamben seine These der Ununterscheidbarkeit von Bürgern und Geflüchteten, in der seine Kritik der Menschenrechte ihre äußerste Radikalität annimmt.

Bürger und Geflüchtete: Krise einer Differenz

Agambens Projekt geht vom Einzelnen aus, vom *homo sacer* im Singular. Diese Figur bleibt auch dann im Singular, wenn wir, wie Agamben postuliert, heute alle *homines sacri* sind, denn die einschließende

83 Differenzierter beschreibt Agamben den Zusammenhang, ebenfalls mit Bezug auf die ersten drei Artikel der Erklärung von 1789, in seinem Text *Jenseits der Menschenrechte*: »National-Staat [*Stato-nazione*] bedeutet: ein Staat, der aus der Abstammung bzw. der ›Gebürtigkeit‹ [*natività*], der Geburt [*nascita*] (also dem bloßen menschlichen Leben) den Grund seiner Souveränität macht.« (Agamben 2006, 25f., Hervorh. im Original) Die Geburt ist, da auf ihr Bürgerschaft und damit auch die Nation als Menge beruht, der Grund der Souveränität, wobei das Subjekt der Souveränität nicht der Bürger, sondern die Nation ist.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Ausschließung, die den *homo sacer* als das nackte Leben hervorbringt, bedeutet – darin folgt Agamben Arendt – den Verlust menschlicher Beziehungen und hat den Sinn der Vereinzelung. Weil das nackte Leben dadurch entsteht, dass es aus einem Kollektiv ausgeschlossen wird, kommt das Kollektiv selbst kaum in den Blick: Es interessiert der Bürger ›unmittelbar‹ im Verhältnis zum Staat, aber nicht die vermittelnde Bedeutung der Nation. Darin besteht das grundlegende Problem von Agambens Analyse. Denn bleibt der Vorrang außer Betracht, den das Leben der Nation vor dem Leben der Bürger hat, lässt sich auch der Entzug individueller Rechte durch den Staat (die im Namen des Volkes oder der Bevölkerung geschieht), nicht angemessen verstehen. Wie für die Ermächtigung der Nationalversammlung, so ist auch für die Entrechtung der Einzelnen die Nation ein legitimierendes Mittel. Hatte die Nationalversammlung in Anspruch genommen, die *nation* zu vertreten und im Namen ihrer Souveränität eine Verfassung zu geben, so berufen sich heute staatliche Exekutiven im Ausnahmefall darauf, im Namen des »Leben[s] der Nation« (Art. 15 EMRK) vertrags- und verfassungsmäßig garantierte Rechte einzuschränken oder auszusetzen. Für die Ermächtigung staatlicher Macht und die Entrechtung der Individuen bildet die Nation das entscheidende Scharnier.

Dass Agamben das Verhältnis von Bürger und Nation (oder von Individuum und Bevölkerung) kaum adressiert, hat, wie erwähnt, auch zur Folge, dass der Aspekt der Berechtigung und damit die Ambivalenz der französischen Erklärung von 1789 – die Spannung zwischen der Begründung nationaler Souveränität und der Begründung individueller Rechte – nicht in den Blick gelangt. In Agambens Deutung ist der Bürger *unmittelbar* nacktes, entrechtetes Leben. Die politische Qualifizierung seines natürlichen Lebens, die mit der Geburt stattfindet, erfolgt im Modus der Abstraktion von jeder politischen Qualität: Bürger wird der Mensch als *homo sacer*. Die politische Ermächtigung des Menschen, für die der Status des Bürgers (*citoyen*) im Unterschied zum Untertanen (*sujet*) steht, hat dieser Lesart zufolge faktisch nie stattgefunden. Denn die Rechte des Menschen haben hier ohne Weiteres, und nicht bloß vermittelt über die aus *berechtigten* Bürgern konstituierte Nation, die Funktion der Entrechtung. Bei Agamben ist die Ermächtigung durch Rechte, die der Bürger dem Anspruch nach bedeutet, der Logik nach unmöglich. So ist der Bürger, wie Agamben ihn beschreibt, eine paradoxe, keine dialektische Figur. Dialektisch wäre diese Figur, wenn eine tatsächliche Berechtigung in Entrechtung verkehrt würde; wenn berechtigte Bürger_innen hinter der durch ihre Berechtigung konstituierten Nation nicht nur zurücktreten, sondern, wie es in Regimen der Ausnahme geschieht, im Namen der Nation entrechtet werden. Weil Agamben die Differenz zwischen einzelnem Bürger und Kollektiv der Nation nicht hinreichend berücksichtigt, lässt sich bei ihm ein dialektischer Umschlag von einem politisch

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

qualifizierten in ein bloßes Leben nicht denken. Die Konsequenz davon ist, dass in seiner Analyse das nackte Leben den ganzen Raum vereinnahmt und mit dem berechtigenden Aspekt auch die Ambivalenz der Rechte nicht in Betracht kommt. Statt die Rechte der Menschen in ihrer Zweideutigkeit verständlich zu machen, markiert Agamben sie als eindeutig schlecht. Die bei ihm angelegte Kritik der Rechte zielt darauf, sie *in toto* zu verwerfen. Diese radikale Folgerung überzeugt nicht, denn sie ergibt sich aus einer einseitigen Perspektive.

Die einseitige, also nicht-ambivalente Reduktion des Bürgers auf den Aspekt der Entrechtung schlägt sich besonders deutlich darin nieder, dass Agamben die Figur des Bürgers in größte Nähe zur Figur des Geflüchteten bringt: Im Bürger ist der bloße Mensch – das durch den Geflüchteten verkörperte nackte Leben – beschlossen. Agamben zufolge deutet sich die Möglichkeit, dass im Kern des Bürgers das bloße Menschsein steht, auch im Titel der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* an, der sich so verstehen lasse, dass ›Mensch‹ und ›Bürger‹ »ein Hendiadyoin bilden, jene rhetorische Figur, in der der erste Begriff in Wahrheit immer schon im zweiten enthalten ist«. (Agamben 2006, 25; vgl. ebenso HS, 135) Enthält der Bürger den bloßen Menschen, das nackte Leben, das der Geflüchtete ist, hebt sich der zwischen beiden bestehende Gegensatz auf. Die Annäherung von Bürgern und Geflüchteten sieht Agamben nun gerade nicht darin, dass heute dank internationaler Menschenrechtsverträge Geflüchteten Rechte zukommen, die Mitte des 20. Jahrhunderts noch allein den Bürgern vorbehalten waren. Nicht, dass auch Geflüchtete – so wie die Bürger – Rechte haben, sondern dass auch die Bürger – so wie Geflüchtete – entrechtet sind, stellt nach Agamben die Nähe zwischen beiden Seiten her. Für diese Sicht Agambens lassen sich allerdings kaum überzeugende Belege finden. Problematisch erscheint sie mir aus beiden Richtungen: Einerseits wird durch sie der emanzipatorische Gehalt der Rechte und der juristische Status, der mit ihnen einhergeht, übergangen. Andererseits wird die Lage der Geflüchteten relativiert, indem sie im Effekt mit der Rechtslage von Staatsbürger_innen gleichgesetzt wird. Die Sicht Agambens soll zunächst noch etwas näher verdeutlicht werden.

Dabei ist als erstes festzuhalten: Agambens Insistenz auf der Allgegenwart nackten Lebens verbindet sich mit der These, dass die Differenz zwischen Bürger_innen und Geflüchteten instabil ist. In einer historischen Perspektive hatte auch Arendt diese These vertreten und als Beleg die seit dem Ersten Weltkrieg verbreitet aufkommende Praxis angeführt, bereits naturalisierten Bürger_innen die Staatsbürgerschaft abzuerkennen. Grund für den Entzug der Bürgerschaft war die damals erstmals und seither mehrfach wiederkehrende hohe Zahl an Geflüchteten. Die sogenannten »Flüchtlingskrisen« sind vor diesem Hintergrund auch als Krise der Bürgerschaft zu verstehen. Dies natürlich zunächst

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

für die Geflüchteten, denn sie hat ihr Status als Bürger_innen dort, wo sie herkommen, nicht geschützt, und dort, wo sie hinkommen, ist ihnen das Recht auf Bürgerschaft versagt. Doch auch für die Bürger_innen, die noch Bürgerrechte haben und die schon da sind, wenn die Anderen, die Geflüchteten, ankommen, ist die sogenannte »Flüchtlingskrise« eine »Krise des Bürgers«. Nicht deshalb, weil die Bürger überfordert wären angesichts der Differenz und Fremdheit, die ihnen in der Person der Geflüchteten entgegentritt; die »Krise des Bürgers« besteht nicht darin, dass der Unterschied zum Geflüchteten zu groß wäre, sondern dass er zu klein ist. Die »Flüchtlingskrise« ist die »Krise des Bürgers«, weil sie die Krise seiner Unterscheidung vom Geflüchteten ist. Dem Bürger gelingt nicht mehr, sich vom Geflüchteten zu unterscheiden. Nicht etwa deshalb, weil er einsehen würde, dass auch die Geflüchteten Menschen wie er sind, sondern weil deutlich wird, dass auch er ein Mensch wie der Geflüchtete ist.

Die Krise der Bürgerschaft besteht in der Einsicht, dass es sich beim Prinzip des Nationalstaats, wonach der Mensch von Geburt an und damit ›natürlicherweise‹ mit den Rechten des Bürgers ausgestattet ist, um eine Fiktion handelt. Die Figur des Geflüchteten repräsentiert, so versteht es Agamben, den geleugneten Abstand zwischen Geburt und Bürgerschaft, zwischen Nativität und Nationalität: »Wenn in der Ordnung des Nationalstaats der Flüchtling ein so beunruhigendes Element darstellt, dann vor allem, weil er, indem er die Identität zwischen Mensch und Bürger, zwischen Geburt und Nationalität bricht, die Ursprungsfiktion der Souveränität in eine Krise stürzt.« (Agamben 2006, 26) Dass der Mensch mit dem Bürger nicht identisch ist, bedeutet für den letzteren, dass die Bürgerschaft ihn nicht seines (bloßen) Menschseins entledigt, sondern dass ihm der Mensch als sein Anderes, als nacktes Leben, innewohnt. Dass dieses nackte Leben jederzeit hervorbrechen und sich geltend machen kann, ist die Widerlegung der Fiktion der Bürgerschaft und damit deren Krise. Entgegen der Fiktion zeigt sich, so Agamben, dass es kein *natürliches* politisches Leben gibt und dass alles politische Leben *nacktes* Leben ist. Es wird deutlich, dass die Bürgerschaft keinen sicheren Status darstellt, da zwischen Bürger und Geflüchtetem keine feste Differenz besteht. Nach Agamben gibt die Kategorie der Bürgerschaft deshalb Grund zur Beunruhigung, weil ihr die Krise konstitutiv eingeschrieben ist. Diese Krise ist diejenige einer mangelnden Differenz. Dadurch gerät bei Agamben gerade der trennende, ausschließende Charakter, der sich mit nationalstaatlicher Bürgerschaft verbindet, in den Hintergrund.

Auch an diesem Punkt der Analyse wäre daher auf die konstitutive Rolle der Nation deutlicher hinzuweisen, als Agamben es tut. Rückt diese Rolle in den Blick, zeigt sich, dass die nationalstaatliche Fiktion nicht so sehr darin besteht, wie Agamben meint, dass natürliche Geburt und politische Zugehörigkeit, Mensch und Bürger identisch seien,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

sondern darin, dass der Abstand, der zwischen ihnen besteht, durch das Konstrukt der Nation überbrückt – und damit zugleich aufrecht erhalten – werden kann. Der Abstand liegt ja gerade darin offen zutage, dass niemand als Mensch, sondern nur als Angehöriger der Nation Bürger werden kann. Gerade weil ein Abstand den Menschen vom Bürger trennt, ist es möglich, als Bürger sein Menschsein der Nation, die einen zum Bürger macht, zu opfern. Die strengste Bezeichnung dafür ist Chauvinismus. Denn der nachrevolutionäre Nationalismus des Nicolas Chauvin, jenes legendären Soldaten, der in der napoleonischen Armee gekämpft haben soll, realisierte sich darin, sein Leben radikal aufs Spiel zu setzen und seinen Körper durch vielfache Verwundung verstümmeln zu lassen. Aus der Überzeugung, dass die Nation an Wichtigkeit und Größe alles Einzelne übersteigt, folgt der Wille des Einzelnen, sein Leben als Mensch zu lassen, um Ehre als Bürger zu gewinnen. Ganz Bürger, so diese Fiktion, ist nur, wer dient, das heißt den Menschen für den Bürger aufgibt und dadurch der Nation den Preis dafür, dass sie den Menschen mit dem Bürger verbindet, vollständig zurückzahlt. Ganz ähnlich beurteilte auch Schmitt das Recht des Staates, von den Einzelnen den Einsatz ihres Lebens im Krieg zu fordern. (vgl. BdP, 43)

Die Indienstnahme allen Lebens durch das Konstrukt der Nation oder des ›Volkes‹ ist totalitaristisch. In der Menschenrechtskritik Arendts wie Agambens nimmt das Phänomen des Totalitarismus eine zentrale Stellung ein. Diesem Zusammenhang wende ich mich im folgenden Kapitel zu. Das Ziel ist dabei, den Totalitarismus nicht allein vom Nationalismus, sondern zugleich vom Kapitalismus her zu verstehen. Hinsichtlich einer Analyse der Menschenrechte und einer kritischen Betrachtung ihrer Funktionen bedeutet dies eine wichtige Verschiebung: In der Untersuchung der Genese wie der gegenwärtigen Form der Menschenrechte darf es nicht allein und auch nicht in erster Linie darum gehen, die Menschenrechte in ihrem Zusammenhang mit dem Kollektiv der Nation darzustellen. Wichtiger noch ist die Verbindung der Menschenrechte mit dem Kollektiv der Bevölkerung. Das Kollektiv der Bevölkerung kann sich mit dem Kollektiv der Nation zwar weitgehend decken, folgt aber einer anderen Logik. Diese Logik ist für die Frage, wie die Gewährung von Rechten mit der Möglichkeit ihrer Suspension zusammenhängt, das heißt für die leitende Frage dieses Buches, entscheidend.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Konstrukts 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 partikulare 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 Ausnahmeraum 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'

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Parlamentssouveränität 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 vereinzelten 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 »egalisierende 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 beliebig 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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:

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 angebornen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Entrechtung. 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 berechtigte 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Selbstbestimmung[32] 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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«.[36] (Coing 1959, 16) Vor diesem Hintergrund besteht die

Jahrhunderts eine gewisse Ausrichtung am Differenzkonzept des *status* behielt. 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 Klage*handlung*, sondern auch Klage*anspruch*. Allerdings ist diese privatrechtliche Seite hier »stets ein bloßer *Reflex*« der prozessrechtlichen Verfahrensmöglichkeit geblieben. (Kaser und Knütel 2014, § 4, S. 44,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 angebornen 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 – vermittels 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 einschränkbaren 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Rechts*person* 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,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 (menschen)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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 verfahre 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 dienten: 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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 rechtsinternen Kriterien ablaufen, schließt sich das Recht als System und wird dadurch autonom.[51] (vgl. ebd., 137f.) Die Geschlossenheit oder Autonomie[52] 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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 moderne[53] 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 *Einzel*personen 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 Policeyordnungen den obrigkeitlichen Versuch, auf diese Krise stabilisierend einzuwirken. (Schulze 2002, 147)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Rechts*geltung*«. (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 abzublenden, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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: ungerechter[57] – 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.«

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

> »entquickt 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 der Standes- und Innungsmenschen das *Privilegium* war«. (Marx 2006, 369, Hervorh. im Original)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sozialen, wenn wir unter Sozialem 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 Aktoren 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 versöhnlich gegenüberstehen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

> 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 Handlungsserie, 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 intensivierter 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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. vormodernen[69] 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

systematisches Verstehen gemeint. Gemeint ist nicht, dass das moderne Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten in seiner Genese auf das Verhältnis von Policeyordnungen 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 *Handlungscharakter* 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 Policeyordnungen 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 Policeyordnungen, darin liegt der *vierte Aspekt*, besteht daher nicht nur eine Relation des Gegensatzes: Die beschränkenden

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Verordnungen und die befreienden Rechte kommen beide als Mittel staats-rechtlichen 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 Policeyordnungen 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 legislatoria: 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 freisetzten, 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 legislatoria* 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 zusammengenommen, 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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 dichteren 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, im 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 Strafangelegenheiten 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

»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 staatsrechtlicher[80] Strukturen.

Mit der Verrechtlichung geht ein erhöhter Zugriff auf die herrschaftsunterworfene 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,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 dargelegt, 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 juridische 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Menschenrechtserklärungen, 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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 bäuerliche 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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‹.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

die zuweilen direkter auf zeitgenössische Tendenzen reagiert (ebd., 615f. und 619); oder in der Religion, die im Gewissen einen Raum für dissentierende 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.)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Diskussion, in der sich unabweisbare 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. Instruktiv ist dafür der Fall des Augsburger Patriziers und Stadtschreibers Konrad Peutinger, 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. Blickle 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Peutinger 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 steuer-rechtlich 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Verwaltungs*technik* 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, juribus majestatis, et legibus fundamentalibus […] tractatur*, Giessen 1619; hier zitiert nach Schulze 1987, 175.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Policeyordnungen 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 Steuerns 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 *Subjekt*qualität, 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 Gouvernementalität 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 juridischen 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 berechtigte Person. Ein Grund, warum Foucault dies anders sieht, mag darin liegen, dass er die Freiheit, die er im Blick hat, nicht juridisch versteht, sondern sie dem Juridischen, 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 entrechtigend 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, abzubrechen, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 juridische 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 juridische, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Herrschergewalt, sondern an Recht und Gesetz gebunden sei, öffnete sich die Diskussion um Staatsräson, Staatsnotstand und Gefahrenabwehr«. (Lüdtke 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 juridischen 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Recht als Intervention: Der Zusammenhang von Policey und Ökonomie

Gegenüber dem mittelalterlichen Rechtsverständnis bedeuten die Policeyordnungen insofern eine entscheidende Innovation, als in ihnen der Setzungscharakter zum maßgebenden Charakteristikum des als geltend betrachteten Rechts wird. Policeyordnungen 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 Policey »einen markanten Epocheneinschnitt 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 Policeyordnung 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 Kontingenz: 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 Policey in besonders deutlicher Weise aus. Der interventionistische Zug schafft auch die Verbindung zwischen frühneuzeitlicher Policey 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

In der frühneuzeitlichen Policey ist das interventionistische Moment allerdings sichtbar mit der Produktion von positivem Recht verschränkt: »[D]ie Verordnungen, die im Rahmen frühneuzeitlicher Policey 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 Policeyordnungen zeigt sich deutlich diese ordnungs*produzierende* 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 Policeyordnungen 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 Policey‹ 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 Policeyordnungen

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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Policeyordnungen 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 Policeyordnungen von vereinzelten 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 Policeyordnungen gefestigt werden sollte, paradoxerweise zunehmend destabilisierte. Darin zeigt sich eine Dialektik der Policey: 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 Policey nicht nur obrigkeitlich oktroyiert, 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 ausschlösse. 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Sprech*akt* 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 Authoritas 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*

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Verschiebung, 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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 Policey-Recht drückt sich dieser begriffliche Gehalt sehr klar aus. Das heißt auch: Das frühneuzeitliche Policey-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 Gründungsidee, mit der das positive Recht in der Frühen Neuzeit hervortritt. Das frühneuzeitliche Recht funktioniert wie der Ausnahmezustand im Modus der Maßnahme.

Die Gestaltungsabsicht der Policeyordnungen 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 selbständiges Wirtschaften, sondern auch auf das Recht zur Klage zu, mit dem sich die Bürger gegen den Staat wenden können. Wo die Policey ohne rechtlichen Grund in die freie Wirksamkeit der Individuen eingreift, können sie gegen die Policey Klage erheben. (vgl. Schulze 1987, 170) Die Rechte verpflichten die territorialstaatliche Policey 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)

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Die Rechte markieren eine Grenze der Gesetz*gebung*, der Ausnahmezustand eine Grenze der Gesetz*anwendung*. 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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. Wihl 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,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

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 berechtigte – 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 Sekurität 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

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

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.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schluss: Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung

Die Frage, ob für die Menschenrechte nicht nur in ihrer mangelnden Durchsetzung, sondern in ihrer Idee selbst ein Problem liege, haben unterschiedliche Ansätze von Marx über Arendt bis Agamben unter Verweis auf den trennenden Charakter der Menschenrechte beantwortet: Die Idee der Menschenrechte beruhe auf einem Bild des Menschen, das vom konstitutiven Bezug der Menschen zur politischen Gemeinschaft abstrahiert. Insofern sie den Menschen außerhalb der Gemeinschaft verortet, ist die Idee der Menschenrechte abstrakt. Insbesondere Agamben hat darauf Gewicht gelegt, dass dieser Ausschluss der Menschen keinen Abbruch jeder Beziehung der Menschen zur Gemeinschaft bedeute, sondern dass sich der Ausschluss mit einem Einschluss verbinde; die Isolierung des Menschen, die er im Anschluss an Arendt als Verlust politischer Handlungsfähigkeit begreift, sei die Weise, in der die Menschen – durch die Institution der Menschenrechte – in den politischen Bereich eingebunden und ihm so ausgeliefert würden. Dass die Menschenrechte sich nicht einseitig auf eine Trennung der Menschen von der Gemeinschaft hin verstehen lassen, sondern auch die Weise, wie sie die Menschen einbeziehen, in Betracht zu ziehen ist, leuchtet desto mehr ein, als der Bezug auf die politische Gemeinschaft in Menschenrechtserklärungen und -verträgen einen wichtigen Stellenwert einnimmt. Die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 und die beiden an sie anschließenden Verträge, UN-Zivil- und UN-Sozialpakt, referieren im ersten Satz der Präambel auf die Menschen als *members of the human family*, als Angehörige einer Gemeinschaft also, die eben durch die Erklärung der allen zukommenden Rechte als eine *politische* Gemeinschaft erscheint. Agamben zufolge hängen Einschluss und Ausschluss der Menschen allerdings unmittelbar zusammen, denn es ist der Ausschluss, durch den die Menschen in den politischen Bereich eingeschlossen werden. Der politischen Gemeinschaft gehören die Menschen demnach auf eine unpolitische Weise an; dadurch, dass sie von den anderen Menschen isoliert und so von der Gemeinschaft getrennt werden. Die Trennung realisiert sich, indem die Menschen ihrer Fähigkeit zum gemeinsamen Handeln beraubt werden. Weil die Menschenrechte den Menschen in die politische Gemeinschaft dadurch einbinden, dass sie ihn vom politischen Handeln ausschließen, liegt in der Einbindung ein bloßer Einschluss: eine Bestimmung durch Gesetze, an deren Mitbestimmung die Menschen keinen Anteil haben. Die menschenrechtliche Einbindung der Menschen in die politische Gemeinschaft auf solche Weise, das heißt als

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

einschließende Ausschließung zu verstehen, ist jedoch aus drei Gründen nicht überzeugend.

Es führt *erstens* in eine falsche Richtung, Ausschluss und Einschluss – die Trennung der Menschen und ihre Verbindung – derart als unmittelbar zusammenhängend zu verstehen, weil die Menschen, dies wurde im zweiten Teil dieses Buches gezeigt, durch die Rechte nicht unmittelbar als vereinzelte Individuen, sondern vermittelt als ein Kollektiv – das Kollektiv der Nation oder der Bevölkerung – in die politische Institution des Staates eingebunden werden. Dass Agamben die Rolle, die dieses Kollektiv spielt, weitgehend unthematisch lässt, heißt allgemeiner formuliert, dass bei ihm die moderne Differenz von Staat und Gesellschaft keinen Raum hat. Nach Agamben werden die Menschen durch die Rechte unmittelbar – nämlich als durch Rechte vereinzelte – zur bloß physischen Materie des Staates. Angesichts der Insistenz auf dieser Unmittelbarkeit gerät der Mittelcharakter der Rechte außer Betracht. Dieser Mittelcharakter liegt, wie erläutert, in der Rolle, die den Rechten bei der Konstitution der Bevölkerung als einem Mittleren zwischen Staat und Individuen zukommt. Die Regulierung der Einzelnen erfolgt mitunter durch die Regulierung dieses Kollektivs; die Rechte bilden ein Mittel der Regulierung, indem sie ein Mittleres hervorbringen. Sie tun dies in einer Weise, die tatsächlich – und nicht nur, wie es Agamben nahelegt, scheinbar – berechtigend ist: Die Rechte berechtigen den Menschen zu einem freien Handeln. Darin liegt der *zweite* Grund, weshalb die menschenrechtliche Einbindung der Menschen anders als bei Agamben verstanden werden muss: Die Menschenrechte binden die Menschen nicht dadurch in die Gemeinschaft ein, dass sie sie ihrer Handlungsfähigkeit berauben, sondern indem sie sie zu rechtlichem Handeln ermächtigen. Ein Mittel regulierender Herrschaft können die Rechte dadurch werden, dass sie ein aktives, kein passiviertes Kollektiv konstituieren; zur Bevölkerung werden die Individuen durch die Freiheit im Handeln. Dies führt zum *dritten* Grund, den Zusammenhang von Trennung und Verbindung der Menschen anders zu explizieren. Nach der Beschreibung Agambens kann den Menschenrechten kein emanzipatorisches Potential eignen, da dieses ein Vermögen zu politischem Handeln voraussetzt, das die Menschenrechte nach Agamben gerade verunmöglichen. Die Unfähigkeit zu handeln wird dadurch absolut, dass sich ein entrechtendes Gesetz direkt im Leben der Menschen materialisiert. Indem die Menschen auf ihre bloß körperliche Existenz reduziert werden, entfällt nicht nur die Unterscheidung zwischen Staat und Gesellschaft, sondern auch die Differenz zwischen einem Staat bzw. einer politischen Institution auf der einen Seite und den Individuen auf der anderen. Dass sich zwischen Staat und Individuen nicht länger unterscheiden lässt, bezeichnet nach Agamben jene Situation, in welcher der Ausnahmezustand zur Regel, das heißt mit dem Gesetz identisch geworden ist. Weil den Menschen die Instanz ihrer Beherrschung

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

nicht mehr äußerlich gegenüber steht (darin liegt nach Agamben das Ende der Souveränität, das kein Ende der Unterdrückung ist), können sie sich nicht gegen sie erheben. Ihre Handlungsunfähigkeit bedeutet damit auch die Unmöglichkeit politischer Emanzipation.

Anders stellt es sich hingegen dar, wenn gegen diese These der Unmittelbarkeit der Mittelcharakter der Rechte exponiert wird. In der historischen, in die Vorgeschichte der Menschenrechte zurückgehenden Perspektive wurde deutlich, dass in der Frühen Neuzeit den Rechten als Mittel ein ambivalenter Stellenwert zukommt: Rechte ermöglichen Herrschaft dadurch, dass sie Herrschaft *brechen* und Herrschaft *begrenzen*. Gebrochen werden bestehende Herrschaften, jene der intermediären, der ›dazwischen‹ – zwischen Obrigkeit und Untertanen – liegenden Instanzen: der Stände, der lokalen Grundherrschaften, der Kirche. Diese Herrschaften werden gebrochen, indem die Menschen als Rechtspersonen einen gleichen Status, den Status *gleicher* Freiheit erhalten. Mit dieser Gleichheit werden sie durch *eine* Gesetzgebung erreich- und beherrschbar. Die Brechung der Pluralität alter Herrschaften ermöglicht so eine neue Herrschaft im Singular: die souveräne Herrschaft der frühneuzeitlichen Territorialstaaten. Souveräne Herrschaft meint unteilbare Herrschaft, was nichts anderes bedeutet, als dass ihr ›nichts dazwischen‹ kommt. Unteilbarkeit der Souveränität hat daher die Verdrängung der intermediären Instanzen zur Bedingung. Dass diese Verdrängung in der Form des Rechts – durch das Monopol auf eine letzte juristische Entscheidung – erfolgt und sich die neue Souveränität demnach durch ein spezifisch rechtliches Handeln auszeichnet, war der Punkt Schmitts. Bis heute ist das neuzeitliche Recht ›Aktionsrecht‹, ein Recht, durch das gehandelt wird; diesen Aspekt des Handelns im Recht gilt es gegenüber Agambens These festzuhalten. Historisch geht die Ermöglichung der neuen, souveränen Herrschaft mit ihrer *Begrenzung* einher; denn die gleiche *Freiheit* aller markiert Grenzen der Herrschaft durch deren Bindung an die Gesetze. Ein Medium der Herrschaft sind die Rechte im folgenden ambivalenten Sinn: Während sie als Medium der *Herrschaft* das Intermediäre ausschalten und den direkten souveränen Zugang zu den Individuen ermöglichen, stehen sie als *Medium* der Herrschaft zwischen der souveränen Instanz und den Einzelnen, haben so eine den Souverän begrenzende und die Individuen berechtigende Wirkung. In dieser zweiten Mittel-Funktion lassen sich die Rechte emanzipatorisch gegen den Staat wenden und einfordern. Die Berechtigung der Individuen bedeutet ihre Ermächtigung zu einem rechtlichen Handeln, mittels dessen sie sich dem rechtlichen, an Gesetze gebundenen Handeln der staatlichen Instanzen entgegen stellen können.

Diese Wendung gegen die Herrschaft ist Anteil an der Herrschaft – damit aber Unterwanderung einer Herrschaft, die als unteilbar gedacht

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

ist. Hinsichtlich der Idee der Souveränität, zu der wesentlich Unteilbarkeit gehört, hat in diesem Sinn Derrida bemerkt: »anzuerkennen, dass die Souveränität teilbar ist, dass sie sich teilt und aufteilt […], das bedeutet bereits, damit begonnen zu haben, einen reinen Begriff der Souveränität, der die Unteilbarkeit voraussetzt, zu dekonstruieren. Eine teilbare Souveränität ist keine Souveränität mehr, keine Souveränität, die dieses Namens würdig ist, das heißt rein und unbedingt.« (Derrida 2015, 120) Souveräne Herrschaft erscheint so als ein Phänomen, das durch eine konstitutive Selbstunterwanderung bestimmt ist: Die Rechte, die auf der Ebene des Rechts einen direkten und ungeteilten Zugang zu den Einzelnen ermöglichen, haben selbst eine herrschaftsteilende Wirkung. Der Anfang der als unteilbar verstandenen Souveränität ist mit ihrem Ende logisch verknüpft. Grund dafür ist die Ambivalenz der Rechte, welche die ungeteilte Herrschaft nur um den Preis der Teilung ermöglichen. Das lässt sich auch folgendermaßen formulieren: Der Souveränität, die von einer herrschenden Obrigkeit durchgesetzt wird, wohnt eine Tendenz zur Volkssouveränität inne. Denn die Rechte, die alle haben, berechtigen alle, an der Teilung der Herrschaft teilzunehmen. Vom politischen Charakter der Beschwerderechte führt, wie ich skizziert habe, eine Linie zu den politischen Teilnahmerechten, die zu einem aktiven Mitwirken am Gemeinwesen ermächtigen. Die Souveränität hat damit eine, wenn nicht historische, so doch logische, aus ihrer Idee folgende Tendenz, sich in einen Zustand umzusetzen, in dem sich, wie dies besonders von Habermas expliziert wurde, die Adressat_innen von Gesetzen auch als ihre Autor_innen verstehen können. Dass die Rechte als Mittel der Herrschaft dienen, schließt ihr gegenwendiges, emanzipatorisches Potential nicht aus. Es lässt sich durch Rechte Herrschaft nicht nur etablieren, sondern auch spalten, entgegen des *divide et impera* tritt die Logik von *divide imperium*.

Die entscheidende Frage liegt darin, was und in welcher Weise die Rechte teilen und wie sie verbinden. In der voranstehenden Auseinandersetzung mit der Frühen Neuzeit habe ich exponiert, wie eine sich durch Berechtigung vollziehende Teilung der Menschen in gleich freie Rechtspersonen ihrer Verbindung zum Kollektiv der Bevölkerung dienen kann: Die Rechte der Einzelnen haben die Funktion des Mittels zur Schaffung einer Bevölkerung, die sich regulierend beherrschen lässt. Dass die berechtigte Person auf ihre Funktion als Mittel reduziert wird, indem sie allein im Hinblick auf die Regulierung der Bevölkerung in Betracht kommt, widerspricht dem Kriterium, das Kant in der *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten* für den Begriff der Person formuliert hat: Eine Person ist niemals bloß als Mittel zu gebrauchen, da sie aufgrund ihrer Freiheit ein Zweck an sich selbst ist. (vgl. Kant, AA IV, 428) Bezogen auf die Bevölkerung erscheint die Person dagegen gerade *in ihrer Freiheit* als Mittel.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Denn eine regulierbare bzw. sich selbst regulierende Bevölkerung setzt die Freiheit der Menschen als Rechtspersonen voraus. In der Freiheit der Personen liegt die Bedingung des regulierbaren Kollektivs. Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung setzt dort ein, wo die Freiheit der Einzelnen im Namen und zugunsten des durch sie ermöglichten Kollektivs zurückgenommen wird. In diesem Fall erschöpfen sich die Rechte im Charakter des Mittels; die Rechte der Einzelnen werden darauf reduziert, ein Mittel für Anderes zu sein.

Eine solche Situation besteht, wie ich erläutert habe, in zeitgenössischen Ausnahmezuständen. Hier kommen die Rechte allein unter dem Gesichtspunkt der Regulierung eines Kollektivs und damit allein als Mittel in Betracht. Der Ausnahmezustand ist somit nicht das ganz Andere der Rechte – obschon er ihre Aussetzung bedeutet –, sondern die einseitige Verabsolutierung ihres Charakters als Mittel. Ausgeschlossen wird damit ihr anderes, emanzipatorisches Moment, das in der Teilung von Herrschaft besteht. Deutlich wird dies in Ausnahmezuständen daran, dass die herrschaftsteilende Funktion der Rechte, sowohl in Gestalt der zivilen Freiheiten als auch der politischen Partizipation, geschwächt wird. Die Schwächung der Rechte richtet sich nicht nur gegen konkrete Einzelne zugunsten eines abstrakten Kollektivs, sondern auch gegen Gegenkollektive, die zu bilden Rechte ermöglichen; auf die Rechte zu Gewerkschaftsbildung und Streik, die schon Benjamin in seiner *Kritik der Gewalt* thematisiert hatte, bin ich oben eingegangen (Kapitel 3.1). An dieser Stelle kommt es darauf an, dass sich die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung, und damit die Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten, daran entscheidet, zu welcher Teilung und zu welcher Verbindung die Rechte das Mittel bilden. Gegen eine Politik der Rechte, wie sie im Ausnahmezustand zur Geltung kommt, ist eine andere Teilung und eine andere Verbindung, das heißt ein anderer *Zusammenhang* von Teilung und Verbindung vorzubringen.

Kommen die Menschenrechte allein als Mittel in Betracht, liegt der folgende Zusammenhang vor: Durch die Berechtigung als freie Rechtspersonen werden die Einzelnen aus bestehenden Abhängigkeiten und sozialen Bindungen gelöst und zugleich zum Element eines neuen Ganzen, der Bevölkerung eines Staates. Das Konzept der Rechtsperson wirkt trennend und verbindend im selben Zug; die Rechte verbinden in der Weise und in dem Maß, wie sie trennen. Durch die Rechtsperson und das heißt durch die Rechte erhält der ›Staat‹ die ›Gesellschaft‹, als *materia reipublicae*, zum Komplement. Der Ausnahmezustand ist dadurch gekennzeichnet, dass in ihm die Bevölkerung ganz zum Objekt staatlicher Regulierung und die Rechte zum Mittel gemacht werden. Die bezweckte Erhaltung der ›freiheitlichen demokratischen Grundordnung‹ erfolgt im Modus der Sicherung der Bevölkerung und so mithin unter Aussetzung grundrechtlich geschützter Menschenrechte, die das erklärte Fundament

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

dieser Ordnung bilden. Die Rechte verlieren hier ihre Kraft, die Gleichheit und Freiheit *aller* Einzelnen zu garantieren. Jene, die als Abweichung von der erstrebten Homogenität der Bevölkerung erscheinen, werden tendenziell in ihren gleichen Rechten beschränkt und dadurch ihres Status als Gleiche faktisch beraubt; im Ausnahmezustand erfolgt zugunsten der Homogenität des Kollektivs eine Teilung der Gleichheit.

Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung erfolgt als Umschlag vom Individuellen zum Kollektiven, von dem Besonderen zu einem Allgemeinen. Dies zeigt sich auf der Seite der Rechte, wenn nicht ihr Zweck – die Rechtsposition der *Individuen* – tragend ist, sondern sie als Mittel – zur Regulierung eines *Kollektivs* – in Betracht kommen. Es zeigt sich aber auch auf der Seite des Ausnahmezustands, dessen Instrument die besondere Maßnahme anstelle des allgemeinen Gesetzes ist. Das Kriterium der Besonderheit lässt sich dabei bereits aus dem Begriff der Maßnahme analytisch ableiten. Es handelt sich nicht um die Anwendung eines Standards, sondern um ein Maß-Nehmen. Es ist zunächst das Heterogene, an dem Maß genommen wird: Gemessen wird an der Besonderheit einer außerordentlichen Situation. Der Umschlag erfolgt, wenn nicht mehr der besonders individuelle, absolut heterogene Fall den Maßstab staatlichen Handelns abgibt, sondern die Maßnahmen sich an einem Kollektiv orientieren, für das – wie bei der Bevölkerung – Homogenität den konstitutiven Faktor darstellt. In diesem Umschlag verliert der Ausnahmezustand seinen reaktiven Charakter. Statt auf das Eintreten einer besonderen Situation nach jeweiliger Lage der Sache zu reagieren, eignet den auf das Kollektiv der Bevölkerung gerichteten Maßnahmen ein präventiver und präemptiver Zug. Sie sind präventiv, indem sie der Situation *zuvorkommen* und diese ausschließen wollen; und sie sind präemptiv, indem sie die Eingriffe, die bei Eintritt der Situation geboten sein könnten, schon *vorwegnehmen* und Menschen aus dem Schutzbereich der Rechte ausnehmen. Dies gilt besonders, wenn wie im Fall Frankreichs oder der Türkei Elemente des Ausnahmerechts nach Beendigung des Ausnahmezustands in den rechtlichen Normalzustand integriert werden; es trifft aber ebenso zu, wenn Ausnahmezustände, die infolge eines spezifischen Anschlags oder Aufstands erklärt wurden, weit über das konkrete Ereignis hinaus verlängert werden. Der präventiv-präemptive Zug entzieht der Maßnahme den individuellen, am konkreten Fall orientierten Charakter. Die Maßnahmen sind dann durch eine ›schlechte‹ Allgemeinheit gekennzeichnet: nicht die Allgemeinheit der Gesetze, vor denen alle gleich sind, und die darum *universell* ist, sondern die Allgemeinheit des *generellen* Verdachts, der sich nicht auf begründete Fälle, das heißt auf Einzelne, beschränkt, aber auch nicht alle gleich trifft, sondern bestimmte Gruppen, partikulare Kollektive, mehr als die ›Allgemeinheit‹ der Bürger_innen. Von der Homogenität der Bevölkerung werden diese Kollektive unterschieden und getrennt, indem in ihre Rechte (stärker) eingegriffen wird.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Darin besteht die Teilung der Gleichheit. Insofern aus dem Ausnahmezustand eine Teilung der Gleichheit folgt, ist der beschriebene Zusammenhang von Teilung und Verbindung dialektisch. Aus den bestehenden Verbindungen werden die Menschen durch die Gleichheit der Rechte gelöst – darin besteht die Teilung – und konstituieren als gleiche Individuen die Bevölkerung bzw. im entstehenden Nationalstaat die Nation – darin besteht die Verbindung. Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung entfaltet sich, indem die Verbindung, die durch Gleichheit hergestellt ist, in Ungleichheit, in die Teilung der Gleichheit mündet.

Es scheint zunächst auf der Hand zu liegen, wie der Zusammenhang von Teilung und Verbindung anders zu denken wäre, um der Dialektik zu entgehen. Damit sich die Weise ändern kann, in der Gleichheit verbindet, muss anders werden, wie sie teilt: Das »Teilen« durch Rechte darf nicht allein den Sinn von *dividere*, eines Trennens und Scheidens haben, sondern muss ebenso *participare* bedeuten, das auch Teil-Haben und Teilnehmen-Lassen meint. Die Weise, in der Rechte teilen, *ist* dann die Weise, in der sie verbinden. Das hieße: Der Dialektik von Berechtigung und Entrechtung, der Reduktion der Rechte auf ihren Charakter als *Mittel*, würde begegnet, indem der Zusammenhang von Teilung und Verbindung wiederum, aber anders als bei Agamben, als *unmittelbar* aufgefasst würde: als unmittelbarer Zusammenhang von Trennung und Teilnahme. Mit dem Gedanken der Berechtigung ist jener der Trennung unweigerlich verbunden, denn es geht bei den Menschenrechten als *subjektiven* Rechten um die gleiche Berechtigung aller *als* Einzelner; ein unmittelbarer Zusammenhang von Teilung und Verbindung würde allerdings bedeuten, das Subjektive der Rechte so zu verstehen, dass es in sich selbst den Bezug und die Befähigung zur Vergemeinschaftung enthält. Dieser Gedanke ist nicht neu, in Arendts Konzept eines ›Rechts auf Rechte‹ etwa ist er präzis formuliert: Als ein Recht aller *Einzelnen* auf *politische* Mitgliedschaft postuliert dieses ›einzige Menschenrecht‹, dass das je Eigene des Menschen eben nicht *bloß* subjektiv ist, sondern einen genuin politischen Gehalt hat. Liegt so das vergemeinschaftende Moment unmittelbar im trennenden selbst, ist weder eine Trennung ohne Gemeinschaft, ein absoluter Ausschluss, noch eine Gemeinschaft ohne Trennung, ein absoluter Einschluss, möglich. Sowohl der Ausschluss als auch der Einschluss ist gleichbedeutend mit der Unfähigkeit zu politischem Handeln. Wird dagegen das je Eigene der Rechte, die Rechtsperson selbst, als politisch verstanden, kann sich die durch Berechtigung erfolgende Einbindung ins Kollektiv nicht jenseits der Möglichkeit von Mitbestimmung und damit nicht totalitär vollziehen. Über Arendt hinaus lässt sich damit zugleich die Möglichkeit einer Gegen-Kollektivierung denken, die notwendig auf der Bedingung von Rechten beruht. Gerade insofern das vergemeinschaftende Moment der Rechte an das Trennende, je Eigene geknüpft bleibt,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

konzentriert es sich nicht ausschließlich auf die Konstitution eines Kollektivs im Sinne einer ›politischen Einheit‹. Von dieser Einheit lässt sich die Vergemeinschaftung trennen: in Gestalt politisch organisierter Zivilgesellschaft(en) im Unterschied und unter Umständen im Gegensatz zur staatlich institutionalisierten Politik. Ich habe erläutert, dass staatliches Ausnahmehandeln regelmäßig darauf zielt, zivilgesellschaftliche Organisationen, Vereinigungen und Versammlungen zu unterbrechen und zu verbieten; in Ausnahmezuständen werden die Rechte zu zivilgesellschaftlichen Aktivitäten eingeschränkt und insbesondere die Rechte jener angetastet, deren politisches Handeln sich auf die Ermöglichung und Verwirklichung solcher Aktivitäten richtet. In einer solchen Politik der Rechte werden diese zum Mittel, die heterogene Zivilgesellschaft zugunsten der Homogenität der Staatsbevölkerung in ihrer politischen Handlungsmacht zu beschneiden. Die Berechtigung als einen *unmittelbaren* Zusammenhang von Teilung und Verbindung zu begreifen, hieße dagegen, die Vergemeinschaftung in (Gegen-)Kollektiven der Unterwerfung unter das Kollektiv der politischen Einheit zu entziehen.

Gelingt all dies und realisiert sich die Berechtigung der Personen in unmittelbarer Einheit von Teilung und Verbindung, hat sich die Problematik allerdings nicht erledigt. Denn Kollektive sind nicht schon dadurch gut und wünschenswert, dass sie nicht im Kollektiv der Bevölkerung aufgehen und Gegenkräfte zu einer staatlich gefassten politischen Einheit darstellen. Die Forderung nach Ausschluss und Maßnahmen der Sicherheit, welche die demokratische Teilnahme und Kontrolle verengen, kann auch aus zivilgesellschaftlichen Gruppen und Bewegungen stammen, welche die gleichen Rechte und Freiheiten, insbesondere die Freiheit der Meinung und der Versammlung, wiederum als Mittel nutzen, um Andere aus der Gemeinschaft und damit von der Gleichheit auszuschließen. Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung lässt sich intern, auf der Ebene der Rechte, nicht einmalig durch eine Deaktivierung beheben. Das bedeutet nicht, dass eine Auffassung und Umsetzung der Rechte, die den Zusammenhang von Teilung und Verbindung als unmittelbar und somit den subjektiven und politischen Gehalt als Einheit (statt als wie auch immer zusammenhängende Typen von Rechten) versteht, nicht notwendig wäre; denn gegenüber der trennenden Teilung der Gleichheit gilt es verbindende Teilungen der Herrschaft jederzeit in Stellung zu bringen. Es bedeutet allerdings, dass diese Auffassung und Umsetzung nicht in die Menschenrechte selbst eingeschrieben werden kann, sich nicht als solche kodifizieren lässt, sondern nur politisch zu gewinnen und zu verteidigen ist. Schließlich gehört es zur Dialektik von Berechtigung und Entrechtung, dass auch das Postulat, die Rechte nicht zum Mittel zu machen, sich als Mittel einsetzen lässt.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Dank

Das vorliegende Buch basiert auf meiner Dissertation, die ich im Oktober 2016 am Institut für Philosophie der Goethe-Universität Frankfurt am Main eingereicht und deren Text ich für die Veröffentlichung überarbeitet habe. Besonders danke ich Christoph Menke, der die Arbeit nicht nur betreut, kommentiert und gefördert, sondern meinen Blick an vielen Stellen auf die Punkte gelenkt hat, auf die es ankam und an denen es weiterging. Axel Honneth danke ich für wichtige Gespräche in Frankfurt und New York sowie besonders für die Übernahme des Zweitgutachtens. Für die Erstellung des wichtige Anregungen enthaltenden Drittgutachtens danke ich Daniel Loick.

Dem Exzellenzcluster »Die Herausbildung normativer Ordnungen« danke ich für die Aufnahme als Stipendiat in sein Internationales Graduiertenprogramm, das meiner Arbeit ein ideales Umfeld bot, sowie für die Gewährung eines großzügigen Druckkostenzuschusses. Der Janggen-Pöhn-Stiftung (St. Gallen) danke ich für das Stipendium für einen Auslandsaufenthalt an der Columbia University in New York. Dem Pro-PostDoc-Programm des Forschungszentrums Historische Geisteswissenschaften an der Goethe-Universität Frankfurt danke ich für einen weiteren Druckkostenzuschuss. Für die Aufnahme in sein Programm danke ich dem Verlag Velbrück Wissenschaft und Thomas Gude für das Lektorat und seine Geduld.

Neben meinen Ko-Stipendiat_innen im Graduiertenprogramm des Exzellenzclusters danke ich besonders den Teilnehmenden des Lehrstuhl-Kolloquiums von Christoph Menke, das für mich ein entscheidender Diskussionszusammenhang war und zur Entwicklung meiner Thesen wesentlich beitrug. Für ihre rechtstheoretischen Impulse, ihre Unterstützung sowie die lehrreichen Kolloquien, Vorlesungen und Workshops bedanke ich mich bei Klaus Günther, Stefan Kadelbach und Thomas Vesting. Für seine juristische Expertise danke ich zudem besonders Andreas Fischer-Lescano, dessen Anmerkungen und Hinweise den Stellenwert eines weiteren Gutachtens einnahmen. Karin Loevy danke ich für die regelmäßigen Treffen an der New York University und das gemeinsame Nachdenken über Recht, Ausnahme und Literatur. Für seine Einladung und die Betreuung an der Columbia University danke ich Fred Neuhouser. Sam Weber und vor allem Alessia Ricciardi danke ich für ihre Gastfreundschaft und die vielen hilfreichen Kommentare, die ich während meines Besuchs in Chicago erhalten habe. Für seine historischen Hinweise zur Frage der Ausnahme im politischen und rechtlichen Kontext Roms danke ich Hartmut Leppin.

Für ihre mannigfaltige Unterstützung in und neben dem Text danke ich Oliver Brokel, Ronan Kaczynski, Victor Kempf, Thomas Khurana,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sonja Kleinod, Kolja Möller, Jan Müller, Esther Neuhann, Francesca Raimondi, Dirk Setton, Benedict Vischer und Louise Zbiranski. Mein größter Dank für ihre Unterstützung gilt Katharina Hoppe, die das Schreiben doppelt – zuerst für die Dissertation, dann für das Buch – begleitet, alle Kapitel mehrfach kritisiert und bereichert, zuweilen mit Vorteil in neue Richtungen gewandt und sowohl im Detail wie in den großen Zügen entscheidend beigetragen hat; in aller Hinsicht hat sie den Unterschied gemacht. Für ihre andauernde und unbedingte Unterstützung und Begleitung danke ich schließlich meinen Eltern Elisabeth Heller-Alexandrow und Jürg Heller.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Siglen

Carl Schmitt

BdP	*Der Begriff des Politischen. Text von 1932 mit einem Vorwort und drei Corollarien*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009.
D	*Die Diktatur. Von den Anfängen des modernen Souveränitätsgedankens bis zum proletarischen Klassenkampf*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006 (erstmals ersch. 1921).
Lev	*Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols*, Stuttgart: Klett-Cotta 2003 (erstmals ersch. 1938).
LuL	*Legalität und Legitimität*, Berlin: Duncker & Humblot, 2005 (erstmals ersch. 1932).
NdE	*Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum*, Berlin: Duncker & Humblot, 1997 (erstmals ersch. 1950).
Parl	*Die geistesgeschichtliche Lage des heutigen Parlamentarismus*, Berlin: Duncker & Humblot 2010, Nachdruck der 1926 ersch. 2. Aufl. (erstmals ersch. 1923).
PT	*Politische Theologie. Vier Kapitel zur Lehre von der Souveränität*, Berlin: Duncker & Humblot, 2009 (erstmals ersch. 1922).
PT II	*Politische Theologie II. Die Legende von der Erledigung jeder Politischen Theologie*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006 (erstmals ersch. 1970).
ÜdA	*Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens*, Berlin: Duncker & Humblot, 2006 (erstmals ersch. 1934).
VL	*Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 2010 (erstmals ersch. 1928).

Giorgio Agamben

AZ	*Ausnahmezustand (Homo sacer II.1)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2004.
HS	*Homo sacer. Die souveräne Macht und das nackte Leben*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2002.
WvAb	*Was von Auschwitz bleibt. Das Archiv und der Zeuge (Homo sacer III)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 2003.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Literatur

Agamben, Giorgio (2003a): *Das Offene. Der Mensch und das Tier*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Agamben, Giorgio (2003b): *Was von Auschwitz bleibt. Das Archiv und der Zeuge (Homo sacer III)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Agamben, Giorgio (2005): *Homo sacer. Il potere sovrano e la nuda vita*, Turin: Einaudi.

Agamben, Giorgio (2006): *Mittel ohne Zweck. Noten zur Politik*, Zürich/Berlin: diaphanes.

Agamben, Giorgio (2008): *Stato di eccezione (Homo sacer II.1)*, Turin: Bollati Boringhieri.

Agamben, Giorgio (2009): *Signatura rerum. Zur Methode*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Agamben, Giorgio (2012a): *Die Zeit, die bleibt. Ein Kommentar zum Römerbrief*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Agamben, Giorgio (2012b): *Höchste Armut. Ordensregeln und Lebensform (Homo sacer IV.1)*, Frankfurt am Main: Fischer.

Agamben, Giorgio (2014): »What is a destituent power?«, *Environment and Planning D: Society and Space* 32(1), 65–74.

Agamben, Giorgio (2016): *The Use of Bodies (Homo sacer IV.2)*, Stanford: Stanford University Press.

Alexy, Robert (1994): *Theorie der Grundrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Arendt, Hannah (1949): »Es gibt nur ein einziges Menschenrecht«, *Die Wandlung. Eine Monatsschrift* 4(6), 754–770.

Arendt, Hannah (1981): *Vita activa oder Vom tätigen Leben* (1958 auf Englisch), München/Zürich: Piper.

Arendt, Hannah (1986): »Wir Flüchtlinge (1943)«, in: Marie Luise Knott (Hg.), *Hannah Arendt. Zur Zeit – Politische Essays*, Berlin: Rotbuch Verlag, 7–21.

Arendt, Hannah (2009): *Macht und Gewalt* (1970), München/Zürich: Piper.

Arendt, Hannah (2011a): *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft. Antisemitismus, Imperialismus, totale Herrschaft* (1951 auf Englisch), München/Zürich: Piper.

Arendt, Hannah (2011b): *Über die Revolution* (1963 auf Englisch), München/Zürich: Piper.

Bachmann, Ingeborg (1975): *Der gute Gott von Manhattan. Hörspiel*, Reclam: Stuttgart.

Balibar, Étienne (1993): »Was ist eine Politik der Menschenrechte?«, in: Étienne Balibar (Hg.), *Die Grenzen der Demokratie*, Hamburg: Argument-Verlag, 195–220.

Balibar, Étienne (2003): *Sind wir Bürger Europas? Politische Integration, soziale Ausgrenzung und die Zukunft des Nationalen*, Hamburg: Hamburger Edition.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Balke, Friedrich (2008): »Beyond the Line: Carl Schmitt und der Ausnahmezustand«, *Philosophische Rundschau* 55(4), 273–306.

Bauer, Clemens (1954): »Conrad Peutingers Gutachten zur Monopolfrage. Eine Untersuchung zur Wandlung der Wirtschaftsanschauungen im Zeitalter der Reformation, 2. Teil«, *Archiv für Reformationsgeschichte* 45(2), 145–196.

Behrends, Okko (1998): »Der römische Weg zur Subjektivität: Vom Siedlungsgenossen zu Person und Persönlichkeit«, in: Fetz, Reto Luzius; Hagenbüchle, Roland; Schulz, Peter (Hg.), *Geschichte und Vorgeschichte der modernen Subjektivität, Bd. 1*, Berlin/New York: de Gruyter, 204–254.

Benhabib, Seyla (1992): *Kritik, Norm und Utopie. Die normativen Grundlagen der Kritischen Theorie*, Frankfurt am Main: Fischer.

Benhabib, Seyla (2008): *Die Rechte der Anderen. Ausländer, Migranten, Bürger*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Benjamin, Walter (1955): *Einbahnstraße*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Benjamin, Walter (1977): »Zur Kritik der Gewalt (1921)«, in: ders., *Gesammelte Schriften, Bd. II.1*, hg. von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 179–203.

Benjamin, Walter (1978): *Ursprung des deutschen Trauerspiels* (verfasst 1925), Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Benjamin, Walter (1982): *Das Passagen-Werk, Gesammelte Schriften Bd. V.1*, hg. von Rolf Tiedemann und Hermann Schweppenhäuser, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Benjamin, Walter; Scholem, Gershom (1980): *Briefwechsel 1933–1940*, hg. von Gershom Scholem, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Blickle, Peter (1980): »Auf dem Weg zu einem Modell der bäuerlichen Rebellion - Zusammenfassung«, in: Blickle, Peter; Bierbrauer, Peter; Blickle, Renate; Ulbrich, Claudia (Hg.), *Aufruhr und Empörung? Studien zum bäuerlichen Widerstand im Alten Reich*, München: C. H. Beck, 298–308.

Blickle, Peter (2003): *Von der Leibeigenschaft zu den Menschenrechten. Eine Geschichte der Freiheit in Deutschland*, München: C. H. Beck.

Blickle, Renate (1988): »Nahrung und Eigentum als Kategorien in der ständischen Gesellschaft«, in: Winfried Schulze (Hg.), *Ständische Gesellschaft und soziale Mobilität*, München: Oldenbourg, 73–93.

Blumenberg, Hans; Schmitt, Carl (2007): *Briefwechsel 1971–1978 und weitere Materialien*, hg. und mit einem Nachwort von Alexander Schmitz und Marcel Lepper, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Bobbio, Norberto (1998): *Das Zeitalter der Menschenrechte. Ist Toleranz durchsetzbar?*, Berlin: Wagenbach.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1978): »Der verdrängte Ausnahmezustand. Zum Handeln der Staatsgewalt in außergewöhnlichen Lagen«, *Neue Juristische Wochenschrift* 31/2(38), 1881–1890.

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (1985): »Politische Theorie und Politische Theologie«, in: Jacob Taubes (Hg.), *Der Fürst dieser Welt. Carl Schmitt und die Folgen*, München/Paderborn/Wien/Zürich: Wilhelm Fink/Ferdinand Schöningh, 16–25.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Böckenförde, Ernst-Wolfgang (2006): *Recht, Staat, Freiheit. Studien zur Rechtsphilosophie, Staatstheorie und Verfassungsgeschichte,* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Bodin, Jean (1981): *Sechs Bücher über den Staat (1576). Buch I–III*, übers. und mit Anmerkungen versehen von Bernd Wimmer, hg. von P. C. Mayer-Tasch, München: C. H. Beck.

Boltanski, Luc; Chiapello, Ève (2006): *Der neue Geist des Kapitalismus*, Konstanz: UVK Verlagsgesellschaft.

Borkenau, Franz (1971): *Der Übergang vom feudalen zum bürgerlichen Weltbild. Studien zur Geschichte der Philosophie der Manufakturperiode*, unveränd. reprograf. Nachdruck der Ausg. Paris 1934, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Brecht, Bertolt (1955): *Die Maßnahme*, in: ders., *Stücke IV*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 255–307.

Brecht, Bertolt (1967a): *Der kaukasische Kreidekreis*, in: ders., *Gesammelte Werke 5, Stücke V*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Brecht, Bertolt (1967b): »Flüchtlingsgespräche«, in: ders., *Gesammelte Werke 14, Prosa IV*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1381–1515.

Brunkhorst, Hauke (1999): »Menschenrechte und Souveränität – ein Dilemma?«, in: Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 157–175.

Brunkhorst, Hauke (2000): *Einführung in die Geschichte politischer Ideen*, München: Wilhelm Fink.

Buckel, Sonja (2007): *Subjektivierung und Kohäsion. Zur Rekonstruktion einer materialistischen Theorie des Rechts*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.

Buergenthal, Thomas (1981): »To Respect and to Ensure: State Obligations and Permissible Derogations«, in: Louis Henkin (Hg.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 72–91.

Bund, Elmar (1972): »Potestas«, in: Ziegler, Konrat; Ziegler, Walther (Hg.) *Der kleine Pauly. Lexikon der Antike auf der Grundlage von Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, 4. Bd.* München: Alfred Druckenmüller.

Burke-White, William W.; von Staden, Andreas (2008): »Investment Protection in Extraordinary Times: The Interpretation and Application of Non-Precluded Measures Provisions in Bilateral Investment Treaties«, *Virginia Journal of International Law* 48(2), 307–410.

Butler, Judith (2005): *Gefährdetes Leben. Politische Essays*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Butler, Judith (2010): *Raster des Krieges. Warum wir nicht jedes Leid beklagen*, Frankfurt am Main/New York: Campus.

Calliess, Christian; Ruffert, Matthias (Hg.) (2016): *EUV/AEUV – Das Verfassungsrecht der Europäischen Union mit Europäischer Grundrechtecharta. Kommentar*, 5. Aufl., München: C. H. Beck.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Coing, Helmut (1950): »Der Rechtsbegriff der menschlichen Person und die Theorie der Menschenrechte«, in: Ernst Wolff (Hg.), *Beiträge zur Rechtsforschung*, Berlin/Tübingen: de Gruyter/Mohr, 191–205.
Coing, Helmut (1959): »Zur Geschichte des Begriffs ›subjektives Recht‹«, in: Coing, Helmut; Lawson, Frederick H.; Grönfors, Kurt (Hg.), *Das subjektive Recht und der Rechtsschutz der Persönlichkeit*, Frankfurt am Main/Berlin: Alfred Metzner, 7–23.
Coing, Helmut (1985): *Europäisches Privatrecht, Bd. 1, Älteres Gemeines Recht (1500–1800)*, München: C. H. Beck.
Cole, David (2003): *Enemy Aliens: Double Standards and Constitutional Freedoms in the War on Terrorism*, New York: The New Press.
Colliot-Thélène, Catherine (2011): *Demokratie ohne Volk*, Hamburg: Hamburger Edition.
Damm, Reinhard (2002): »Personenrecht. Klassik und Moderne der Rechtsperson«, *Archiv für die civilistische Praxis* 202(4/5), 841–879.
Davy, Ulrike (2011): »Welche rechtlichen Grundregeln müssen für einen wirksamen Menschenrechtsschutz gelten? Bedeutung gerichtlicher und außergerichtlicher Schutzverfahren«, in: Christoph Gusy (Hg.), *Grundrechtsmonitoring. Chancen und Grenzen außergerichtlichen Menschenrechtsschutzes*, Baden-Baden: Nomos, 238–264.
Derrida, Jacques (1991): *Gesetzeskraft. Der »mystische Grund der Autorität«,* Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Derrida, Jacques (2002): *Politik der Freundschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Derrida, Jacques (2015): *Das Tier und der Souverän I. Seminar 2001–2002*, Wien: Passagen Verlag.
Deuber-Mankowsky, Astrid (2002): »Homo sacer, das bloße Leben und das Lager. Anmerkungen zu einem erneuten Versuch einer Kritik der Gewalt«, *Die Philosophin. Forum für feministische Theorie und Philosophie* (25/1), 95–114.
Dhawan, Nikita (Hg.), (2014): *Decolonizing Enlightenment. Transnational Justice, Human Rights and Democracy in a Postcolonial World*, Opladen/Berlin/Toronto: Barbara Budrich.
Donellus, Hugo (1589): *Commentarii de iure civili, Bd. 1*, Frankfurt am Main.
Fauth, Lea (2018): »Frankreich: Der Ausnahmezustand als Regelfall«, *Blätter für deutsche und internationale Politik* (1), 9–12.
Fetscher, Iring (1991): »Einleitung«, in: Thomas Hobbes, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, IX–LXVI.
Finlayson, James Gordon (2010): »›Bare Life‹ and Politics in Agamben's Reading of Aristotle«, *The Review of Politics* 72(1), 97–126.
Fischer-Lescano, Andreas (2008): »Kritik der praktischen Konkordanz«, *Kritische Justiz* 41(2), 166–177.
Fischer-Lescano, Andreas; Möller, Kolja (2016): »The Struggle for Transnational Social Rights«, in: Fischer-Lescano, Andreas; Möller, Kolja (Hg.), *Transnationalisation of Social Rights*, Cambridge/Antwerp/Portland: Intersentia, 11–47.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Forst, Rainer (2013): »Zum Begriff eines Rechtfertigungsnarrativs«, in: Andreas Fahrmeir (Hg.), *Rechtfertigungsnarrative. Zur Begründung normativer Ordnung durch Erzählungen*, Frankfurt/New York: Campus, 11–28.

Förster, Annette; Lemke, Matthias (2016): »Die Legitimation von Ausnahmezuständen. Eine Analyse zeitübergreifender Legitimationsmuster am Beispiel der USA«, in: Lemke, Matthias; Schwarz, Oliver; Stark, Toralf; Weissenbach, Kristina (Hg.), *Legitimitätspraxis. Politikwissenschaftliche und soziologische Perspektiven*, Wiesbaden: Springer VS, 13–37.

Foucault, Michel (1974): *Die Ordnung der Dinge. Eine Archäologie der Humanwissenschaften*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Foucault, Michel (1999): *In Verteidigung der Gesellschaft. Vorlesungen am Collège de France (1975–76)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Foucault, Michel (2002): *Die Wahrheit und die juristischen Formen,* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Foucault, Michel (2006a): *Die Geburt der Biopolitik. Geschichte der Gouvernementalität II, Vorlesungen am Collège de France 1978–1979*, Frankfurt am Main.

Foucault, Michel (2006b): *Sicherheit, Territorium, Bevölkerung. Geschichte der Gouvernementalität I, Vorlesungen am Collège de France 1977–1978*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Foucault, Michel (2012): *Der Wille zum Wissen. Sexualität und Wahrheit I,* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Fraenkel, Ernst (1984): *Der Doppelstaat. Recht und Justiz im »Dritten Reich« (zuerst englisch 1940)*, Frankfurt am Main: Fischer.

Frankenberg, Günter (2010): *Staatstechnik. Perspektiven auf Rechtsstaat und Ausnahmezustand*, Berlin: Suhrkamp.

Frankenberg, Günter (2017): »Im Ausnahmezustand«, *Kritische Justiz* 50(1), 3–18.

Franzki, Hannah; Horst, Johan (2016): »On the critical potential of law – and its limits: Double fragmentation of law in Chevron v. Ecuador«, in: Markard, Nora; Blome, Kerstin; Franzki, Hannah; Fischer-Lescano, Andreas; Oeter, Stefan (Hg.), *Contested Regime Collisions*, Cambridge: Cambridge University Press, 347–371.

Gauchet, Marcel (1991): *Die Erklärung der Menschenrechte. Die Debatte um die bürgerlichen Freiheiten 1789,* Reinbek bei Hamburg: Rowohlt.

Gauchet, Marcel (1996): »Menschenrechte«, in: Furet, François; Ozouf, Mona (Hg.), *Kritisches Wörterbuch der Französischen Revolution, Bd. II: Institutionen und Neuerungen, Ideen, Deutungen und Darstellungen*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1180–1198.

Geulen, Eva (2009): *Giorgio Agamben zur Einführung,* Hamburg: Junius.

Gilbert, Gustave Mark (2001): *Nürnberger Tagebuch. Gespräche der Angeklagten mit dem Gerichtspsychologen*, Frankfurt am Main: Fischer.

Golden, Gregory K. (2013): *Crisis Management during the Roman Republic. The Role of Political Institutions in Emergencies* Cambridge: Cambridge University Press.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Goldsmith, Maurice M. (1996): »Hobbes on Law«, in: Tom Sorell (Hg.), *The Cambridge Companion to Hobbes*, Cambridge: Cambridge University Press, 274–304.

Grabenwarter, Christoph; Pabel, Katharina (Hg.), (2016): *Europäische Menschenrechtskonvention. Ein Studienbuch*, München: C. H. Beck.

Grewe, Wilhelm G. (1984): *Epochen der Völkerrechtsgeschichte*, Baden-Baden: Nomos.

Grimm, Dieter (1987): *Recht und Staat der bürgerlichen Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Grimm, Dieter (2009): *Souveränität. Herkunft und Zukunft eines Schlüsselbegriffs*, Berlin: Berlin University Press.

Große, Jürgen (2010): *Lebensphilosophie*, Stuttgart: Reclam.

Günther, Klaus (2005): »Kopf oder Füße? Das Rechtsprojekt der Moderne und seine vermeintlichen Paradoxien«, in: Kiesow, Rainer Maria; Ogorek, Regina; Simitis, Spiros (Hg.), *Summa. Dieter Simon zum 70. Geburtstag*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 255–274.

Habermas, Jürgen (1987): *Eine Art Schadensabwicklung. Kleine politische Schriften VI*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1992): *Faktizität und Geltung. Beiträge zur Diskurstheorie des Rechts und des demokratischen Rechtsstaats*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Habermas, Jürgen (1996): »Über den internen Zusammenhang von Rechtsstaat und Demokratie«, in: Jürgen Habermas (Hg.), *Die Einbeziehung des Anderen. Studien zur politischen Theorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 293–305.

Habermas, Jürgen (2010): »Das Konzept der Menschenwürde und die realistische Utopie der Menschenrechte«, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 58(3), 343–357.

Halfwassen, Jens (1998): »Substanz; Substanz/Akzidens: Antike«, in: Joachim; Gründer, Joachim; Ritter, Karlfried (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie*, Bd. 10, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft.

Han, Byung-Chul (2014): Interview mit Niels Boeing und Andreas Lebert, 7. September 2014, *Zeit online*, online verfügbar: http://www.zeit.de/zeit-wissen/2014/05/byung-chul-han-philosophie-neoliberalismus, letzter Zugriff: 21. Mai 2016.

Hattenhauer, Christian (2011): »›Der Mensch als solcher rechtsfähig‹ – Von der Person zur Rechtsperson«, in: Menke, Christoph; Klein, Eckart (Hg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 39–66.

Hattenhauer, Hans (1982): »›Person‹ – Zur Geschichte eines Begriffs«, *Juristische Schulung* 22(6), 405–411.

Haverkamp, Anselm (2005): »The Enemy has no Future: Figure of the ›Political‹«, *Cardozo Law Review* 26(6), 2553–2561.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1986): »Über die wissenschaftlichen Behandlungsarten des Naturrechts, seine Stelle in der praktischen Philosophie

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

und sein Verhältnis zu den positiven Rechtswissenschaften«, in: ders., *Jenaer Schriften 1801–1807, Werke in 20 Bd.en, Bd.* 2, hg. von Eva Moldenhauer und Karl Markus Michel, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 434–530.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1988): *Phänomenologie des Geistes*, Hamburg: Meiner.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (1991): *Enzyklopädie der philosophischen Wissenschaften im Grundrisse (1830)*, hg. von Friedhelm Nicolin und Otto Pöggeler, Hamburg: Meiner.

Hegel, Georg Wilhelm Friedrich (2017): *Grundlinien der Philosophie des Rechts,* auf der Grundlage der Edition des Textes in den Gesammelten Werken Bd. 14, hg. von Klaus Grotsch, Hamburg: Meiner.

Heller, Hermann (1927): *Die Souveränität. Ein Beitrag zur Theorie des Staats- und Völkerrechts*, Berlin/Leipzig: de Gruyter.

Heller, Hermann (1992): *Gesammelte Schriften, Bd. 3, Staatslehre als politische Wissenschaft*, hg. von Martin Drath und Christoph Müller, Tübingen: Mohr.

Heller, Jonas (2017): »Orders in Disorder: The Question of an International State of Nature in Hobbes and Rousseau«, in: Kadelbach, Stefan; Kleinlein,Thomas; Roth-Isigkeit, David (Hg.), *System, Order, and International Law. The Early History of International Legal Thought from Machiavelli to Hegel*, Oxford: Oxford University Press, 160–182.

Henkin, Louis (1981): »Introduction«, in: Louis Henkin (Hg.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 1–31.

Herdegen, Matthias (2017): »GG Art. 1 Abs. 1 (Rn. 1–121)«, in: Theodor; Dürig Maunz, Günter; Herdegen, Matthias (Hg.), *Grundgesetz. Kommentar*, München: C. H. Beck.

Herrmann, Manfred (1968): *Der Schutz der Persönlichkeit in der Rechtslehre des 16.–18. Jahrhunderts. Dargestellt an Hand der Quellen des Humanismus, des aufgeklärten Naturrechts und des Usus modernus*, Stuttgart: Kohlhammer.

Hirschman, Albert O. (1980): *Leidenschaften und Interessen. Politische Begründungen des Kapitalismus vor seinem Sieg*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Hobbes, Thomas (1668): *Leviathan, sive de Materia, Forma, & Potestate Civitatis Ecclesiasticae et Civilis,* in: *Thomae Hobbes Malmesburiensis Opera Philosophica, Quae Latinè scripsit, Omnia. Antè quidem per partes, nunc autem, post cognitas omnium Objectiones, conjunctim & accuratius Edita*, Amsterdam: Apud Ioannem Blaev.

Hobbes, Thomas (1983): *De cive. The English Version entitled in the first edition Philsophicall Rudiments Concerning Government and Society (1651)*, Oxford: Clarendon Press.

Hobbes, Thomas (1991): *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und bürgerlichen Staates*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Hobbes, Thomas (1994): *Vom Menschen; Vom Bürger. Elemente der Philosophie II/III*, Hamburg: Meiner.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Hofmann, Hasso (2002): *Legitimität gegen Legalität. Der Weg der politischen Philosophie Carl Schmitts*, Berlin: Duncker & Humblot.

Holenstein, André (2000): »Die Umstände der Normen – die Normen der Umstände. Policeyordnungen im kommunikativen Handeln von Verwaltung und lokaler Gesellschaft im Ancien Régime«, in: Karl Härter (Hg.), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 1–46.

Honig, Bonnie (2009): *Emergency Politics. Paradox, Law, Democracy*, Princeton/Oxford: Princeton University Press.

Honneth, Axel (2011): *Das Recht der Freiheit. Grundriß einer demokratischen Sittlichkeit*, Berlin: Suhrkamp.

Hoppe, Katharina (2017): »Politik der Antwort. Zum Verhältnis von Ethik und Politik in Neuen Materialismen«, *Behemoth. A Journal on Civilization* 10(1), 10–28.

Jellinek, Georg (1905): *System der subjektiven öffentlichen Rechte*, Tübingen: Mohr Siebeck.

Jellinek, Georg (1919): *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte. Ein Beitrag zur modernen Verfassungsgeschichte (1895)*, München/Leipzig: Duncker & Humblot.

Jellinek, Georg (1922): *Allgemeine Staatslehre*, 3. Aufl., unter Verwertung des handschriftl. Nachlasses durchges. und erg. von Walter Jellinek, 4. Neudruck der Ausg. von 1914, Berlin: Julius Springer.

Joas, Hans (2011): *Die Sakralität der Person. Eine neue Genealogie der Menschenrechte*, Berlin: Suhrkamp.

Kälin, Walter; Künzli, Jörg (2013): *Universeller Menschenrechtsschutz. Der Schutz des Individuums auf globaler und regionaler Ebene*, 3., vollst. überarb. und erw. Aufl., Basel: Helbing Lichtenhahn.

Kant, Immanuel (1907): *Die Metaphysik der Sitten,* in: *Kant's gesammelte Schriften*, hg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften (Akademie-Ausgabe), Bd. VI, Berlin: Reimer, zitiert im Text als AA VI, mit anschließender Seitenzahl.

Kant, Immanuel (1911): *Grundlegung zur Metaphysik der Sitten,* in: *Kant's gesammelte Schriften*, hg. von der Königlich Preußischen Akademie der Wissenschaften (Akademie-Ausgabe), Bd. IV, Berlin: Reimer, zitiert im Text als AA IV, mit anschließender Seitenzahl.

Kaser, Max; Knütel, Rolf (2014): *Römisches Privatrecht,* München: C. H. Beck.

Kelsen, Hans (1960): *Reine Rechtslehre. Mit einem Anhang: Das Problem der Gerechtigkeit,* Wien: Franz Deuticke.

Kelsen, Hans (1970): »Der Wandel des Souveränitätsbegriffes (1931)«, in: Hanns Kurz (Hg.), *Volkssouveränität und Staatssouveränität*, Darmstadt: Wissenschaftiche Buchgesellschaft, 164–178.

Kelsen, Hans (1981): *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts. Beitrag zu einer reinen Rechtslehre (1920)*, Aalen: Scientia Verlag.

Kersting, Wolfgang (2009): *Thomas Hobbes zur Einführung*, Hamburg: Junius.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Kervégan, Jean-François (2005): *Hegel, Carl Schmitt. Le politique entre spéculation et positivité*, Paris: Quadrige/Puf.

Khurana, Thomas (2002): »Leben und sterben lassen. Giorgio Agambens Buch ›Homo sacer‹ und seine Rezeption«, *Texte zur Kunst* 12(45), 122–127.

Kirchheimer, Otto (1932): »Legalität und Legitimität«, *Die Gesellschaft. Internationale Revue für Sozialismus und Politik* 2(7), 8–26.

Kiss, Alexandre Charles (1981): »Permissible Limitations on Rights«, in: Louis Henkin (Hg.), *The International Bill of Rights. The Covenant on Civil and Political Rights*, New York: Columbia University Press, 290–310.

Klippel, Diethelm (1976): *Politische Freiheit und Freiheitsrechte im deutschen Naturrecht des 18. Jahrhunderts*, Paderborn: Ferdinand Schöningh.

Klippel, Diethelm (1987): »Persönlichkeit und Freiheit. Das ›Recht der Persönlichkeit‹ in der Entwicklung der Freiheitsrechte im 18. und 19. Jahrhundert«, in: Günter Birtsch (Hg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 269–290.

Kojève, Alexandre (1975): *Hegel. Eine Vergegenwärtigung seines Denkens, Kommentar zur Phänomenologie des Geistes,* Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Kokott, Juliane (1999): »Der Schutz der Menschenrechte im Völkerrecht«, in: Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 176–198.

König, Matthias (2002): *Menschenrechte bei Durkheim und Weber. Normative Dimensionen des soziologischen Diskurses der Moderne*, Frankfurt/New York: Campus.

Kopp-Oberstebrink, Herbert; Palzhoff, Thorsten; Treml, Martin (Hg.) (2012): *Jacob Taubes – Carl Schmitt. Briefwechsel mit Materialien*, München: Wilhelm Fink.

Koschorke, Albrecht; Lüdemann, Susanne; Frank, Thomas; Matala De Mazza, Ethel (2007): *Der fiktive Staat. Konstruktionen des politischen Körpers in der Geschichte Europas*, Frankfurt am Main: Fischer.

Krajewski, Markus (2017): *Völkerrecht*, Baden-Baden: Nomos.

Kugler, Hartmut (1988): »Phaethons Sturz in die frühe Neuzeit. Ein Versuch über das Risikobewußtsein«, in: Thomas Cramer (Hg.), *Wege in die Neuzeit*, München: Wilhelm Fink, 122–145.

Kunkel, Wolfgang (1995): *Staatsordnung und Staatspraxis der römischen Republik, Zweiter Abschnitt: Die Magistratur,* München: C. H. Beck.

Landwehr, Achim (2000a): *Policey im Alltag. Die Implementation frühneuzeitlicher Policeyordnungen in Leonberg*, Frankfurt am Main: Klostermann.

Landwehr, Achim (2000b): »Policey vor Ort. Die Implementation von Policeyordnungen in der ländlichen Gesellschaft der Frühen Neuzeit«, in: Karl Härter (Hg.), *Policey und frühneuzeitliche Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Vittorio Klostermann, 47–70.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Landwehr, Achim (2008): »›Gute Policey‹. Zur Permanenz der Ausnahme«, in: Lüdtke, Alf; Wildt, Michael (Hg.), *Staats-Gewalt: Ausnahmezustand und Sicherheitsregimes. Historische Perspektiven*, Göttingen: Wallstein, 39–63.

Lefort, Claude (1990): »Menschenrechte und Politik«, in: Ulrich Rödel (Hg.), *Autonome Gesellschaft und libertäre Demokratie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 239–280.

Lemke, Matthias (2017): *Demokratie im Ausnahmezustand. Wie Regierungen ihre Macht ausweiten*, Frankfurt/New York: Campus.

Lemke, Thomas (2008): *Gouvernementalität und Biopolitik*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften.

Loevy, Karin (2016): *Emergencies in Public Law. The Legal Politics of Containment*, Cambridge Cambridge University Press.

Lohmann, Georg (1998): »Menschenrechte zwischen Moral und Recht«, in: Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 62–95.

Lohmann, Georg (2005): »Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig?«, in: Klein, Eckart; Menke, Christoph (Hg.), *Die Menschenrechte: unteilbar und gleichgewichtig?*, Potsdam: Universitätsverlag Potsdam, 5–20.

Loick, Daniel (2012): *Kritik der Souveränität*, Frankfurt/New York: Campus.

Loick, Daniel (2017): *Juridismus. Konturen einer kritischen Theorie des Rechts*, Berlin: Suhrkamp.

Löwith, Karl (1960): »Der okkasionelle Dezisionismus von C. Schmitt (1927)«, in: Löwith, Karl (Hg.), *Gesammelte Abhandlungen. Zur Kritik der geschichtlichen Existenz*, Stuttgart: W. Kohlhammer, 93–126.

Lüdtke, Alf; Wildt, Michael (2008): »Einleitung«, in: Lüdtke, Alf; Wildt, Michael (Hg.), *Staats-Gewalt: Ausnahmezustand und Sicherheitsregimes. Historische Perspektiven*, Göttingen: Wallstein, 7–38.

Ludwig, Bernd (1996): »Womit muß der Anfang der Staatsphilosophie gemacht werden? Zur Einleitung des Leviathan«, in: Wolfgang Kersting (Hg.), *Thomas Hobbes. Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines bürgerlichen und kirchlichen Staates*, Berlin: Akademie Verlag, 55–81.

Luhmann, Niklas (1965): *Grundrechte als Institution. Ein Beitrag zur politischen Soziologie*, Berlin: Duncker & Humblot.

Luhmann, Niklas (1981): »Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft«, in: Niklas Luhmann (Hg.), *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 2*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 45–104.

Luhmann, Niklas (1983): *Legitimation durch Verfahren*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Luhmann, Niklas (1987): *Soziologische Aufklärung Bd. 4. Beiträge zur funktionalen Differenzierung der Gesellschaft*, Opladen: Westdeutscher Verlag.

Luhmann, Niklas (1989): *Gesellschaftsstruktur und Semantik. Studien zur Wissenssoziologie der modernen Gesellschaft, Bd. 3*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Luhmann, Niklas (1993): *Das Recht der Gesellschaft*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Luhmann, Niklas (1999): *Ausdifferenzierung des Rechts. Beiträge zur Rechtssoziologie und Rechtstheorie*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Luhmann, Niklas (2008a): »Das Paradox der Menschenrechte und drei Formen seiner Entfaltung«, in: Niklas Luhmann (Hg.), *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, 3. Aufl. ed, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 218–225.
Luhmann, Niklas (2008b): »Die Form ›Person‹«, in: Niklas Luhmann (Hg.), *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 137–148.
Luhmann, Niklas (2008c): »Die Tücke des Subjekts und die Frage nach den Menschen«, in: Niklas Luhmann (Hg.), *Soziologische Aufklärung 6. Die Soziologie und der Mensch*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 149–161.
Macpherson, Crawford Brough (1967): *Die politische Theorie des Besitzindividualismus. Von Hobbes bis Locke*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Maehler, Herwig (1989): *Pindari carmina cum fragmentis, Pars II, Fragmenta, Indices*, Leipzig: B.G. Teubner.
Maier, Hans (1980): *Die ältere deutsche Staats- und Verwaltungslehre*, München: C. H. Beck.
Mann, Thomas (1981): *Der Zauberberg* (1924), Frankfurt am Main: Fischer.
Marchart, Oliver (2005): *Neu beginnen. Hannah Arendt, die Revolution und die Globalisierung*, Wien: Turia und Kant.
Marshall, Thomas H. (1992): *Bürgerrechte und soziale Klassen. Zur Soziologie des Wohlfahrtsstaates*, Frankfurt/New York: Campus.
Marx, Karl (2006): »Zur Judenfrage (1843)«, in: *Marx Engels Werke MEW, Bd. 1*, 16., Berlin: Karl Dietz, 347–377.
Maus, Ingeborg (1999): »Menschenrechte als Ermächtigungsnormen internationaler Politik oder: der zerstörte Zusammenhang von Menschenrechten und Demokratie«, in: Brunkhorst, Hauke; Köhler, Wolfgang R.; Lutz-Bachmann, Matthias (Hg.), *Recht auf Menschenrechte. Menschenrechte, Demokratie und internationale Politik*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 276–292.
Medicus, Dieter (1964): »Auctoritas«, in: Ziegler, Konrat; Sontheimer, Walther (Hg.), *Der kleine Pauly. Lexikon der Antike auf der Grundlage von Pauly's Realencyclopädie der classischen Altertumswissenschaft, 1. Bd.*, Stuttgart: Alfred Druckenmüller.
Mehring, Reinhard (1989): *Pathetisches Denken. Carl Schmitts Denkweg am Leitfaden Hegels: Katholische Grundstellung und antimarxistische Hegelstrategie*, Berlin: Duncker & Humblot.
Meier, Christian (1991): *Die Rolle des Krieges im klassischen Athen*, München: Stiftung Historisches Kolleg.
Meier, Heinrich (1988): *Carl Schmitt, Leo Strauss und ›Der Begriff des Politischen‹. Zu einem Dialog unter Abwesenden*, Stuttgart: J. B. Metzler.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Meier, Heinrich (2012): *Die Lehre Carl Schmitts. Vier Kapitel zur Unterscheidung Politischer Theologie und Politischer Philosophie*, Stuttgart/Weimar: Metzler.

Meier-Hayoz, Arthur (1976): *Berner Kommentar zum schweizerischen Privatrecht, Bd. I, 2. Abt., Das Personenrecht. Die natürlichen Personen*, 3., völlig neu bearb. Aufl., Bern: Stämpfli & Cie.

Menke, Christoph (2008a): »Die ›Aporien der Menschenrechte‹ und das ›einzige Menschenrecht‹. Zur Einheit von Hannah Arendts Argumentation«, in: Geulen, Eva; Kauffmann, Kai; Mein, Georg (Hg.), *Hannah Arendt und Giorgio Agamben. Parallelen, Perspektiven, Kontroversen*, München: Wilhelm Fink, 131-147.

Menke, Christoph; Pollmann, Arnd (2008b): *Philosophie der Menschenrechte zur Einführung*, Hamburg: Junius.

Menke, Christoph (2009): »Subjektive Rechte und Menschenwürde. Zur Einleitung«, *Trivium* 3(1), 1-6.

Menke, Christoph (2011a): »Einleitung zu Teil I: Revolution«, in: Menke, Christoph; Raimondi, Francesca (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*, Berlin: Suhrkamp, 15–20.

Menke, Christoph (2011b): *Recht und Gewalt*, Berlin: August Verlag.

Menke, Christoph (2011c): »Schlusswort«, in: Klein, Eckart; Menke, Christoph (Hg.), *Der Mensch als Person und Rechtsperson. Grundlage der Freiheit*, BWV Berliner Wissenschafts-Verlag: Berlin, 225–230.

Menke, Christoph (2012a): »Menschenwürde«, in: Arnd; Pollmann, Arnd; Lohmann, Georg (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar: Metzler, 144–150.

Menke, Christoph (2012b): »Die Tat der Menschenrechte: alegal, illegal, translegal«, in: Sabine Witt (Hg.), *Demonstrationen. Vom Werden normativer Ordnungen. Eine Publikation zur Ausstellung*, Nürnberg: Verlag für moderne Kunst, 325–330.

Menke, Christoph (2015): *Kritik der Rechte*, Berlin: Suhrkamp.

Menke, Christoph (2016): »Zurück zu Hannah Arendt – die Flüchtlinge und die Krise der Menschenrechte. Philosophiekolumne«, *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 70(806), 49–58.

Meyer, Georg; Anschütz, Gerhard (1919): *Lehrbuch des deutschen Staatsrechts*, München u.a.: Duncker & Humblot.

Meyer-Ladewig, Jens; Nettesheim, Martin; Raumer, Stefan von (Hg.), (2017): *EMRK Europäische Menschenrechtskonvention. Handkommentar,* Baden-Baden: Nomos.

Mohnhaupt, Heinz (1972): »Potestas legislatoria und Gesetzesbegriff im Ancien Régime«, *Ius Commune. Veröffentlichungen des Max-Planck-Instituts für Europäische Rechtsgeschichte Frankfurt am Main, Bd. IV,* 188–239.

Möller, Kolja (2015): »Formwandel des Konstitutionalismus«, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 101(2), 270-289.

Möllers, Christoph (2013): »Legitimationschancen unserer Demokratie«, *Zeitschrift für Politikwissenschaft* 23(2), 279-287.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

Mommsen, Theodor (1888): *Römisches Staatsrecht, 3. Bd., 2. Abt.*, Leipzig: S. Hirzel.
Moyn, Samuel (2010): *The Last Utopia. Human Rights in History*, Cambridge, Mass./London: Harvard University Press.
Muhle, Maria (2013): *Eine Genealogie der Biopolitik. Zum Begriff des Lebens bei Foucault und Canguilhem*, München: Wilhelm Fink.
Müller, Heiner (2002): »Wolokolamsker Chaussee II: Wald bei Moskau«, in: Heiner Müller, *Werke, Bd. 5*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 195–205.
Müller-Mall, Sabine (2012): *Performative Rechtserzeugung. Eine theoretische Annäherung*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
Murphy, Mark C. (1995): »Was Hobbes a Legal Positivist?«, *Ethics* 105(4), 846–873.
Murphy, Michelle (2017): *The Economization of Life*, Durham/London: Duke University Press.
Nancy, Jean-Luc (1983): *L'impératif catégorique*, Paris: Flammarion.
Neuhann, Esther (2018, im Erscheinen): »Reflexives Recht aus Perspektive prozeduraler Gerechtigkeit – fortschrittliches oder angepasstes Recht?«, in: Tatjana Sheplyakova (Hg.), *Prozeduralisierung des Rechts*, Tübingen: Mohr Siebeck.
Neumann, Franz (1937): »Der Funktionswandel des Gesetzes im Recht der bürgerlichen Gesellschaft«, *Zeitschrift für Sozialforschung* 6(1), 542–596.
Neumann, Franz (1980): *Die Herrschaft des Gesetzes. Eine Untersuchung zum Verhältnis von politischer Theorie und Rechtssystem in der Konkurrenzgesellschaft (1936)*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.
Nissen, Adolph (1877): *Das Justitium: Eine Studie aus der römischen Rechtsgeschichte*, Leipzig: Gebhardt.
Oestreich, Gerhard (1978): *Geschichte der Menschenrechte und Grundfreiheiten im Umriß,* Berlin: Duncker & Humblot.
Ojakangas, Mika (2005): »Philosophies of ›Concrete‹ Life: From Carl Schmitt to Jean-Luc Nancy«, *Telos* (132), 25–45.
Opitz, Sven (2011): »Ausnahmezustand«, in: Klimke, Daniela; Fuchs-Heinritz, Werner; Lautmann, Rüdiger; Rammstedt, Otthein: Stäheli, Urs; Weischer, Christoph; Wienold, Hanns (Hg.), *Lexikon zur Soziologie*, Wiesbaden: VS Verlag für Sozialwissenschaften, 68.
Opitz, Sven (2012): *An der Grenze des Rechts. Inklusion/Exklusion im Zeichen der Sicherheit*, Weilerswist: Velbrück Wissenschaft.
Opitz, Sven (2015): »Zeitnotstandsgesetze. Affekte und Recht im Antiterrorkrieg«, *Mittelweg 36*(1–2), 156–170.
Pereira, Anthony W. (2002): »Military justice before and after September 11«, *Constellations* 9(4), 477–491.
Pieroth, Bodo; Schlink, Bernhard; Kingreen, Thorsten; Poscher, Ralf (2013): *Grundrechte. Staatsrecht II*, Heidelberg/München: C.F. Müller.
Platon (1991): *Politeia, Sämtliche Werke in zehn Bd.en, Bd. 5, Griechisch und Deutsch*, nach der Übers. Friedrich Schleiermachers, hg. von Karlheinz Hülser, Frankfurt am Main/Leipzig: Insel.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Plessner, Helmuth (1965): *Die Stufen des Organischen und der Mensch. Einleitung in die philosophische Anthropologie (1928),* Berlin: de Gruyter.

Pollmann, Arnd (2012): »Menschenrechte, Grundrechte, Bürgerrechte«, in: Pollmann, Arnd; Lohmann, Georg (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar: Metzler, 129–136.

Preuß, Ulrich K. (1973): *Legalität und Pluralismus. Beiträge zum Verfassungsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Quaritsch, Helmut (1970): *Staat und Souveränität, Bd. 1: Die Grundlagen*, Frankfurt am Main: Athenäum.

Radbruch, Gerhard (1956): *Rechtsphilosophie,* Stuttgart: K. F. Koehler.

Raimondi, Francesca (2014): »Souveränität«, in: Schmidt, Thomas M; Pitschmann, Annette (Hg.), *Religion und Säkularisierung. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar: Metzler, 265–271.

Rancière, Jacques (2006): *Die Aufteilung des Sinnlichen. Die Politik der Kunst und ihre Paradoxien,* Berlin: b_books Verlag.

Rancière, Jacques (2011): »Wer ist das Subjekt der Menschenrechte?«, in: Menke, Christoph; Raimondi, Francesca (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen*, Berlin: Suhrkamp, 474–490.

Renner, Moritz (2011): *Zwingendes transnationales Recht. Zur Struktur der Wirtschaftsverfassung jenseits des Staates*, Baden-Baden: Nomos.

Riedel, Eibe (1989): »Menschenrechte der dritten Dimension«, *Europäische Grundrechte-Zeitschrift,* 169–21.

Riedel, Eibe (2008): »Zur Durchsetzung wirtschaftlicher, sozialer und kultureller Rechte im Völkerrecht«, in: Giegerich, Thomas; Zimmermann, Andreas (Hg.), *Wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte im sozialen Zeitalter*, Berlin: Duncker & Humblot, 71-93.

Rittner, Fritz (1982): »Rechtsperson und juristische Person. Einige Gedanken«, in: Schluep, Walter R.; Forstmoser, Peter (Hg.), *Freiheit und Verantwortung im Recht. Festschrift zum 60. Geburtstag von Arthur Meier-Hayoz*, Bern: Stämpfli & Cie, 331–344.

Rohs, Peter (1969): *Form und Grund. Interpretation eines Kapitels der Hegelschen Wissenschaft der Logik*, Bonn: H. Bouvier u. Co.

Rousseau, Jean-Jacques (1989): »Wie der Kriegszustand aus dem gesellschaftlichen Zustand hervorgeht (1756–1758)«, in: ders., *Kulturkritische und Politische Schriften in zwei Bänden, Bd. 2*, Berlin: Rütten & Loening, 49–62.

Rousseau, Jean-Jacques (2003): *Vom Gesellschaftsvertrag oder Grundsätze des Staatsrechts (1762)*, Stuttgart: Reclam.

Rumpf, Christian (1988): »Der Not- und Ausnahmezustand im türkischen Verfassungsrecht«, *Zeitschrift für ausländisches öffenliches Recht und Völkerrecht* 48(4), 683–716.

Rumpf, Christian (2017): »Das ›neue‹ politische System der Türkei«, Bundeszentrale für politische Bildung, online verfügbar: https://www.bpb.de/internationales/europa/tuerkei/253181/das-neue-politische-system-der-tuerkei, letzter Zugriff: 07. Mai 2018.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Rumpf, Christian (2018): »Die Verfassungsänderung 2017«, online verfügbar: http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassungsaenderung.pdf, letzter Zugriff: 30. April 2018.

Rüthers, Bernd (2017): *Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus,* Tübingen: Mohr Siebeck.

Savigny, Friedrich Carl von (1981): *System des heutigen römischen Rechts (1840), Bd. 2*, Aalen: Scientia.

Scheuerman, William E. (2006): »Survey Article: Emergency Powers and the Rule of Law After 9/11«, *The Journal of Political Philosophy* 14(1), 61–84.

Schild, Wolfgang (1989): »Person, IV. Recht. Rechtsperson; Rechtspersönlichkeit«, in: Ritter, Joachim; Gründer, Karlfried (Hg.), *Historisches Wörterbuch der Philosophie, Bd. 7*, Darmstadt: Wissenschaftliche Buchgesellschaft, 322–335.

Schiller, Friedrich (1988): *Wilhelm Tell. Schauspiel (1804)*, Stuttgart: Reclam.

Schmitt, Carl (1933): *Staat, Bewegung, Volk. Die Dreigliederung der politischen Einheit*, Hamburg: Hanseatische Verlagsanstalt.

Schmitt, Carl (1937/38): »Die Wendung zum diskriminierenden Kriegsbegriff«, in: Carl Schmitt (2005), *Frieden oder Pazifismus? Arbeiten zum Völkerrecht und zur internationalen Politik 1924–1978,* Berlin: Duncker & Humblot, 518–597.

Schmitt, Carl (1950a): *Donoso Cortés in gesamteuropäischer Interpretation. Vier Aufsätze*, Köln: Greven Verlag.

Schmitt, Carl (1950b): *Ex captivitate salus. Erfahrungen der Zeit 1945/47*, Köln: Greven Verlag.

Schmitt, Carl (1958a): »Die Lage der europäischen Rechtswissenschaft (1943/44)«, in: Carl Schmitt (Hg.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 386–429.

Schmitt, Carl (1958b): »Die staatsrechtliche Bedeutung der Notverordnung, insbesondere ihre Rechtsgültigkeit (1931)«, in: Carl Schmitt (Hg.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 235–262.

Schmitt, Carl (1958c): »Nehmen / Teilen / Weiden. Ein Versuch, die Grundfragen jeder Sozial- und Wirtschaftsordnung vom *Nomos* her richtig zu stellen (1953)«, in: Carl Schmitt (Hg.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924–1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 489–504.

Schmitt, Carl (1958d): »Staat als ein konkreter, an eine geschichtliche Epoche gebundener Begriff (1941)«, in: Carl Schmitt (Hg.), *Verfassungsrechtliche Aufsätze aus den Jahren 1924-1954. Materialien zu einer Verfassungslehre*, Berlin: Duncker & Humblot, 375–385.

Schmitt, Carl (1965): »Die vollendete Reformation. Bemerkungen und Hinweise zu neuen Leviathan-Interpretationen«, *Der Staat. Zeitschrift für Staatslehre, Öffentliches Recht und Verfassungsgeschichte* 4(1), 51–69.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Schmitt, Carl (1969): *Gesetz und Urteil. Eine Untersuchung zum Problem der Rechtspraxis* (1912), München: C. H. Beck.
Schmitt, Carl (1994): *Gespräch über die Macht und den Zugang zum Machthaber. Gespräch über den Neuen Raum* (1954), Berlin: Akademie Verlag.
Schmitt, Carl (1995): »Nomos – Nahme – Name (1959)«, in: Günter Maschke (Hg.), *Carl Schmitt, Staat, Großraum, Nomos. Arbeiten aus den Jahren 1916–1969*, Berlin: Duncker & Humblot, 573–591.
Schmitt, Carl (1996): *Der Hüter der Verfassung* (1931), Berlin: Duncker & Humblot.
Schmitt, Carl (1997): *Der Nomos der Erde im Völkerrecht des Jus Publicum Europaeum* (1950), Berlin: Duncker & Humblot.
Schmitt, Carl (2003): *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes. Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (1938), Stuttgart: Klett-Cotta.
Schmitt, Carl (2004): *Der Wert des Staates und die Bedeutung des Einzelnen* (1914), Berlin: Duncker & Humblot.
Schmitt, Carl (2006): *Über die drei Arten des rechtswissenschaftlichen Denkens* (1934), Berlin: Duncker & Humblot.
Schmitt, Carl (2010): *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen* (1963), Berlin: Duncker & Humblot.
Schulze, Winfried (1975): »Zur veränderten Bedeutung sozialer Konflikte im 16. und 17. Jh.«, in: Hans-Ulrich Wehler (Hg.), *Der deutsche Bauernkrieg 1524–1526*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 277–302.
Schulze, Winfried (1980): *Bäuerlicher Widerstand und feudale Herrschaft in der frühen Neuzeit*, Stuttgart: Frommann-Holzboog.
Schulze, Winfried (1986): »Vom Gemeinnutz zum Eigennutz. Über den Normenwandel in der ständischen Gesellschaft der frühen Neuzeit«, *Historische Zeitschrift* 243(3), 591–626.
Schulze, Winfried (1987): »Ständische Gesellschaft und Individualrechte«, in: Günter Birtsch (Hg.), *Grund- und Freiheitsrechte von der ständischen zur spätbürgerlichen Gesellschaft*, Göttingen: Vandenhoeck & Ruprecht, 161–179.
Schulze, Winfried (1988): »Das Wagnis der Individualisierung«, in: Thomas Cramer (Hg.), *Wege in die Neuzeit*, München: Wilhelm Fink, 270-286.
Schulze, Winfried (2002): *Einführung in die Neuere Geschichte*, Stuttgart: Eugen Ulmer.
Setton, Dirk (2012): *Unvermögen. Die Potentialität der praktischen Vernunft*, Zürich/Berlin: diaphanes.
Sheplyakova, Tatjana (2016): »Das Recht der Klage aus demokratietheoretischer Perspektive«, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 64(1), S. 45–67.
Shue, Henry (1980): *Basic Rights. Subsistence, Affluence, and U.S. Foreign Policy*, Princeton: Princeton University Press.
Siciliano, Domenico (2009): »Governance im luftleeren Raum. Erosion des Rechtsstaates durch transnationale Netzwerke – Ein Vergleich zwischen Deutschland und Italien«, *Kritische Justiz. Vierteljahresschrift für Recht und Politik* 42(1), 39–48.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Sieyès, Emmanuel Joseph (2011): »Was man hätte tun sollen (1789)«, in: Menke, Christoph; Raimondi, Francesca (Hg.), *Die Revolution der Menschenrechte. Grundlegende Texte zu einem neuen Begriff des Politischen,* Berlin: Suhrkamp, 21–34.

Snell, Bruno (1964): *Pindari carmina cum fragmentis. Pars altera, Fragmenta, Indices*, Leipzig: B.G. Teubner.

Sohm, Rudolph (1923): *Kirchenrecht, Bd. 2: Katholisches Kirchenrecht*, München/Leipzig: Duncker & Humblot.

Stolleis, Michael (1990): *Staat und Staatsräson in der frühen Neuzeit. Studien zur Geschichte des öffentlichen Rechts*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Stolleis, Michael (1992): *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, Bd. 2, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800–1914*, München: C. H. Beck.

Strauss, Leo (1977): *Naturrecht und Geschichte* (zuerst 1953 auf Englisch), Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Strauss, Leo (1998): »Anmerkungen zu Carl Schmitt. Der Begriff des Politischen (1932)«, in: Heinrich Meier (Hg.), *Carl Schmitt, Leo Strauss und »Der Begriff des Politischen«. Zu einem Dialog unter Abwesenden,* Stuttgart/Weimar: Metzler, 97–125.

Taubes, Jacob (1987): *Ad Carl Schmitt – Gegenstrebige Fügung*, Berlin: Merve.

Taylor, Charles (1993): »Aneinander vorbei: Die Debatte zwischen Liberalismus und Kommunitarismus«, in: Axel Honneth (Hg.), *Kommunitarismus. Eine Debatte über die moralischen Grundlagen moderner Gesellschaften*, Frankfurt am Main: Campus, 103–130.

Teubner, Gunther (2006): »Elektronische Agenten und große Menschenaffen: Zur Ausweitung des Akteurstatus in Recht und Politik«, *Zeitschrift für Rechtssoziologie* 27(1), 5–30.

Teubner, Gunther (2018, im Erscheinen): »Digitale Rechtssubjekte? Zum privatrechtlichen Status autonomer Softwareagenten«, *Archiv für civilistische Praxis* 218.

Thomä, Dieter (2016): *Puer robustus. Eine Philosophie des Störenfrieds*, Berlin: Suhrkamp.

Thomas, Yan (1998): »Le sujet de droit, la personne et la nature. Sur la critique contemporaine du sujet de droit«, *Le Débat* 3(100), 85–107.

Tugendhat, Ernst (1998): »Die Kontroverse um die Menschenrechte«, in: Gosepath, Stefan; Lohmann, Georg (Hg.), *Philosophie der Menschenrechte*, Frankfurt am Main: Suhrkamp, 48-61.

Tugendhat, Ernst (2003): *TI KATA TINOS. Eine Untersuchung zu Struktur und Ursprung aristotelischer Grundbegriffe,* Freiburg/München: Karl Alber.

Vernant, Jean-Pierre (1987): *Mythos und Gesellschaft im alten Griechenland*, Frankfurt am Main: Suhrkamp.

Villey, Michel (1957): *Leçons d'histoire de la philosophie du droit*, Paris: Dalloz.

Villinger, Ingeborg (2008): »›Das Leben von einer besonderen Seite angesehen‹ oder: der Souverän zwischen Ausnahme und Gesetz«, in: Geulen,

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND

Eva; Kauffmann, Kai; Mein, Georg (Hg.), *Hannah Arendt und Giorgio Agamben. Parallelen, Perspektiven, Kontroversen*, München: Wilhelm Fink, 165–176.
Virno, Paolo (2010): *Exodus*, Wien/Berlin: Turia + Kant.
Vogl, Joseph (2015): *Der Souveränitätseffekt*, Zürich/Berlin: diaphanes.
Voigt, Rüdiger (2013): »Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur«, in: Rüdiger Voigt (Hg.), *Ausnahmezustand. Carl Schmitts Lehre von der kommissarischen Diktatur*, Baden-Baden: Nomos, 85–114.
Volkmann, Uwe (2008): »Der alltägliche Ausnahmezustand oder: Not kennt viele Gebote«, *Merkur. Deutsche Zeitschrift für europäisches Denken* 62(5), 369–379.
von der Pfordten, Dietmar (2012): »Status negativus, status activus, status positivus«, in: Arnd Pollmann und Georg Lohmann (Hg.), *Menschenrechte. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/Weimar: Metzler, 216–219.
Waldron, Jeremy (1993): *Liberal Rights: Collected Papers 1981–1991*, Cambridge: Cambridge University Press.
Weber, Max (1980): *Wirtschaft und Gesellschaft. Grundriss der verstehenden Soziologie (1921)*, Tübingen: Mohr.
Weber, Max (1988): »Die ›Objektivität‹ sozialwissenschaftlicher und sozialpolitischer Erkenntnis (1904)«, in: ders., *Gesammelte Aufsätze zur Wissenschaftslehre, Bd. 5*, Tübingen: Mohr, 146–214.
Wihl, Tim (2017): »Der Ausnahmezustand in Frankreich. Zwischen Legalität und Rechtsstaatsdefizit«, *Kritische Justiz* 50(1), 68–80.
Wolzendorff, Kurt (1920): »Der reine Staat. Skizze zum Problem einer neuen Staatsepoche«, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft* 75(1/2), 199–229.
Ziarek, Ewa Płonowska (2008): »Bare Life on Strike: Notes on the Biopolitics of Race and Gender«, *South Atlantic Quarterly* 107(1), 89–105.

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access -

https://doi.org/10.5771/9783748901594 https://www.inlibra.com/de/page/agb - Open Access - (cc) BY-NC-ND