

1. Kapitel: Staat, Versicherung und die Anderen

„Die vorrangige Aufgabe des Nationalstaates besteht darin, das Problem des Fremden, nicht das der Feinde, anzugehen.“
(Zygmunt Bauman, Moderne und Ambivalenz)

I. Der Staat. Wessen Staat?

Mit der Frage nach dem Wesen des Staates, danach für wen und durch wen er existiert, beschäftigten sich Denker politischer Ordnungssysteme seit der Antike. In der frühen Neuzeit wurde sie zum Kristallisierungspunkt der politischen Philosophie. Es ist an dieser Stelle notwendig, schlaglichtartig auf die Entwicklung des Staats- und Herrschaftsdenkens in Altertum (*Cicero*) und Mittelalter (*Augustinus*) einzugehen (1.), um die Ausgangsposition der Staatsrechtslehre in der Folge *Hobbes* und *Rousseau*s richtig einzuordnen (2.) und schließlich auf das positivistische Konzept des Staatsvolks und des subjektiven öffentlichen Rechts im Rahmen von *Jellineks* Drei-Elemente Lehre zu beziehen (3.). Die Darstellung wird nicht umfassend sein, sondern wird sich auf die relevanten Kernpunkte des Staatsdenkens der genannten Autoren beschränken. Im Vordergrund stehen dabei nicht deren staatsphilosophische Legitimationsversuche von Herrschaft. Vielmehr sind die aus ihren Argumenten folgenden Konzeptionen und mit ihnen verbundenen juristischen Konstruktionen von Interesse.

So wird deutlich, auf welchen Denkmustern das moderne Verständnis von Staat und Herrschaft beruhte und wie sie *Jellinek* als Grundlage für seine juristisch-deskriptive Konzeption des Staates und seines Verhältnisses zu Staatsfremden verwandte.

1. Staat und Herrschaft bei Cicero und Augustinus

Bereits *Cicero* sah die *res publica* als eine Sache des Volkes:³² „Was ist denn der Staat, wenn nicht die Rechtsgemeinschaft der Bürger?“³³ Der Staat war für ihn ein durch das Volk gebildetes Gemeinwesen, das durch vernünftiges Planen gelenkt werden musste.³⁴ Das bedeutete nicht, dass das Volk, das den Staat konstituierte, auch die Macht im Staate hatte. Im Gegenteil erschien ihm diese Staatsform, die er als „Volksstaat“ bezeichnete, „am wenigsten zu billigen“.³⁵ Mit *Cicero* war aber die Staatslehre der klassischen Antike eine „Lehre von der Gemeinschaftsordnung“.³⁶ Der Staat war die gemeinschaftliche Existenz der Bürger, die sich in ihm zusammenschlossen. Im Staat kam die Idee der griechischen Polis zum Tragen. Die Abgrenzungsfrage, die sich bereits die platonische und aristotelische Staatsphilosophie gestellt hatte, war damit die nach dem Verhältnis von Individuum und Gemeinschaft, nicht die nach der Beziehung von Obrigkeit und Volk, von Herrschern und Beherrschten.³⁷ Deutlich vertrat *Cicero* die Ansicht, dass es sich nicht nur um eine schlechte Regierungsform handelte, wenn eine politische Gemeinschaft in der Gewalt eines Tyrannen oder einer eignsstüchtigen Machtelite stand. Vielmehr liege in einem solchen Fall gar keine *res publica* vor, da es „an dem Band der Anerkennung des Rechts und der Verbundenheit der Gemeinschaft im gemeinsamen Nutzen fehlt“.³⁸ Der römische Staatsbegriff zeichnete sich damit durch das Bestehen eines Rechtsbandes innerhalb der ihn konstituierenden Gemeinschaft aus. Diejenigen, die Macht ausübten, waren durch die gemeinsame Anerkennung des Rechts mit denen verbunden, über die sie Macht besaßen.

Im Verlauf des Mittelalters änderte sich die abendländische Staats- und Rechtsphilosophie nachhaltig, was letztlich auf Entwicklungen in spätantiken Herrschaftsstrukturen zurückzuführen war. Der Kirchenvater *Augustinus* formulierte im 5. Jahrhundert als einer der ersten ein theologisch fun-

32 *Cicero*, Vom Gemeinwesen, in: Weber-Fas, Der Staat, Bd. 1, 1977, S. 84.

33 Ebd., S. 88.

34 Ebd., S. 85; *Baltrusch*, Marcus Tullius Cicero, in: Voigt, Staatsdenken, 2016, S. 39, 41.

35 *Cicero*, Vom Gemeinwesen, in: Weber-Fas, Der Staat, Bd. 1, 1977, S. 85.

36 *Krabbe*, Die Moderne Staats-Idee, 1919, S. 15.

37 Ebd., S. 15 f.

38 *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2006, S. 167, dort Fn. 52.

diertes Staatsverständnis innerhalb eines heilsgeschichtlichen Bezugsrahmens. *Augustinus* trennte zwischen dem Gottesreich, der *civitas dei*, und dem Weltreich, der *civitas terrena*. Beide waren auch für ihn Gemeinschaften. Es waren aber zunächst keine „soziologisch faßbaren Körperschaften [...], sondern geistig-religiös geprägte Willensstrebungen, die von zwei unterschiedlichen Lieben bestimmt werden.“³⁹ Das Gottesreich war auf ein unsichtbares und jenseitiges Ziel gerichtet. Es war eine Gemeinschaft zum Ruhme des Herrn. Die *civitas terrena* hingegen war auf ein irdisches und materielles Ziel gerichtet. Sie diente dem Ruhm des egoistischen, nach Selbstliebe strebenden Menschen, deren geistiger Fürst der abtrünnige Engel Luzifer war:

„Demnach wurden die zwei Staaten durch zweierlei Liebe begründet, der irdische durch Selbstliebe, die sich bis zur Gottesverachtung steigert, der himmlische durch Gottesliebe, die sich bis zur Selbstverachtung erhebt.“⁴⁰

Dabei ist wichtig zu erkennen, dass sich die augustinische Staatsphilosophie im Ausgangspunkt als metaphysisch-religiöses Konzept verstand.⁴¹ Der Kampf zwischen den beiden civitates war primär ein Kampf um die Seele des Menschen und deren Zugehörigkeit zu der einen oder zu der anderen Gemeinschaft. Ebenso war die Geschichte vom Kampf der beiden Reiche geprägt. Zwar gab es für keine der beiden civitates eindeutig zuordenbare Repräsentanten in Form von Institutionen oder Personen, die historisch fassbar wurden. Dementsprechend war für das augustinische Verständnis der reale, weltliche Staat nicht identisch mit dem Konzept der *civitas terrena*. Der weltliche Staat war aber vom Geist des Weltreiches durchsetzt, er strebte nach irdischen Dingen, nach dem Ruhm des Menschen. An dieser Stelle griff *Augustinus* seinen Vorgänger *Cicero* auf. Dessen *res publica* sei keine echte Gemeinschaft, weil sie weder gerecht noch heilig sei. Sie enthalte den Menschen den wahren, einzigen Gott vor. In der christologischen Ausdeutung wurde die weltliche *res publica* zur bloßen Zweckgemeinschaft, die nach irdischen Dingen und nach weltlichem Frieden strebte. Der Christ finde aber seine wahre Gemeinschaft, seine radikal-monotheistische Polis, in der Liebe zu Gott. Er war Teil des Volkes Gottes und nicht Teil des Volkes eines irdischen Staates. Diese Phi-

39 Ebd., S. 212.

40 *Augustinus*, Vom Gottesstaat, in: Weber-Fas, Der Staat, Bd. 1, 1977, S. 96.

41 Vgl. zum Ganzen Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2006, S. 210-220.

losophie diente *Augustinus* der „Entdivinisierung“ des Römischen Staatswesens.⁴² Der Staat war damit zwar nach wie vor ein Garant der irdischen Ordnung, er diente aber nur noch mittelbar der Verwirklichung des göttlichen Heils.⁴³ Sein Zweck und seine Zuständigkeit waren damit nicht mehr allumfassend.

Dieses Ergebnis begründete *Augustinus* weiterhin mit einer heilsgeschichtlich aufgeladenen, naturrechtlichen Argumentation, die stärker an die Überlegungen *Ciceros* anknüpfte, und in deren Folge er ein ordnungs-politisches Konzept der weltlichen Herrschaft entwickelte.⁴⁴

Die Notwendigkeit, in politischen Ordnungen zusammenzuleben, sah *Augustinus* in der Natur des Menschen liegend. Ausschlaggebend für diese Notwendigkeit sei nicht die Sicherung des Überlebens, sondern der Drang zum Frieden. Dieser Drang zum Frieden verwirklichte sich durch die Herstellung einer natürlichen Ordnung, in der das Niedere dem Höheren diene. Nicht die Gleichheit war der entscheidende Bezugspunkt seines Denkens, sondern die „Zuordnung von Ungleichem“.⁴⁵ Ordnung verwirklichte sich dabei durch die Zuweisung nicht eines beliebigen, sondern eines bestimmten Platzes. Dieser *ordo naturalis* sei ursprünglich nur für die Herrschaft des Menschen über die Natur vorgesehen gewesen. Im Paradies gab es keine Herrschaft von Menschen über Menschen und damit keine Unterordnung. Lediglich die übrigen Geschöpfe wurden durch die Menschen regiert. Durch den Sündenfall und die Vertreibung aus dem Paradies wurde diese natürliche Ordnung, die im Einklang mit dem göttlichen Schöpferwillen gestanden hatte, zerstört. In der Folge konnte der irdische Friede unter den Menschen nur durch eine Autorität erreicht werden, die mit Zwangs- und Strafgewalt über die Menschen herrschte.

Damit war die Idee einer Obrigkeit geboren, die aus einem von Gott geliehenen Recht heraus um der Ordnung der Menschen willen über das Volk gebot.⁴⁶ Die Idee der Herrschaft aus geliehenem Recht wird in späteren Jahrhunderten zur Herrschaft aus verliehenem Recht umgedeutet und „Souveränität“ genannt werden. Nach augustinischer Vorstellung war es

42 Ebd., S. 214.

43 Er blieb deshalb auch stets mit dem Makel der Sünde behaftet: *Leonhardt*, *Augustinus von Hippo*, in: Voigt, Staatsdenken, 2016, S. 345 f.

44 Vgl. insbesondere dazu *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2006, S. 216-220.

45 Ebd., S. 218.

46 *Meder*, Rechtsgeschichte, 2014, S. 263.

eine fremdnützige Herrschaft. Sie diente der Erhaltung des irdischen Friedens des beherrschten Volkes. Sie hatte „Amtscharakter“ und bezweckte die Steigerung des Wohls eines Dritten.⁴⁷ Dennoch führte die Konzeption zu einer Trennung von Herrschern und Beherrschten. Der weltliche Staat war lediglich ein Instrument der Beherrschung, das der Herstellung einer stets unvollkommenen irdischen Ordnung, eines diesseitigen Friedens, diente. Der Herrscher wurde damit von dem beherrschten Volk abstrahiert und stand losgelöst über ihm.

In der Folge konzentrierte sich die Staatsphilosophie des Mittelalters auf die politische Organisation jener abstrakten Hoheitsgewalt, die über dem Volk angesiedelt war. Der Staat war im Mittelalter nicht vom Herrscher zu trennen, vielmehr fielen Staatsmacht und Herrschermacht in eins.⁴⁸

Soweit die klassische griechische Philosophie während des Mittelalters verstärkt rezipiert wurde, gewann auch der Gedanke des Volksverbandes wieder mehr an Bedeutung.⁴⁹ Das prominenteste Beispiel dafür ist *Thomas von Aquin*, der sich stark an die griechische Staatsidee anlehnte.⁵⁰

Insgesamt aber führte das Mittelalter zu einer veränderten Auffassung von Staat und Staatsmacht. Von der *res publica*, der gemeinschaftlichen Existenz der Volksgenossen *Ciceros*, wurde der Staat zu einer vom Volk getrennten Obrigkeit. Nicht länger die Abgrenzung von Gemeinschaft und Individuum war daher für das Staatsdenken ausschlaggebend, sondern der Charakter und die Reichweite des Gehorsams gegenüber einer Autorität. Der Mensch war für *Augustinus* so unbeständig und unbewusst, dass durch eine ihm übergeordnete Macht stets der „(geistlichen) Gefahr übertriebener Selbstbestimmung“ begegnet werden musste.⁵¹ Mit dem sich verändernden Menschenbild wandelte sich auch der Staat vom Substrat des Volkes zum Substrat des Herrschers.

47 Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2006, S. 219.

48 Krabbe, Die Moderne Staats-Idee, 1919, S. 16 f.

49 Ebd.

50 Böckenförde, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2006, S. 261-271.

51 Ebd., S. 219.

2. Staat und Herrschaft bei Hobbes und Rousseau

Beide Staatsideen, die ciceronisch-antike und die augustinisch-mittelalterliche, waren in der Neuzeit nicht nur weiter wirksam, sie prägten sie sogar entscheidend. Dabei markierte die Wiederkehr des antiken Denkens, die Renaissance, den Beginn der Neuzeit.⁵² Die mittelalterliche Vorstellung von Herrschaft wurde in der Neuzeit nicht überwunden. Vielmehr konzipierte die Staatsphilosophie die Macht des Staates nach wie vor als ein Über- und Unterordnungsverhältnis, wenngleich die Legitimation des Staates und seiner Herrschaft über einen durch das Volk geschlossenen Gesellschaftsvertrag hergeleitet wurde. So formulierte der absolutistische Denker *Thomas Hobbes* im Jahr 1651:

„Ein *Gemeinwesen* gilt als *durch Einsetzung gegründet*, wenn eine Menge Menschen sich einigt und *einen Vertrag schließt, jeder mit jedem*, daß jeder beliebige *Mensch* oder jede *Versammlung von Menschen*, dem die Mehrheit das *Recht* gibt, ihrer aller Person zu *vertreten* (das heißt ihr *Repräsentant* zu sein), von jedem einzelnen, ob er *dafür* oder *dagegen stimmte*, für seine Handlungen und Entscheidungen in gleicher Weise *Ermächtigung* erhält, als ob es seine eigenen wären, zu dem Zweck, daß sie friedlich miteinander leben und vor anderen Menschen geschützt sind. [...] Von dieser Gründung eines Gemeinwesens durch Einsetzung werden alle *Rechte* und *Befugnisse* dessen oder derer abgeleitet, denen die souveräne Macht durch die Zustimmung aller versammelten Menschen verliehen ist.“⁵³

Hobbes ging damit nach wie vor von einer souveränen Macht aus. Allerdings leitete er ihre Legitimität nicht mehr aus ihr selbst heraus ab. Der heilsgeschichtliche Topos wurde nicht länger für die Legitimierung von Befehl und Gehorsam herangezogen. Vielmehr sah *Hobbes* in dem von ihm konstruierten Gesellschaftsvertrag, den die Mitglieder des Gemeinwesens untereinander schlossen, einen Einsetzungsakt. Erst durch diesen Akt wurde der Souverän als solcher geschaffen. Vertragstheoretisch handelte es sich beim hobbesschen Unterwerfungsvertrag um einen Vertrag zu Gunsten eines Dritten (des Souveräns), der allerdings an den Vertrag selbst nicht gebunden war, sondern durch diesen lediglich autorisiert wurde.⁵⁴ Die im Urzustand freien und gleichen Bürger unterwarfen sich seiner Souveränität um des Friedens willen. Die hobbessche Staatsidee nahm damit

52 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3/1, 2006, S. 1-9.

53 Hobbes, Leviathan, 1996, S. 146. Hervorhebungen im Original.

54 Vgl. dazu Fettscher, Rousseaus politische Philosophie, 1968, S. 90-111, hier insb. S. 100.

Anleihen sowohl bei *Cicero* als auch bei *Augustinus*. Die Gemeinschaft war jedoch für *Hobbes* nur für die Gründung des Staates und die Einsetzung der souveränen Macht erheblich. Was das Verhältnis von Herrscher und Beherrschten anging, kam es weiterhin auf den Umfang der Gehorsamspflicht der Bürger an, den der Souverän grundsätzlich frei bestimmen konnte. *Hobbes* legitimierte Herrschaft demnach ciceronisch, die Umsetzung derselben im Verhältnis zwischen Fürst und Volk konzipierte er nach wie vor augustinisch.

Rousseau knüpfte über einhundert Jahre später an die Vertragstheorie *Hobbes* an. Auch er fragte in „Der Gesellschaftsvertrag“ nicht danach, wie eine bestmögliche Herrschaft auszusehen habe, sondern danach wie Herrschaft überhaupt rechtmäßig sein konnte.⁵⁵ Seine Konstruktion von Souveränität ging mit der Lehre von der Volkssouveränität jedoch einen entscheidenden Schritt weiter.

Nach *Rousseau* konstituierte das Volk durch einen Vertrag nicht nur einen von ihm fortan abstrakten Souverän. Vielmehr war das Volk selbst der Souverän. Es schloss sich in einem Gesellschaftsvertrag zu einem Staat zusammen und bestimmte dessen Geschicke fortan selbst.⁵⁶ Das Volk konnte dabei die Verfassung jederzeit ändern. Die Rechte Einzelner wurden nur durch den Gesellschaftsvertrag geschaffen und konnten jederzeit mit Mehrheitsentscheid abgeändert werden. Angeborene Rechte gab der Mensch mit Abschluss des Gesellschaftsvertrags auf (aliénation totale).⁵⁷ *Rousseau* wandte sich damit zum einen gegen die absolutistische Monarchie der Hobbesianer. Er verwarf aber auch *Lockes* Modell des liberalen Rechtsstaats frühkapitalistischer Prägung, der, ähnlich wie die Unabhängigkeitserklärung der Dreizehn Kolonien von 1776, die „inalienable Rights of Men“ in Form von Eigentum, Leben und Freiheit schützte.⁵⁸

55 *Herb*, Zur Grundlegung der Vertragstheorie, in: Brandt/ders., Vom Gesellschaftsvertrag, 2012, S. 29; *Rousseau*, Der Gesellschaftsvertrag, 1969.

56 Vgl. dazu *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3/1, 2006, S. 480-486.

57 Ebd., S. 483.

58 *Locke* fasste „Life“ und „Liberty“ unter dem Begriff „Property“ zusammen. Leben und Freiheit waren in seinem Verständnis ein Teil des Eigentums eines jeden Menschen. Für *Locke* war der Schutz des Eigentums damit der Hauptgrund von Vergesellschaftungsprozessen. Sein Eigentumsbegriff umfasste daher nicht nur den Schutz wirtschaftlicher Güter, sondern auch persönlicher Rechte: „It is not without reason, that he seeks out, and is willing to join in society with others, who are already united, to have a mind and unite, for the mutual preservation of their lives,

Bei oberflächlicher Betrachtung drängt sich der Eindruck auf, dass mit *Rousseau* die Staatslehre zur Philosophie *Ciceros* zurückgekehrt war. Der Staat war wieder zum Substrat des Volkes geworden. Auch nahm er viele Anleihen an den Institutionen der Römischen Republik.⁵⁹ Doch *Rousseau* ging weiter. Das Volk bildete nicht nur den Staat, es hatte auch die Macht im Staate. Es war Souverän über sich selbst, in dem gleichen Sinne in dem bei *Hobbes* und *Augustinus* der Fürst über das Volk gebot. Konstruktiv begründete *Rousseau* dazu die sogenannte Doppelverpflichtungslehre, die besagte, „daß der Gesellschaftsvertrag eine gegenseitige Verpflichtung zwischen dem Gemeinwesen und den einzelnen in sich schließt, und daß sich jeder einzelne, da er gleichsam mit sich selbst einen Vertrag abschließt, doppelt verpflichtet sieht, und zwar als Glied des Staatsoberhaup tes gegen die Einzelnen und als Glied des Staates gegen das Staatsoberhaupt.“⁶⁰

Auch *Rousseau* konnte sich nicht vom mittelalterlichen Souveränitätsbegriff lösen. Er benötigte ihn sogar, um seine vertragstheoretisch fragwürdige Konstruktion der doppelten Selbstverpflichtung plausibler erscheinen zu lassen. Denn das tradierte, bürgerliche Recht untersagte den Vertragsschluss mit sich selbst.⁶¹ *Rousseau* wies selbst auf die Problematik hin und versuchte sie zugleich zu umgehen:

„Hier darf man jedoch den Grundsatz des bürgerlichen Rechtes, daß niemand an gegen sich selbst eingegangene Verpflichtungen gebunden sei, nicht in Anwendung bringen, denn es ist ein großer Unterschied zwischen einer Verpflichtung gegen sich selbst und einer Verpflichtung gegen ein Ganzes, von dem man einen Teil bildet.“⁶²

Damit spaltete *Rousseau* die vertragsschließenden Einzelnen „in zwei Wesen: in einen Bürger und einen Untertan.“⁶³ In seiner Eigenschaft als Bürger war das Individuum im rousseauschen Verständnis ein Teil des Souveräns, der befahl und Gesetze beschloss. In dieser Hinsicht löste sich seine Individualität auf und er wurde Teil eines souveränen Ganzen, die

liberties and estates, which I call by the general name, *property*.“; *Locke*, Two Treatises on Government, 1821, S. 295. Vgl. dazu eingehend *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3/1, 2006, S. 354-358.

59 *Cousin*, Rousseau als Interpret der römischen Institutionen (IV 4-7), in: Brandt/Herb, Vom Gesellschaftsvertrag, 2012, S. 191.

60 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag, 1969, S. 45.

61 Das Verbot des In-Sich Geschäfts ist im deutschen Recht in § 181 BGB geregelt.

62 *Rousseau*, Gesellschaftsvertrag, 1969, S. 45 f.

63 *Ottmann*, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3/1, 2006, S. 483.

Rousseau auch „volonté générale“ nannte.⁶⁴ In seiner Eigenschaft als Untertan war das Individuum lediglich Befehlsempfänger und Adressat rechtlicher Normen, die der Souverän erlassen hatte. Der Vertrag mit sich selbst stellte sich so als Vertrag „zwischen zwei Rollen ein und derselben Person“ dar.⁶⁵ Der Untertan schloss demnach mit den anderen Bürgern und sich selbst als Bürger, die in Gesamtheit den Souverän verkörperten, einen Vertrag, und unterwarf sich damit der Souveränität der volonté générale. Zugleich war das Individuum aber auch als Teil des Souveräns gegen sich selbst und die anderen Personen in ihrer Rolle als Untertan verpflichtet.

Die Spaltung einer Person in zwei Rollen – Bürger (*citoyen*) und Untertan (*sujet*) – erhielt so einen Teil der mittelalterlichen Vorstellung von Souveränität als einem Verhältnis aufrecht, in dem das Individuum lediglich die Rolle des gehorsamen Befehlsempfängers innehatte.

Eben jene Vorstellung der souveränen Macht überlebte nicht nur das 18. Jahrhundert. Sie überdauerte auch das 19. Jahrhundert und prägt das politische und juristische Denken bis heute.

Für *Michel Foucault* liegt in der Fortsetzung des Souveränitätsdenkens ein Kernproblem der juristischen Macht- und Herrschaftsauffassung der Moderne: „Die juristischen Systeme, ob nun die der Theorien oder die der Gesetzeswerke, haben eine Demokratisierung der Souveränität und die Einsetzung eines an die Souveränität aller angeschlossenen öffentlichen Rechts ermöglicht; zugleich und im selben Maße sah sich diese Demokratisierung der Souveränität jedoch in ihrer Tiefe von den Mechanismen des disziplinären Zwangs belastet.“⁶⁶ Das Kernargument *Foucaults* ist, dass sich parallel zur Demokratisierung der Souveränität neue Macht- und Herrschaftstechniken herausbildeten, die den Einzelnen zum Objekt disziplinärer Kontrolle, der sogenannten Disziplinarmacht, werden ließ.⁶⁷ Die juristischen Theorien betonten daher auch die Verantwortung der Individuen für die Gemeinschaft, sobald die disziplinären Machttechniken makropolitische Ausmaße zeigten. Es erscheint insofern auch wenig verwunder-

64 Landmann, Der Souveränitätsbegriff bei den französischen Theoretikern, 1896 (Nachdruck 1978), S. 121-136.

65 Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3/1, 2006, S. 483.

66 Foucault, [Von der Souveränität zur Disziplin], Vorlesung v. 14. Januar 1976, in: ders., Kritik des Regierens, S. 27, 41 f.

67 Foucault, [Von der Souveränität zur Disziplin], Vorlesungen v. 7. und 14. Januar 1976, in: ebd., S. 9 und S. 27; ders., [Staatsräson und Polizei], Die politische Technologie der Individuen, in: ebd., S. 46.

lich, dass zeitgleich mit Rousseaus politischer Schrift „*Du contrat social ou, Principes du droit politique*“ im Jahr 1762 sein Erziehungsroman „*Émile*“ erschien.⁶⁸

Doch so sehr die Souveränität auch demokratisiert wurde und so sehr die Rechte des Einzelnen begannen sich in der volonté générale auszudrücken und sich dem obrigkeitlichen Gehorsamsdenken entgegenzustellen, taugte im gleichen Maße die Idee der Souveränität weiterhin zur Begründung eines durch Befehl und Gehorsam charakterisierten Herrschaftsverhältnisses. Die Idee der Doppelrolle des Bürgers, der einerseits Berechtigter und andererseits Verpflichteter war, blieb im juristischen Diskurs bis heute tragend. Dies galt und gilt im besonderen Maße für den rechtlichen Diskurs in Deutschland.

3. Das Staatsvolk in Jellineks Allgemeiner Staatslehre

Rousseau hatte nicht nur den jungen Goethe im Sturm und Drang, Hegel, Pestalozzi, Kant, Schiller, Hölderlin, Fichte und Marx beeinflusst.⁶⁹ Auch Georg Jellinek, der „Klassiker“ der deutschen Staatsrechtslehre, lässt sich in diese Reihe einordnen.⁷⁰

Das Markante und Neue an Jellineks Allgemeiner Staatslehre war, dass er zu der Theoriebildung und Erklärung des Staatswesens einen faktischen Ansatz verwendete, den er zur normativen Beschreibung des Staates heranzog. So wird Jellineks methodisches Denken häufig mit dem Begriff der „normativen Kraft des Faktischen“ beschrieben.⁷¹ Er verstand die Vermittlung von Faktizität und Normativität als Herausforderung der Staatsrechtslehre.⁷² Er versuchte damit dem Durchsetzungsdruck des Positivismus der empirischen Sozialwissenschaften, die Ende des 19. Jahrhunderts ihre erste Blüte erlebten, genauso zu entsprechen wie der Forderung nach einer eigenständigen Rechtswissenschaft im Kanon der modernen Disziplinen.⁷³

68 Weinstock, Einleitung, in: Rousseau, Gesellschaftsvertrag, 1969, S. 3.

69 Ebd.

70 Zu Georg Jellinek als Klassiker der deutschen Staatsrechtslehre: Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, insb. S. 1-12, 455-469.

71 Anter, Vorwort, in: ders., Die normative Kraft des Faktischen, 2004, S. 7; ders., Georg Jellinek, in: Voigt, Staatsdenken, 2016, S. 121, 122 f.

72 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 5-7.

73 Stolleis, Geschichte des öffentlichen Rechts II, 1992, S. 450, 451; Dias, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, 2005, S. 89 f.

So beschrieb *Jellinek* die drei Elemente des Staates – Staatsvolk, Staatsgebiet und Staatsgewalt – soziologisch, um sie anschließend am Subjekt-Objekt-Gedanken ausgerichtet normativ zu erklären und juristisch fassbar zu machen.⁷⁴ Für das Verständnis der Elementelehre und der Beziehung zwischen Individuum und Staat ist dabei die Verbindung von Staatsgebiet und Staatsvolk besonders hervorzuheben.⁷⁵

Für *Jellinek* war das Staatsgebiet nicht nur der territorial umgrenzte Raum staatlicher Herrschaft. Vielmehr besaß das Staatsgebiet selbst Subjektqualität innerhalb des Staatswesens:

„Das Staatsgebiet hat zwiefache Eigenschaften. Es ist nämlich einmal ein Moment des Staates als Subjektes. Das folgt logisch daraus, daß seßhafte Menschen seine Mitglieder sind; damit wächst dem Staat selbst das Merkmal der Seßhaftigkeit zu.“⁷⁶

Bezeichnend ist, dass es *Jellinek* vor allem aufgrund der Verbindung des Staatsvolkes zum Staat gelang, die Subjektqualität des Staatsgebietes mittels des soziologischen Merkmals der Sesshaftigkeit zu begründen. Seine These, die sich gegen die überkommene Lehre des sachenrechtlichen Dominiums eines Staates über sein Gebiet richtete, wurde nur durch die Subjektqualität des sesshaften Staatsvolkes plausibel. Die objektive Qualität des Staatsgebiets als Raum, in dem sich staatliche Herrschaft entfaltet, folgte für *Jellinek* zwingend aus der Subjektstellung des Staatsgebiets und damit letztlich aus der tragenden Rolle des Staatsvolkes:

„Niemals jedoch kann der Staat direkt, ohne Vermittlung seiner Untertanen, über sein Gebiet herrschen. [...] Die Herrschaft über das Gebiet ist [...] öffentlich-rechtlich, sie ist nicht Dominium, sondern Imperium. Imperium jedoch ist Befehlsgewalt; befehlen kann man aber nur Menschen.“⁷⁷

Damit argumentierte *Jellinek*, dass ein Staat nur insofern und insoweit über sein Gebiet herrschen konnte, als er imstande war, durch Befehl das Staatsvolk zur Einwirkung auf das Gebiet zu bestimmen. Daraus lässt sich zweierlei ersehen:

(1) Zum einen wird klar, wie die Subjekt-Objekt-Kopplung des jellinek-schen Denkens mit der faktisch begründeten Normativität in Zusammen-

74 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 6.

75 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 394-427; vgl. dazu auch Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 282-293.

76 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 395.

77 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 398 f.

hang stand. Mittels des soziologischen Merkmals der Sesshaftigkeit begründete *Jellinek* die Subjektqualität des Staatsgebiets. Dies war wiederum Voraussetzung für die Postulierung des Staatsgebiets als objektiver Raum der Herrschaft, der nur durch die Vermittlung von Befehlsempfängern denkbar ist.

(2) Zum anderen weist die Argumentationsmethode auf die zentrale Rolle des Staatsvolks in *Jellineks* Typisierung der Elemente des Staates hin. Obwohl es ihm gelang das Element „Staatsgebiet“ in die Charakterisierung der Staatlichkeit zu integrieren, blieb auch bei *Jellinek* das Volk Ausgangs- und Endpunkt soziologischer und juristischer Überlegungen.

Das Staatsvolk *Jellineks* befand sich, wie das Volk *Rousseaus*, in einer Doppelrolle.⁷⁸ Es war einerseits selbst Teil des Herrschaftsträgers und damit Souverän. Andererseits war es Adressat verpflichtender Normen und damit Untertan seiner selbst und der anderen ihm gleichgeordneten Individuen in ihrer Eigenschaft als Souverän. Im Rahmen des Subjekt-Objekt-Denkens spiegelte die Rolle des Individuums als Untertan und Befehlsempfänger die objektive Seite, die Rolle als Bürger und Teil des Souveräns die subjektive Seite der Beziehung zwischen Individuum und Staat. Allerdings strukturierte *Jellinek* die Doppelnatur des Individuums genauer als *Rousseau*. Bereits in seiner im Jahr 1892 erschienenen Schrift „System der subjektiven öffentlichen Rechte“ hatte er die verschiedenen Status der Rechtsbeziehungen zwischen Individuum und Staat dargelegt,⁷⁹ die er in die Ausführungen zum Staatsvolk in die Allgemeine Staatslehre integrierte.

Nach der Statuslehre *Jellineks* gab es vier verschiedene Status, in denen ein Individuum dem Staat gegenüber treten konnte.

Im status passivus war das Individuum in der Rolle eines Befehlsempfängers und Untertan.⁸⁰ Der status passivus war die Fortsetzung des augustinischen Obrigkeitssdenkens und des rousseauschen Sujets. Innerhalb des status passivus war das Volk der Herrschaft untergeordnet. Dem Individuum kamen in diesem Status keinerlei Rechte an der Herrschaft zu. Es

78 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 287. Siehe zum rousseauschen Vorbild oben S. 37 f.; *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 406.

79 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 89-183.

80 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 292 f.; *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 425-427; ders., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 76-88.

konnte seine Individualinteressen nicht gegenüber dem Staat durchsetzen. Seine „Persönlichkeit [war insofern] ausgeschlossen.“⁸¹ Dem Individuum günstige Wirkungen hatten im status passivus nur den Charakter von Reflexwirkungen objektiven Rechts:

„Soweit das befehlende und zwingende Staatsgebot reicht, hat das Individuum keine Fähigkeit, dem Staat in seinem Interesse in Anspruch zu nehmen, [...] ist es nur Pflichtsubjekt, d.h. ausschliesslich Glied oder Werkzeug eines höheren Ganzen.“⁸²

Der passive Status war folglich identisch mit der Qualität des Staatsvolks als Herrschaftsobjekt.⁸³

Demgegenüber war die subjektive Seite der Beziehung zwischen Individuum und Staat in drei verschiedene Status unterteilt. Allen dreien war gemein, dass den Individuen als Bürgern Rechte an der Herrschaft zukamen:

(1) Der negative Status (*status libertatis*) beschrieb die Freiheitssphäre des Bürgers innerhalb des Staates. Der Staat erkannte die Persönlichkeit des Individuums an und gewährte ihm Freiheit, indem er auf Herrschaftsausübung, d.h. auf Unterwerfung in den passiven Status, verzichtete. In die Ausführungen zum *status libertatis* integrierte Jellinek seine rechtshistorischen Überlegungen zur Entstehung der Menschen- und Bürgerrechte.⁸⁴

(2) Als positiven Status (*status civitatis*) bezeichnete Jellinek die Fähigkeit des Individuums, den Staat zum Handeln im Individualinteresse rechtlich zwingend veranlassen zu können. Er zeichnete sich dadurch aus, dass das Allgemeininteresse, das das staatliche Handeln bestimmte, mit dem Individualinteresse des Bürgers zusammenfiel und das Individuum zum positiv Berechtigten an der staatlichen Tätigkeit werden ließ:

„Insoweit [...] gewährt er [der Staat] dem Einzelnen Ansprüche an seine Thätigkeit und stellt ihm Rechtsmittel zur Verfügung, um sie zu realisieren. Dadurch erhebt er das Individuum zum positiv berechtigten Staatsgliede, verleiht ihm den Status der Civität, der von dem blos negativen, das grosse Gebiet der

81 Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 79.

82 Ebd.

83 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 425.

84 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 286; vgl. Jellinek, Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte, 2006; ders., System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 89-91.

für den Staat rechtlich indifferenten Handlungen umfassenden durchaus geschieden ist.“⁸⁵

Der positive Status beschrieb „Ansprüche an den Staat auf positive Leistungen im individuellen Interesse.“⁸⁶ Gemeint waren damit vor allem Ansprüche auf Rechtsschutz, aber auch auf Verwaltungstätigkeit.

(3) Der aktive Status (Status der aktiven Civität) war eine Kategorie für die Ansprüche der einzelnen Bürger auf Anerkennung einer Organstellung für den Staat. Dabei ging es in Abgrenzung zum positiven Status nicht um die Partikularinteressen des Bürgers als Individuum, sondern um das Recht, für den Staat tätig zu werden. Grundlegend für diesen Status war die Auffassung *Jellineks* vom Staat als Willenseinheit:

„Staatlicher Wille ist menschlicher Wille. Die staatliche Willensbildung muss faktisch oder rechtlich bestimmten menschlichen Individuen in ihrer Eigenschaft als Staatsorganen zufallen.“⁸⁷

Ansprüche gegen den Staat als Ausprägung des aktiven Status waren vor allem politische Teilhabeansprüche auf Mitwirkung bei der staatlichen Willensbildung. Darunter fasste *Jellinek* nicht nur Willensbildungsprozesse in demokratisch organisierten Staaten, etwa im Rahmen eines Wahlakts, sondern auch die Rolle des absoluten Monarchen als obersten Träger einer staatlichen Organstellung.⁸⁸

Für *Jellinek* standen die soeben beschriebene Subjektqualität des Staatsvolks und der status passivus allerdings nicht unverbunden nebeneinander. Sie bedingten einander, sodass letztlich eine „unselbstständige Objektstellung“ des Staatsvolks vorlag.⁸⁹ Denn in erster Linie verstand *Jellinek* den Staat als „eine Personeneinheit auf territorialer Grundlage.“⁹⁰ Aus dem Verständnis des Staates als verbandschaftliche Organisation von Individuen folgte er die Subjektstellung des Volks als konstitutives Element des Staates:

„Geht man von der Erkenntnis der körperschaftlichen Natur des Staates aus, so ergibt sich die subjektive Qualität des Volkes in – fast möchte ich sagen – tautologischer Weise aus dem so gefassten Staatsbegriffe.“⁹¹

85 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 109.

86 *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 290.

87 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 129.

88 Vgl. dazu *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 291.

89 Ebd., S. 292.

90 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 20.

91 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 407.

Parallel zur Beschreibung des Staatsgebiets setzte *Jellinek* seinen Gedanken der Subjekt-Objekt Kopplung bei der juristischen Formulierung der Staatselemente konsequent fort. Subjekt und Objekt waren nie völlig voneinander getrennt. Die Postulierung des Staatsvolks als subjektiv-konstitutives Element des Staates war im Gegenteil ebenso Voraussetzung für eine Unterwerfung des Volks in den status passivus, wie die Subjektqualität des Staatsgebiets denknotwendig die Konzeption des Territoriums als objektiven Raum der Herrschaft erforderte:

„Aber auch auf den Gebieten, wo der einzelne der Staatsgewalt ausschließlich als verpflichtet gegenübersteht, ist dies Verhältnis nicht als auf gänzlicher Trennung von Subjekt und Objekt des Rechtes beruhend aufzufassen. Vielmehr kommt die Einheit aller Elemente des Staates bei aller möglichen Trennung ihrer verschiedenen Qualitäten auch hier klar zum Ausdruck.“⁹²

Damit verwarf *Jellinek* die mittelalterliche Trennung von Herrscher und Beherrschten und sah ein „notwendiges Rechtsband“ zwischen beiden vorliegen.⁹³ Letztlich griff er damit *Ciceros* Gedanken vom Rechtsband, das die Bürger miteinander verband, wieder auf und integrierte ihn in seine Staatsrechtslehre.⁹⁴ Der Staat war in seinem Verständnis die Rechtsgemeinschaft der Bürger. Erst durch das Recht und die gemeinsame Anerkennung des staatlichen Rechts wurden aus miteinander unverbundenen Individuen Rechtsgenossen und Staatsbürger.

Um die Verbindung von Herrschern und Beherrschten als „notwendig“ qualifizieren zu können, stellte *Jellinek* auf das soziologische Merkmal des „Gehorsams“ ab. Er trennte dazu zwischen dem Gehorsam des einzelnen Untertanen, dessen Unterwerfung total sein und „bis zur gänzlichen Vernichtung der Persönlichkeit in Form von Strafe gehen“ konnte.⁹⁵ Im Gegensatz zur Gehorsampflicht des Einzelnen, die zu einer Reduktion der individuellen Rechtspersönlichkeit auf null führen konnte, stand im jellinekschen Verständnis der Gehorsam der Untertanen in ihrer Gesamtheit.⁹⁶ Dazu diente ihm ein soziologisches Verständnis des Gehorsams, der dem Machtbegriff *Webers* nahe stand. *Weber* definierte Macht als „jede Chance innerhalb einer sozialen Beziehung den eigenen Willen auch ge-

92 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 425 f. Vgl. auch *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 292.

93 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 407.

94 Vgl. dazu oben S. 31.

95 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 426.

96 Dazu *Kersten*, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 292 f.

gen Widerstreben durchzusetzen, gleichviel worauf diese Chance beruht.“⁹⁷ Ganz ähnlich sah *Jellinek* im Gehorsam der Untertanen das Fundament der Staatsmacht:

„Eine Gewalt, die befiehlt ohne daß ihr gehorcht würde, verliert ihren Charakter als Herrschermacht. Näher besehen ruht die ganze Staatsgewalt auf dem Gehorsam der Untertanen, all ihre Tätigkeit ist verwandelter Gehorsam.“⁹⁸

Aus der faktischen Anerkennung der Gehorsamspflicht und der Umsetzung des Gehorsams durch die Untertanen folgerte *Jellinek* die notwendige Einheit von Subjekt und Objekt, von Herrschern und Beherrschten.

Damit definierte er das Staatsvolk letztlich als genossenschaftliche Einheit auf territorialer Grundlage, die durch ihre gemeinsame Subjekt-Objektstellung innerhalb des Staates, durch das gemeinsame Innehaben von Rechten als Rechtssubjekte und von Pflichten als Pflichtsubjekte zu einem Staatsverband verschmolz.

Auch *Jellinek* muss daher als Anhänger der von *Foucault* beschriebenen Demokratisierung der Souveränität gelten.⁹⁹ Die Rechte des Einzelnen mussten sich nach *Jellineks* Auffassung herrschaftsnotwendig der befehlenden Gewalt des Imperiums entgegenstellen. Dennoch wirft seine Konzeption eine folgenschwere Frage auf: Wer gehörte zu diesem Staatsverband und wer nicht? Wer besaß Anteil an der Herrschaft und war damit positiv berechtigtes Staatsglied?

Im System der subjektiven öffentlichen Rechte erläuterte *Jellinek* die Mitgliedschaft im Staatsverband:

„Kraft der Gewährung positiver Ansprüche an den Staat wird die Mitgliedschaft am Staate von einem reinen Pflichtverhältnis zu einem doppelten, zugleich berechtigenden und verpflichtenden Zustande. Dieser Zustand ist es, der als Staatsangehörigkeit, Staatsbürgerschaft, Staatsbürgerrecht, nationalité bezeichnet wird.“¹⁰⁰

Voraussetzung für die Stellung von Ansprüchen an den Staat war nach *Jellineks* Verständnis grundsätzlich der Besitz der Staatsangehörigkeit. Dies hatte weitreichende Folgen für Staatsfremde. Ihnen fehlten nicht nur die Berechtigungen der positiven und aktiven Status. Sie waren grundsätzlich

97 Weber, Wirtschaft und Gesellschaft, 1972, S. 28.

98 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 426.

99 Vgl. dazu oben S. 38 f.

100 Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 111.

auch von den Abwehransprüchen gegen den Staat, die aus menschen- und bürgerrechtlichen Freiheitsgarantien folgten, ausgeschlossen. Sie besaßen zwar dem Grunde nach eine persönliche Freiheitssphäre, jedoch war die Fähigkeit, vom Staat Nichtstörung dieser Sphäre verlangen zu können, wiederum dem positiven Status zuzurechnen. Denn der Anspruch auf Nichtstörung der Freiheitssphäre gegen den Staat normierte die Macht, ein bestimmtes staatliches Verhalten durchzusetzen, das wiederum nur der Rechtsstellung des Bürgers als Herrschaftssubjekt entspringen konnte.¹⁰¹

Damit waren Fremden grundsätzlich Ansprüche gegen den Staat verwehrt. Sie befanden sich in einer objektivierten, passiven Position zum Herrschaftsträger. *Jellinek* erkannte jedoch, dass auch Ausländern Ansprüche gegen für sie fremde Staaten zustehen konnten. Der positivistischen Tradition folgend fasste er deshalb den Begriff des Staatsangehörigen weiter und dehnte ihn auf vorübergehende Staatsmitglieder aus:

„Auch der blos kraft der Gebietshoheit dem Staate Verpflichtete ist im modernen Staate nicht blos subditus temporarius, auch ihm steht vorübergehend, in geringerem Umfange allerdings als den bleibenden Staatsmitgliedern, ein Mass rechtlicher Ansprüche an den Staat zu, er ist auch *civis temporarius*.“¹⁰²

Jellinek fasste den Begriff der Staatsangehörigkeit so deutlich weiter, als er ihn durch das positive Recht des ausgehenden 19. Jahrhunderts ausgestaltet vorfand.¹⁰³ Im System der subjektiven öffentlichen Rechte erkannte er in der dem Ausländer zuerkannten, gliedlichen Stellung im Staat „den legislatorischen Ausdruck“ der Menschen- und Bürgerrechte, dem „eine bleibende Bedeutung für die Grundlagen der modernen Staatsordnung“ zukam.¹⁰⁴ In der Allgemeinen Staatslehre erachtete er es als „das Resultat der gesamten Kulturentwicklung, daß im modernen Staate jeder Mensch, der irgendwie der Staatsgewalt untertan ist, zugleich auch ihm gegenüber Person ist.“¹⁰⁵

101 Ebd., S. 100.

102 Ebd., S. 111. Ähnlich formuliert es *ders.* in der Allgemeinen Staatslehre, 1929, S. 408.

103 Dazu *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 15-25; *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 79-93.

104 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 111. Die Menschenrechte geraten dadurch in einen „objektivrechtlichen Sog“, *Kirste*, Vom status subiectionis, in: Pförtner/Kähler, Normativer Individualismus, 2014, S. 177, 181.

105 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 408.

Damit hatte *Jellinek* jedoch nur diejenigen Fremden im Blick, die vorübergehend der Staatsgewalt unterworfen waren, die reisenden *cives temporarii*. Diese waren auch Teil des Staatsvolkes:

„Mitglieder des Staates, Volk in seiner subjektiven Qualität, sind die Gesamtheit der Staatsgenossen, d.h. derjenigen, die rechtliche Ansprüche an die Staatsgewalt haben.“¹⁰⁶

Ausgeschlossen davon blieben aber diejenigen, die dauerhaft unter der Staatsgewalt lebten, aber weder dauerhafte Staatsmitglieder noch *cives temporarii* waren. In einem solchen Fall lag nach *Jellinek* kein vollendet Staat vor:

„Eine Vielheit von Menschen, die unter einer gemeinsamen Herrschaft stehen, ohne die subjektive Qualität des Volkes zu besitzen, wäre kein Staat, weil jedes die einzelnen zu einer Einheit verbindende Moment mangelte.“¹⁰⁷

Ein solcher Fall lag nach *Jellinek* bei einem „Sklavenstaat, an dessen Spitze ein großer Plantagenbesitzer stände“ vor.¹⁰⁸ Er wäre „nur dem Namen nach ein Staat“, weil „kein Rechtsband [...] Tausende von Sklaven [...] miteinander [verknüpfte].“¹⁰⁹ Ähnliches galt für einen Landesherrn der mittelalterlichen Welt.¹¹⁰ Im modernen Staat gab es nach *Jellinek* solche reinen Herrschaftsverhältnisse nicht. Der moderne Staat war per definitio nem ein Rechtsstaat, der erst durch die verbindende Kraft der gemeinsamen Anerkennung des Rechts entstand und bestand. Das führte *Jellinek* zum Problem der Kolonialherrschaft:

„In der Gegenwart bieten die deutschen Schutzgebiete ein treffendes Beispiel dafür, daß sogar innere Einheit der Staatsgewalt allein nicht ausreicht, um eine staatliche Einheit zu begründen. Die Schutzgewalt ist mit der Reichs gewalt identisch, dennoch bilden die Schutzgebiete mit dem Reiche keine staatliche Einheit, weil das Volk dieser Gebiete zwar vom Reiche beherrscht wird, aber mit dem Reichsvolke dessen subjektive Qualität nicht teilt.“¹¹¹

Damit war nicht nur gesagt, dass Kolonien keinen integralen Bestandteil des Staates selbst bildeten und nicht bilden konnten. Es implizierte auch, dass einheimische Koloniale zu einseitig objektivierten Untertanen degra-

106 Ebd., S. 409.

107 Ebd., S. 407.

108 Ebd.

109 Ebd., S. 407 f.

110 Ebd., S. 407.

111 Ebd.

dient waren, denen keine Rechte an der über sie ausgeübten Herrschaft des Staates zustanden. Sie befanden sich außerhalb des Staatsvolks und damit außerhalb des Staates, wurden aber dennoch von der sie umfassenden Staatsgewalt beherrscht.

Diese Konzeption war eine Konsequenz der herrschenden Völkerrechts- und Kolonialstaatsrechtslehre des fin de siècle. Kolonien und Protektorate europäischer Mächte waren zwar völkerrechtlich dem Mutterland zugeordnet. Staatsrechtlich konstituierten sie jedoch ein von den Kolonialmächten differentes Rechtssubjekt.¹¹²

Das Völkerrecht im ausgehenden 19. Jahrhundert trennte zwischen zivilisierten, vorwiegend europäischen Mächten, denen allein Rechtssubjektivität im Völkerrecht zukam, und den unzivilisierten Ureinwohnern als Kolonisierungsobjekte:¹¹³

„International law has to treat such natives as uncivilized. It regulates, for the mutual benefit of civilized states, the claims which they make to sovereignty over the region, and leaves the treatment of the natives to the conscience of the state to which the sovereignty is awarded“.¹¹⁴

Trotz der Bandbreite des von Großbritannien dominierten internationalen Diskurses um das koloniale Völkerrecht, war die überwiegende Zahl der Autoren der Auffassung, dass „such natives“ keine Souveränitätsrechte besitzen konnten.¹¹⁵ Ihnen fehlte es an geeigneten staatlichen Strukturen, weshalb Souveränität ein rein europäisch definierter Begriff wurde. Die europäischen Staaten besaßen die Souveränität über die von ihnen beherrschten Kolonien. Sie hatten diese aber zum Wohle der Beherrschten auszuüben, um ihnen die „Segnungen der Zivilisation“ zu bringen.¹¹⁶ *Rudyard Kipling* brachte diesen Gedanken in seinem berühmten Gedicht „The White Man’s Burden“ im Jahr 1899 zum Ausdruck:

-
- 112 Dazu ausführlich *Grewé*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 552-554. Entstanden war die Verknüpfung von Mutterland und Kolonie erst durch den Niedergang der informellen Kolonialherrschaft der Handelskompanien und der damit verbundenen direkten Herrschaft der Kolonialmächte: *Ziegler*, Völkerrechtsgeschichte, 2007, S. 177 f.; *Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, 2004, S. 116-127.
- 113 *Obregón*, The Civilized and the Uncivilized, in: Fassbender/Peters, Oxford Handbook of the History of International Law, S. 917, 921-927.
- 114 *Westlake*, Chapters on the Principles of International Law, 1894, S. 143; vgl. dazu *Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, 2004, S. 127.
- 115 *Koskenniemi*, The Gentle Civilizer of Nations, 2004, S. 98-178, insb. S. 127-132.
- 116 *Grewé*, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 528.

„Take up the White Man's burden
Send forth the best ye breed
Go bind your sons to exile
To serve your captives' need;
To wait in heavy harness,
On fluttered folk and wild
Your new-caught, sullen peoples,
Half-devil and half-child.“¹¹⁷

Die Kolonisierten waren nicht nur lyrisch, sondern auch völkerrechtlich teuflische Kinder. So schrieb *Franz von Holtzendorff* im Jahr 1887:

„Europäischen Nationen gegenüber haben, völkerrechtlich genommen, staatenlos lebende Wilde ebensowenig Handlungsfähigkeit, wie in civilrechtlicher Hinsicht Kinder oder Unmündige.“¹¹⁸

Zu dieser Lehre passte auch das Verschwinden des Begriffs „Kolonie“ aus der Völkerrechtstheorie des 19. Jahrhunderts.¹¹⁹ Kolonien und Protektorate wurden zu rein staatsrechtlichen Begriffen. Diese Entwicklung war vornehmlich durch den Zusammenbruch der informellen Imperien der Handelskompanien im Verlauf des 19. Jahrhunderts bedingt.¹²⁰ Sie begünstigte eine juristische Konstruktion, die zur direkten Unterordnung der Einwohner der Kolonien unter die Staatsgewalt und Souveränität der Kolonialmächte führte. Die Trennung von Kolonie und Metropole wurde von einem völkerrechtlichen Externum in ein staatsrechtliches Internum verlagert.

Aus dieser völkerrechtlichen Lehre zog *Jellinek* die staatsrechtliche Konsequenz, dass die Völker der Schutzgebiete „zwar vom Reiche beherrscht [wurden], aber mit dem Reichsvolke dessen subjektive Qualität nicht teilt[en].“¹²¹ Die Schlussfolgerung war auf der Grundlage des Positivismus des fin de siècle logisch. Ein Volk das keine Souveränität besaß, weil es unzivilisiert war, konnte auch nicht an der Souveränität der zivili-

117 Kipling, The White Man's Burden, in: ders., 100 Poems, 2013, S. 111.

118 Holtzendorff, Handbuch des Völkerrechts, Bd. 2, 1887, S. 256; ähnlich Martitz, Das Internationale System, AöR 1886, 3, 17 dort Fn. 55, und Adam, Völkerrechtliche Okkupation, AöR 1891, 193, 240 und passim.

119 Zum Ganzen Grawe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 552-555.

120 Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations, 2004, S. 116-121; Grawe, Epochen der Völkerrechtsgeschichte, 1984, S. 546-552.

121 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 407.

sierten Kolonialmacht teilhaben.¹²² Es war als einseitig beherrschtes Mündel der „conscience of the state to which the sovereignty is awarded“ anvertraut. Dabei war das Gewissen der Kulturnationen kein völkerrechtlich irrelevanter Begriff, der zu einer Willkürherrschaft berechtigte. Auch die – jeglichen Gedanken an eine Souveränität der Ureinwohner verneinende – deutsche Völkerrechtslehre gestand den Kolonialen Rechte zu, die ihnen von Natur aus oder aus Gründen der Vernunft zu gewähren waren:¹²³

„Gemäss des den Wilden zukommenden Rechtsschutzes haben sie einen Anspruch gegen den okkupierenden Staat auf Erhaltung ihrer Gattung und jener Bedingungen, wodurch Ersteres ermöglicht wird. Daraus folgt, dass besonders das private Eigentumsrecht der Eingeborenen am Grund und Boden geachtet werden muss.“¹²⁴

Bemerkenswert ist der Geltungsgrund dieses rechtlichen Rahmens der Herrschaft der Kolonialmächte:

„Dass die Kulturstaaten, welche in Verkehrsbeziehungen zu niedriger entwickelten Menschenrassen treten, in diesen die Gattung des Menschen ehren, nicht auf Ausrottung oder Knechtung, sondern auf Erziehung und Heranbildung dieser Stiefkinder der Natur zu höheren Kulturstufen hinwirken müssen, wird heute Niemand mehr bestreiten wollen. Die Völkermoral schützt die niedrigen Rassen gegen Vergewaltigung durch die höher stehenden.“¹²⁵

Die Rechte, die den kolonisierten Indigenen zu gewähren waren, waren alles andere als herrschaftsnotwendige, subjektive öffentliche Rechte im jellinekschen Sinne. Sie entstanden nicht aufgrund der soziologisch notwendigen Beteiligung des Staatsvolkes an der Herrschaft, aufgrund der Einheit von Subjekt und Objekt. Ihr Geltungsgrund war die „Völkermoral“ und damit letztlich die Zivilisierungsmission der westlichen Kulturnationen, die im Laufe der Geschichte von sklavenhandelnden Kolonialherren zu zivilisierten Lehrern der „Stiefkinder der Natur“ geworden waren. Die Rechte der indigenen Völker waren Ausfluss der „White Man’s Burden“.

122 Jellinek verstand unter Souveränität neben ihrer negativen, andere Staaten von jeder Einwirkung ausschließenden Gewalt, auch die „Eigenschaft einer Staatsgewalt, kraft deren sie die ausschließliche Fähigkeit rechtlicher Selbstbestimmung und Selbstbindung hat.“, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 481. Die Fähigkeit zur Selbstbestimmung und Selbstbindung wurde den staatenlos lebenden Indigenen soziologisch abgesprochen.

123 Koskenniemi, The Gentle Civilizer of Nations, 2004, S. 128.

124 Adam, Völkerrechtliche Okkupation, AÖR 1891, 193, 235.

125 Ebd., 234.

Die juristische Konstruktion der Herrschaft über die Kolonien bestand demnach gerade nicht in der Verbindung von Subjekt und Objekt, sondern in der Unterwerfung eines Kolonisierungsobjektes unter die Herrschaft eines von diesem abstrakten Kolonisierungssubjektes, die allerdings zum Wohle des ersten zu erfolgen hatte.¹²⁶ Sie war eine augustinische Herrschaft. Herrscher und Beherrschte standen sich völlig getrennt voneinander gegenüber. Dabei war die Beherrschung weder zweckungebunden noch völlig willkürlich. So wie die mittelalterliche Herrschaft des weltlichen Fürsten Amtscharakter hatte und der Erhaltung des irdischen Friedens und des Wohles der Beherrschten zu dienen hatte,¹²⁷ so hatte die Kolonialherrschaft des weißen Mannes den Zweck, das Wohl der „niedrigen Rassen“ zu befördern und das Ziel sie zu einer „höheren Kulturstufe“ zu erziehen. *Augustinus*‘ heilsgeschichtlicher Topos wurde durch die Zivilisierungsmission des westlichen Imperialismus ersetzt. Die moralische Legitimation, Zwecksetzung und Begrenzung obrigkeitlicher Herrschaft wurde neu kodiert. Das juristische Konzept blieb identisch.

Nach *Jellineks* Staatsverständnis fielen die indigenen Völker damit aus der Definition des Staates heraus. Im Fall der deutschen Schutzgebiete war es *Jellinek* ein Leichtes, die Grenze zwischen subjektiv berechtigten Staatsmitgliedern und objektiv unterworfenen Nichtmitgliedern zu ziehen. Seine – dem kolonialen Völkerrecht entlehnte – Unterscheidung zwischen Staatsgenossen und objektiv beherrschten Untertanen war jedoch nicht in dieser Schärfe und Absolutheit aufrechtzuerhalten:

„Die eingeborenen Stämme der afrikanischen Schutzgebiete, die nomadischen Indianer Nordamerikas sind der Herrschaft der sie umfassenden Staatsgewalten unterworfen, ohne doch Staatsgenossen zu sein. Von solchen dem Staate unterworfenen und dennoch außerhalb des Staates stehenden Gruppen bis zu dem gänzlich auf der Gemeinschaft freier Menschen aufgebaute Staate gibt es mannigfache Übergänge. Beschränkte Staatsgenossenschaft kann unterworfenen Völkern und zurückgesetzten Volksklassen zustehen.“¹²⁸

Jellinek weichte so seine aristotelisch-ciceronische Position, dass mit Unfreien kein Staat zu machen sei und dass ein notwendiges Rechtsband

126 Vgl. ebd., 200-261. *Kirste* bezeichnet eine solche Herrschaft als „faktisches Verhältnis“, Vom status subjectionis, in: Pförtner/Kähler, Normativer Individualismus, 2014, S. 177, 187.

127 Vgl. dazu oben S. 33 f.

128 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 424.

Herrlicher und Beherrschte – Subjekt und Objekt – verband,¹²⁹ selbst auf. Er erkannte, dass „unterworfenen Völkern und zurückgesetzten Volksklassen“ eine „beschränkte Staatsgenossenschaft“ ebenso zustehen konnte, wie sie gänzlich von der Staatsgenossenschaft ausgeschlossen bleiben konnten. Die Übergänge waren demnach fließend. Dem modernen Staat war es möglich zu bestimmen, welchen Grad der Staatsgenossenschaft er einer soziologisch definierten Gruppe zuerkannte. Der Begriff der Staatsangehörigkeit und die Bedeutung der nationalité waren demnach nicht konstant. Sie waren wandelbar und verhandelbar. Dementsprechend wandte sich *Jellinek* auch gegen die Versuche seiner staatsrechtslehrenden Kollegen den Begriff der Staatsangehörigkeit rechtlich definieren zu wollen.¹³⁰ Diese seien stets misslungen. Den Grund des Scheiterns sah er „in der nicht erkannten [...] Thatsache, dass zwar der Inhalt von Rechten, nicht aber der von Zuständen allseitig begrifflich bestimmt werden kann.“¹³¹

Jellinek entlehnte die Unterscheidung zwischen undefinierbaren juristischen Zuständen und definierbaren Rechten kurzerhand *Kants* Dialektik von Sein und Sollen. Dabei wurde der Begriff des Staatsangehörigen und mit ihm der der Person „rechtlich vollkommen relativiert und durch den Staatswillen positivistisch definiert“:¹³²

„Der rechtliche Zustand bedeutet ein dauerndes, kraft juristischer Anschauungsweise hypostasiertes Verhältniss, ein Sein im juristischen Sinne. Nun lässt sich zwar ein Thun, niemals aber ein Sein, als die Substanz einer unbestimmten Zahl von Vorgängen, in befriedigender Weise definiren. Die zum Sein verdichtete Relation zwischen Individuum und Staat bleibt nämlich als solche ganz unverändert, welchen konkreten Inhalt man ihr auch setzen möge. Sollten z.B. die rechtlichen Ansprüche der deutschen Reichsangehörigen an das Reich noch so sehr reducirt oder erweitert werden, die Relation „Deutscher“ würde als solche bestehen bleiben, bereit jeden wechselnden Inhalt in sich aufzunehmen.“¹³³

Damit transferierte *Jellinek* die Begründung und Ausgestaltung des Verhältnisses zwischen Individuum und Staat und mit ihnen die Entstehung

129 *Jellinek* bezog sich dabei ausdrücklich auf Aristoteles: „Nur unter Freien, führt Aristoteles weiter aus, ist ein Recht im politischen Sinne möglich, und ohne dieses Recht gibt es keinen Staat.“, ebd., S. 408.

130 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 111-115.

131 Ebd., S. 112.

132 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 289.

133 *Jellinek*, System der subjektiven öffentlichen Rechte, 1892, S. 112.

der Rechtspersönlichkeit selbst in ein außerrechtliches Faktum.¹³⁴ Jener Zustand, der sich „als dauernde [...] Zugehörigkeit zu einem Staate umschreiben, aber nicht definiren“ ließ, war die Staatsangehörigkeit.

Jellinek setzte sich damit allerdings selbst in einen augenscheinlichen Widerspruch zu seiner Auffassung von der Notwendigkeit des Rechtsbands zwischen Herrschern und Beherrschten. Die indigenen Völker waren, weil sie nicht zur Souveränität befähigt waren, kein Teil des Volkes in seiner subjektiven Qualität. Zugleich aber musste ihr Gehorsam, ihre faktische Anerkennung der staatlichen Herrschaft, die Staatsmacht selbst und damit die Einheit von Subjekt und Objekt aufrechterhalten:

„Die Staatsgewalt muß aber auch [...] auf der Volksüberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit ruhen, was für jede Staatsform, selbst die unumschränkte Monarchie gilt.“¹³⁵

Diese faktische Anerkennungslehre genügte Jellinek, um seinen Systemgedanken aufrecht zu erhalten. Letztlich war damit aber die notwendige Beteiligung des Staatsvolks an der Herrschaft auf eine nicht näher definierte „Volksüberzeugung von ihrer Rechtmäßigkeit“ reduziert. Selbst diese Notwendigkeit galt für die kolonisierten Völker nicht, da sie schlicht außerhalb des Staates standen und keinerlei Subjektstellung besaßen. Daraus aber die Unrechtmäßigkeit der Kolonialherrschaft ableiten zu wollen, kam Jellinek nicht in den Sinn. Seine Statuslehre war nur der Ausdruck eines vorgefundenen Faktums. „Der aktuelle *status* der Person [war] relativ zur Kulturentwicklung zu bestimmen“, brachte es Kersten auf den Punkt.¹³⁶ Solange nur der Gehorsam der Untertanen im Ganzen vorhanden war, war die Einheit von Subjekt und Objekt eingehalten. Dem stand nicht entgegen, dass bestimmte Gruppen gänzlich von subjektiven Ansprüchen gegen den Staat ausgeschlossen blieben.¹³⁷ Diese Gruppen waren keine Staatsangehörigen, sondern blieben vollständig Fremde.

Wer zu welchem Grade Staatsangehöriger war und wer ein Fremder blieb, war damit einem außerrechtlichen Diskurs um Nation und Zivilisation überantwortet.

134 So auch Suppé, Die Grund- und Menschenrechte in der deutschen Staatslehre, 2004, S. 295.

135 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 424.

136 Kersten, Georg Jellinek und die klassische Staatslehre, 2000, S. 289. Hervorhebung im Original.

137 So auch Kirste, Vom status subjectionis, in: Pförtner/Kähler, Normativer Individualismus, 2014, S. 177, 182 f.

Es war ein Diskurs um staatliches Ordnungshandeln, der seit dem Kaiserreich zunehmend verwissenschaftlicht wurde.¹³⁸ Nationalökonomien, Soziologen und Psychologen beschrieben als Wissenschaftler Bevölkerungsgruppen innerhalb und außerhalb von Nation und Zivilisation. Sie konstruierten Identitäten und ordneten ihnen soziale und damit rechtliche Status zu.¹³⁹ Sie schufen ein Wissen, das der wachsende Sozialstaat für seine Leistungsverwaltung in zunehmendem Maße brauchte. Die Experten der Rentenversicherung konstruierten dabei nicht nur Gruppenbegriffe wie „Rentner“. Sie halfen nicht nur der Angestelltenschicht zu einer von der Arbeiterschaft sozial distinkten Gruppenidentität mittels der Angestelltenversicherung.¹⁴⁰ Sie waren, wie zu zeigen sein wird, auch aktiv in der Verwaltung des Fremden. Sie produzierten Differenz nach außen.

Für *Jellinek* waren diese Diskurse auf der Grundlage des zeitgenössischen Rechtspositivismus nicht juristisch artikulierbar. Lediglich die Ergebnisse waren als juristische Zustände fassbar. Deshalb integrierte er soziologische und sozialpsychologische Erkenntnisse in seine Staatsrechtslehre und verlieh dem sogenannten Faktischen Normativität. Staatsrechtlich waren dem Staat kaum Grenzen gesetzt. Er konnte alle Untertanen gänzlich in seinen Verband der Staatsangehörigen aufnehmen oder Teile von seiner Gemeinschaft ausschließen, obwohl er über sie herrschte.¹⁴¹ Dazwischen gab es eine Vielzahl von Schattierungen, die als „cives temporarii“ oder „beschränkte Staatsgenossen“ in Erscheinung traten. Dem Staat standen rechtliche Möglichkeiten der Ordnung der Bevölkerung zur Verfügung, die von der Gemeinschaft freier Bürger der griechischen Polis bis zur Unterwerfung in ein einseitiges Gehorsamsverhältnis nach mittelalterlicher Vorstellung reichten. Er konnte dabei zwischen diesen Konzepten beliebig wechseln und dazwischenliegende Mischformen erfinden ohne auf rechtliche Schranken zu treffen. All diese rechtlichen Verhältnisse zwischen Individuum und Staat waren nach positivistischer Lesart nur Ausdruck eines juristischen Seins. Nur die Rechte, die den Status entsprangen, waren definierbar und kategorisierbar. Der Status selbst war nur beschreibbar.

138 Szöllösi-Janze, Wissensgesellschaft in Deutschland, GuG 2004, S. 277, 286 f.

139 Ebd.

140 Ebd., S. 287 f.

141 Kirste, Vom status subiectionis, in: Pförtner/Kähler, Normativer Individualismus, 2014, S. 177, 191.

Zwischen *Eigenem* und *Fremdem* zu trennen und das Dazwischenliegende zu ordnen, darin lag die unantastbare und unregierbare Substanz des modernen Staates. Der Staat war zum Substrat der Gesellschaft geworden. Seine Aufgabe war es, zu bestimmen, wer die Gesellschaft war. Genauer gesagt musste er bestimmen, wer bis zu welchem Grade Teil dieser Gesellschaft und damit national und souverän war. In der Verteilung von öffentlich-rechtlichen Ansprüchen gegen sich selbst erfand er sich stets selbst neu. In der Beliebigkeit, dies zu tun, lag ein Teil seiner Macht. Die äußere Grenze zum *Fremdem*, das weder national noch souverän war, zu bestimmen, war seine größte Macht.¹⁴² Er hieß Nationalstaat. Er war im Begriff, ein Sozialstaat zu werden.

II. Sozialversicherung und die Anderen

Mit der Kopplung des Naturrechts und der Grund- und Menschenrechte an einen staatlichen Anwendungsbefehl war *Jellinek* ein klassischer Vertreter des Rechtspositivismus seiner Zeit. Die positivistische Formulierung der Staatsangehörigkeit, in der selbst die Entstehung der Rechtspersönlichkeit von einem staatlichen Rechtsakt abhing, war nicht nur Ausfluss einer juristischen Rationalität. Insbesondere bei *Jellinek* fußte sie auf der gesteigerten Beachtung empirisch-sozialwissenschaftlicher Erforschung und Beschreibung von Vergesellschaftungsprozessen, die er möglichst genau im Recht abzubilden suchte. So gelang es ihm, die positivrechtliche Verankerung von Grund- und Menschenrechten als Ergebnis eines kulturellen Fortschritts im Sinne einer prozesshaften Implementierung zu fassen.

Indem *Jellinek* den Diskurs um die Staatsangehörigkeit in das Außerrechtliche, Faktische und Soziologische verlagerte, erweiterte er zugleich den rechtlichen Begriff der Staatsangehörigkeit. Er umfasste in seinem Verständnis nicht nur jenen formalisierten, statischen Angehörigkeitsstatus, wie er von den Staaten des Deutschen Bundes vor 1871 oder den Gliedstaaten des Reichs nach 1871 vergeben worden war.¹⁴³ Vielmehr lag in jeder Zuteilung von subjektiven öffentlichen Rechten die Verleihung einer partiellen Staatsgenossenschaft. Damit war der Begriff der Staatsan-

142 Schinkel, From Zoopolitics to Biopolitics, EJST 2010, 155, insb. 166.

143 Fahrmeir, Citizens and Aliens, 2000, S. 19-42; Gosewinkel, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 27-101, 136-277; Schönberger, Unionsbürger, S. 94-117; Quaritsch, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 4-8.

gehörigkeit nicht nur inhaltlich beliebig ausfüllbar, sondern auch äußerlich entgrenzt. So war für *Jellinek* bereits die Einräumung von Prozessfähigkeit und Klagemöglichkeit zu Gunsten eines Ausländer vor einem Zivilgericht Ausdruck eines (partiellen) Staatsbürgerrechts. Im jellinekschen Sinn war damit die Frage des Innehabens von Rechten immer eine Frage des subjektiven Status und damit deckungsgleich mit der (graduellen) Zugehörigkeit zu einem staatlich verfassten Kollektiv.¹⁴⁴ Die Frage der Menschenrechte war davon nicht zu trennen. Vielmehr lag nach seiner Konzeption in der Anerkennung der Rechtspersönlichkeit eines Staatsfremden stets der kulturelle Ausdruck eines Menschenrechts.

Damit war die Zuordnung von Individuen zu Staaten nicht im Sinne *Hannah Arendts* statisch und exklusiv zu verstehen.¹⁴⁵ Zuordnung war nicht auf das Rechtsinstitut der Staatsangehörigkeit beschränkt. Vielmehr fand das Maß der Zugehörigkeit seinen Ausdruck in den subjektiven Rechten, die einem Individuum zu Teil wurden.

Das wirft die Frage auf, nach welchen Rationalitäten im modernen Staat Zugehörigkeit organisiert wurde, indem subjektive Rechte verteilt wurden und welche Rolle der Sozialversicherung dabei zukam. Um diese Frage zu beantworten, werden zunächst sozialtheoretische Konzepte vorgestellt, die die politische und juristische Rationalität des modernen Vorsorgestaates erklären und die Bedeutung der Sozialversicherung für diesen herausarbeiten (1.). Sie haben ihren Ausgangspunkt in der oben beschriebenen Emanzipation des staatsphilosophischen und juristischen Denkens von der mittelalterlichen Herrschaftsauffassung. Das Verständnis des Vorsorgestaates im Sinne *Ewalds* setzt die Erläuterung der sich im 18. Jahrhundert entwickelnden liberalen Gouvernementalität in ihrem Verhältnis zum klassischen Verständnis des Rechts voraus. Die Analyse folgt damit den Gouvernementalitätsstudien im Gefolge *Foucaults*. Danach wird der

144 Ein ähnlich weiter Zugehörigkeitsbegriff findet sich bei *Kirchhof*, Der demokratische Rechtsstaat, in: HStR IX, 1997, § 221, Rn. 17, und *Graser*, Gemeinschaften ohne Grenzen?, 2008, S. 64-90.

145 *Arendt* geht von einem „Recht, Rechte zu haben“ aus, dessen Verlust mit dem Verlust der Staatsangehörigkeit einhergeht. Mithin identifiziert *Arendt* die Abhängigkeit materieller Rechte von Statusrechten als Kernproblem der positivistischen Rechtsauffassung: „Der Verlust der Menschenrechte findet nicht dann statt, wenn dieses oder jenes Recht, das gewöhnlich unter die Menschenrechte gezählt wird, verlorengieht, sondern nur, wenn der Mensch den Standort in der Welt verliert, durch den allein er überhaupt Rechte haben kann.“ *Dies.*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft, 2001, S. 613 f.

Frage nachgegangen, wie innerhalb der Rationalität des Vorsorgestaates Zugehörigkeit organisiert wurde (2.). Dabei wird zum Schluss das sich ab dem frühen 20. Jahrhundert entwickelnde, koordinierende Sozialrecht als internationale Zugehörigkeitsordnung gefasst (2. b)). Dies dient als theoretische Leitlinie für die weitere Untersuchung des sich wandelnden Status der Polen in der deutschen Sozialversicherung in den folgenden Kapiteln.

1. Die Wandlung des Rechts im Staat der Bio-Politik: Polizey, Liberalismus, Vorsorge

Als die Rechtsgelehrten der frühen Neuzeit begannen, die Legitimation des Staates im Volk zu suchen, taten sie dies nicht losgelöst von zeitgenössischen Entwicklungen. Sie taten dies vor dem Hintergrund eines sich verändernden Staates, der seine Herrschaft intensivierte und seine Verwaltung ausweitete. Ein Staat, der mit der augustinischen Staatsvorstellung allein immer unzureichender zu beschreiben und zu legitimieren war. Der Staat wandelte sich zu einer Institution, die nicht mehr eine diesseitige Aufgabe für das Jenseits zu erfüllen hatte, sondern sich die Förderung des Lebens im Diesseits um des Lebens willen auf die Fahnen schrieb. *Foucault* bezeichnet diesen „Eintritt des Lebens in die Geschichte“ als den Beginn der Bio-Politik.¹⁴⁶ Der Begriff der Bio-Politik dient im Werk *Foucaults* der historischen Kategorienbildung.¹⁴⁷ Bio-Politik lässt sich damit nicht mit dem Aufkommen des Biologismus in Sozialwissenschaften und staatlichen Institutionen des späten 19. Jahrhunderts gleichsetzen. Er geht in seiner Bedeutung aber auch wesentlich über die Bezeichnung für das Politikfeld der Biotechnologien, die ihm seit Mitte der 1980er Jahre zugeschrieben wurde, hinaus.¹⁴⁸ Die Bio-Politik im ursprünglich foucaultschen Sinn lässt sich vielmehr in zwei verschiedene Technologien unterteilen, die sich historisch nacheinander entwickelten.¹⁴⁹ Die erste Technologie bezeichnet *Foucault* als Disziplinierung des individuellen menschlichen Körpers. Sie

146 *Foucault*, Der Wille zum Wissen, 2012, S. 137. Bio-Politik wird dabei verstanden als „die sorgfältige Verwaltung der Körper und die rechnerische Planung des Lebens.“ Ebd., S. 135. Vgl. dazu *Gehring*, Bio-Politik/Bio-Macht, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 231.

147 *Gehring*, Bio-Politik/Bio-Macht, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 230 f.

148 Ebd., S. 231.

149 *Foucault*, Der Wille zum Wissen, 2012, S. 134 f.

entwickelte sich seit dem 17. Jahrhundert und tritt in Einrichtungen wie der Schule, dem Gefängnis, dem Militär oder der Fabrik in Erscheinung. Die zweite Technologie der Bio-Politik hat die Regulierung ganzer Bevölkerungen, die dabei als Einheit konzipiert werden, zum Gegenstand. Letztere Technologie entwickelt sich langsam ab der Mitte des 18. Jahrhunderts und kann als Bio-Politik im engeren Sinne verstanden werden. Der Mensch wird dabei nicht mehr nur als individueller Körper angesehen, sondern als Gattung, dessen Leben anhand von politischen Strategien organisiert werden muss:

„[D]ie biologische Modernitätsschwelle einer Gesellschaft liegt dort, wo es in ihren politischen Strategien um die Existenz der Gattung selber geht. Jahrtausende hindurch ist der Mensch das geblieben, was er für Aristoteles war: ein lebendes Tier, das auch einer politischen Existenz fähig ist. Der moderne Mensch ist ein Tier, in dessen Politik sein Leben als Lebewesen auf dem Spiel steht.“¹⁵⁰

Das Leben und die mit ihm assoziierten Prozesse der Gattung Mensch wurden Teil des Politischen. Es entstanden regulierende Kontrollen, die Fortpflanzung, Geburten- und Sterberaten, Lebensdauer und Gesundheitszustand der Bevölkerung erfasssten. Beispielsweise entwickelte sich ab dem 19. Jahrhundert die Medizin mehr und mehr zu einer Sozialwissenschaft, indem sie Wechselwirkungen zwischen Krankheiten und Lebensbedingungen zu erforschen begann.¹⁵¹ Die Bio-Politisierung der Wissenschaften hatte auf den Staat und seine Politiken unmittelbare Auswirkungen. Im Zuge dessen unterlag auch die Position und Funktion des Rechts einem tiefgreifenden Wandel. Diesen hier nachzuzeichnen ist unentbehrlich, um den Wandel von rechtlichen Zugehörigkeitskonstruktionen erfassen zu können.

150 Ebd., S. 138.

151 Darin wird heute der historische Ursprung von Public Health gesehen. Dazu *Jakubowski*, Public Health in Europa, in: Schwartz/Walter/Siegrist/et.al., Public Health, 2012, S. 13 f. Public Health ist eine Disziplin, die Methoden der Medizin mit denen der Soziologie, Politikwissenschaft und weiteren Spezialdisziplinen verbindet. Vgl. dazu *Schwartz*, Public Health – Zugang zu Gesundheit, in: ebd., S. 3, 5.

a) Die gute Polizey der Individuen

Stolleis beginnt seine Geschichte des deutschen Sozialrechts im Moment der Krise der Kirche im 15. Jahrhundert. Ein Zeitpunkt, zu dem „die sich langsam ausbildende Fürstenherrschaft [...] in das ordnungspolitische Vakuum nach[rückte], das eine zerstrittene und von Verweltlichungstendenzen geprägte Kirche entstehen ließ.“¹⁵² Für *Stolleis* war dies der Beginn der schleichenenden Übernahme der christlichen Armenpflege mittelalterlicher Prägung durch den Staat. Ein Prozess, der nach dem Thesenanschlag *Luthers* im Jahr 1517 an Fahrt gewann und sich im weiteren Verlauf durch Reformation und Schisma vollends entfaltete. Es war eine Entwicklung, die von kollektiven Bewusstseinsveränderungen getragen zu einer Relativierung der religiösen Weltanschauung führte.¹⁵³ Das Vakuum, das die über Jahrhunderte andauernde Säkularisierung der philosophischen und politischen Welt schuf, wurde vom Staat aufgefüllt. Er wurde neu geboren als Staat des Volkes.

Funktionen, die die Kirche erfüllt hatte, nahm er nun selbst wahr und kodierte ihre Zwecksetzung um. Die Armenpflege war in den Händen des Staates kein Akt christlicher Nächstenliebe mehr. Ihr Ziel war nicht mehr das Seelenheil der Gläubigen, sondern die profane, diesseitige Bekämpfung der Armut. Die Armenpflege wurde anderen Diskursen und Rationalitäten unterworfen. Armut wurde als Gefahrenquelle für den Staat konstruiert. Sie war fortan ein Quell von Kriminalität, Unordnung und unerwünschter Migration. Das waren Gefahren, die es mittels der frühneuzeitlichen „guten Policey“ zu bekämpfen galt.

So wie der frühneuzeitliche Fürstenstaat die Aufgaben der christlichen Armenpflege übernahm, so wandelte sich auch das Denken über die Herrschaft mit der Anti-Machiavelli-Literatur. Dieser Wandel ist *Foucaults* Ausgangspunkt für die Postulierung seiner Konzepte der Gouvernementalität und der Bio-Politik.

Vom Staat, der einst ein Diener der Kirche war und dessen Herrscher mit „honestum“ im Sinne *Thomas von Aquins* zu regieren hatte, indem seine Herrschaft über das Volk die Herrschaft Gottes über die Natur nachbildete, war in *Machiavellis* Fürst nichts mehr übrig.¹⁵⁴ *Machiavelli* be-

152 *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts, 2003, S. 15.

153 Vgl. zum Folgenden ebd., S. 15-23.

154 *Böckenförde*, Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie, 2006, S. 261, 266 und passim; *Fach*, Schriften zu Politik, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-

schrieb und beriet einen Fürsten, dem es darum ging, seine Macht im Staat zu erhalten. *Machiavellis* Fürst verfolgte irdische und eigennützige Ziele.¹⁵⁵ Gegen den egoistischen Fürsten wandten sich im Laufe der Zeit immer mehr Autoren, die die Kunst des Regierens anders zu definieren suchten.¹⁵⁶ Für die Anti-Machiavellisten ging es bei der Regierung nicht darum, wie der Fürst seine Macht am geschicktesten erlangte und erhielt, sondern darum, wie man am besten regierte. Den Maßstab für diese neuartige „gute Regierung“ entnahmen sie dabei nicht mehr der Heiligen Schrift oder einer Interpretation derselben.¹⁵⁷

Für *Foucault* war damit nicht *Machiavelli* selbst, sondern die Anti-Machiavelli-Literatur der Beginn des Diskurses über die neuzeitliche Regierungskunst. *Foucault* diagnostiziert einen grundlegenden Wandel in der Literatur über Staat und Herrschaft, der die Grundierung seiner Geschichte der Gouvernementalität bildet. Der Hintergrund dieses Wandels ist die Überlagerung zweier Prozesse, die sich seit dem 16. Jahrhundert deutlicher abzeichnen: die Krise und die Reformation der Kirche und die Auflösung feudaler Strukturen.¹⁵⁸ Vor allem durch die Erosion der vormals monopolistischen christlichen Weltdeutung wird nach *Foucault* das Problem der Regierung aktuell. Damit ist nicht vorrangig die Regierung des Staates gemeint, sondern viel allgemeiner die Geistesgeschichte des 16. Jahrhunderts angesprochen:

„Die Rückkehr zum Stoizismus dreht sich im 16. Jahrhundert um die Reaktualisierung des Problems: »Wie sich selbst regieren?« Oder auch das Problem, die Seelen und die Lebensführungen zu regieren – das Problem, mit dem es das katholische oder protestantische Pastorat zu tun hatte. Oder das Problem, die Kinder zu regieren, die große Problematik der richtigen Erziehung, wie sie im 16. Jahrhundert auftaucht und sich entwickelt. Und schließlich –

Handbuch, 2014, S. 124; *Foucault*, [Staatsräson, Polizei], in: ders., Kritik des Regierens, 2010, S. 46, 50; ders., Sicherheit, 2014, S. 338 und passim.

155 *Machiavelli*, Der Fürst, 1972.

156 Am bekanntesten etwa *Friedrich II.*, Der Antimachiavell, 1991. Vgl. dazu *Fach*, Schriften zu Politik, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 124 f.

157 Ähnlich argumentiert *Kaufmann*, der den Begriff des Sozialen als Ausdruck der Säkularisierung begreift. Die Säkularisierung und Sozialisierung des Denkens wird vor allem dadurch fassbar, dass die Naturrechtsphilosophie die Frage „nach der Ordnung menschlichen Zusammenlebens unter rein innerweltlichen Prämissen stellte“. Ders., Sozialpolitisches Denken, 2003, S. 14 f.

158 *Foucault*, Die „Gouvernementalität“, in: ders., Kritik des Regierens, 2010, S. 91 f.

doch vielleicht nur an letzter Stelle – die Regierung der Staaten durch die Fürsten.“¹⁵⁹

Vielschichtige Veränderungen führten im 16. Jahrhundert dazu, dass das Problem des Regierens neu aufgerollt wurde. Als Paradebeispiel der sich entwickelnden Literatur über die Regierungskünste, die anti-machiavellistisch Moral, Ökonomie und Politik verband, nennt Foucault einen Text von *François de La Mothe Le Vayer* aus der Mitte des 17. Jahrhunderts. *Le Vayer* entwarf abstrakt eine dreigliedrige, aufsteigende Typologie der Regierung und ordnete jedem Regierungstypus eine spezifische Form der Reflexion, Wissenschaft oder allgemein formuliert des Erkenntnisgewinns zu.¹⁶⁰ Nach *Le Vayer* gibt es eine Regierung des selbst, deren Richtigkeit sich nach der Moral bemisst. Es gibt eine Regierung der Familie, die von der Ökonomie geprägt ist. Letztendlich, am oberen Ende der aufsteigenden Leiter, steht die Regierung des Staates, die von der Politik abhängt.¹⁶¹ Dabei war bereits *Le Vayer* bewusst, dass Politik weder gänzlich Moral noch Ökonomie ist, sondern in diesem Feld der Regierung in einer besonderen Wechselwirkung stehen, die aber letztlich auf die ersten beiden Stufen der Leiter zurückzuführen ist:

„Ainsi comme l’Oeconomie doit marcher après la Morale, elle doit ailleurs preceder la Politique, dautant les Maisons particulières & les Familles font devant les Villes & les Polices.“¹⁶²

Die Vereinnahmung der Armenpflege durch den Staat stand damit im Kontext eines grundlegenden Wandels des Denkens über Herrschaft und Regierung, der zugleich den ideengeschichtlichen Beginn der Neuzeit markiert. Die Antwort auf die Frage nach der „guten Regierung“ wurde nicht mehr in theologisch-metaphysischen Postulaten, sondern in der sozialen Realität gesucht.

Der Paternalismus entwickelte sich als erstes großes Paradigma der modernen Regierung.¹⁶³ So wie der Familienvater seine Familie regierte, so sollte auch der Herrscher den Staat regieren. In der Ökonomie wurde auf den Staat übertragen, was die Verwaltung des Oikos seit jeher dem Haus-

159 Ebd., S. 91 f.

160 Foucault, Sicherheit, 2014, S. 142 f.

161 *Le Vayer*, L’Oeconomique du Prince [1653], nachgedruckt in: Oeuvres, Bd. 1, Teil 2, 1756, S. 287 f.

162 Ebd., S. 288.

163 Fach, Schriften zu Politik, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 124 f.

herren auferlegt hatte.¹⁶⁴ Es liegt auf der Hand, dass diese Regierung eine ungleich intensivere war, als jene im Sinne *Thomas von Aquins*, die nur die äußerst distanzierte Herrschaft Gottes über die Natur nachzuempfinden brauchte. Die Ökonomie der Individuen wurde zum Maßstab für die „gute Regierung“ und die „gute Polizey“.

Darüber hinaus gab es überkommene Mechanismen, die die neue Staatsräson des ökonomisierten Polizeystaats begrenzten. Im System *Le Vayers* standen sie für die Moral. Die Theologie gehörte ebenso zu diesen Mechanismen wie das Recht.¹⁶⁵ Letzterem kam dabei eine ambivalente Bedeutung zu. Der gesamte Diskurs über das Naturrecht stand für die Dialektik von herrschaftsbegründender und herrschaftsbegrenzender Funktion des Rechts. Seine Legitimation und Inspiration fand das frühmoderne Recht nicht in der Zweckgebundenheit der Regierung und dem Wohl aller, sondern in einer abstrakten Vernunft, die man entweder in Gott oder einer fernen Vergangenheit zu finden suchte.¹⁶⁶ Das öffentliche Recht war daher dem Grunde nach oppositionell zur Regierung, insoweit es die paternalistisch-ökonomische Rationalität zu begrenzen suchte. Zugleich entwickelte es rechtliche Prinzipien der Verwirklichung des Polizeystaats und erfand mit Hilfe der Theorien von Vertrag und Souveränität juristische Begründungen von Unterwerfung und Gehorsam. Das Recht – oder genauer die Rechtstheorie – war daher dem Staat vorgängig in dem Sinne, als es ihn legalisierte und zum Rechtssubjekt erhob.

Doch die gouvernementale Rationalität sollte sich abermals wandeln. Sie suchte dann nicht mehr nach dem Muster des Familienoberhauptes die Individuen zu regieren, sondern ein von den Individuen abstraktes Ganzes zu regulieren. Dies sollte nachhaltige Folgen für das Recht und seine Position im Verhältnis zum Staat haben.

164 Foucault, Sicherheit, 2014, S. 143.

165 Foucault, Die Geburt, 2014, S. 22 f.

166 „Grenzen durch das Recht, die dem Staat, der Staatsräson äußerlich sind, das bedeutet in erster Linie, daß die Grenzen, die man der Staatsräson zu setzen versucht, Grenzen sind, die von Gott kommen oder die ein für allemal am Anfang festgelegt wurden, oder daß sie in einer fernen Vergangenheit formuliert wurden.“ Foucault, Die Geburt, 2014, S. 24 f. Zitat auf S. 25.

b) Die gute Polizey der Bevölkerung

Die Überwindung des Paternalismus gelang der gubernementalen Rationalität erst mit der Entdeckung des Phänomens der Bevölkerung.¹⁶⁷ Es genügte nicht mehr die Familie zum Ideal der Regierung zu stilisieren, sondern die „gute Regierung“ musste durch arithmetische und statistische Methoden ermittelt und perfektioniert werden. Die Bevölkerung wurde dabei als Einheit gedacht, die zugleich mehr und etwas anderes war als die Summe ihrer Teile. Es handelte sich bei der Bevölkerungspolitik daher nicht um eine „serielle Familienpolitik“, sondern um die Kontrolle und Effizienzsteigerung des Lebens nicht der Individuen, sondern des Volkes als Einheit.¹⁶⁸ Die Bevölkerung besaß nunmehr eigene Gesetzmäßigkeiten, nach denen sie regiert werden musste. Man entdeckte Sterbe- und Krankheitsraten ebenso wie Unfallwahrscheinlichkeiten. Im gleichen Maße, wie das Wissen von der Regierung verwissenschaftlicht wurde, wurde die Regierung von einer politischen Ökonomie abhängig. Statistik und Arithmetik gingen insbesondere in Deutschland in der Polizeywissenschaft auf, deren Ziel es war zum Wohle des Staates das Wohl seiner Bevölkerung zu maximieren.¹⁶⁹ Der Verwaltungsstaat der frühen Neuzeit, der die Individuen förderte und regulierte so wie der Hausvater seine Familie, wurde mehr und mehr ein Interventionsstaat auf makropolitischer Ebene. Die Bio-Politik der Individuen wurde zu einer Bio-Politik der Bevölkerung.¹⁷⁰ Aufgabe, Zweck und letztendlich auch Daseinsberechtigung des Staates war die Förderung des Wohls der Bevölkerung als Gesamtheit.

Dieser fundamentale Wandel hatte nachhaltige Konsequenzen für die Position des Rechts. Wurde das Recht zuvor als der Herrschaft äußerlich gedacht, wenngleich es sowohl herrschaftsbegründend und herrschaftsbegrenzend wirken konnte, so stand am Ende eines Transformationsprozesses, der im 18. Jahrhundert begonnen hatte und Ende des 19. Jahrhunderts vollendet wurde, das Gegenteil: die Verinnerlichung des Rechts in die Herrschaft und damit in den modernen Staat. Die positivistische Begründung der Rechtspersönlichkeit durch einen staatlichen Akt bei *Jellinek* ist

167 *Fach, Schriften zu Politik*, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 125.

168 Ebd.

169 *Foucault, Sicherheit*, 2014, S. 457 f.

170 *Gehring, Bio-Politik/Bio-Macht*, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 231.

ein eindrucksvoller Beleg des Ausgangs dieser Entwicklung.¹⁷¹ Wie war dies geschehen?

c) Die Heterogenität des Liberalismus: Zwischen politischer Ökonomie und Naturrecht

Maßgebend für diesen Transformationsprozess war die Entwicklung einer liberalen Regierungs rationalität. Die von der Regierung aus denkende Variante des Liberalismus betonte die Rolle des Staates als Förderer des Wohls der Allgemeinheit und erhob sie zum einzigen Regierungszweck. Zugleich aber trat sie vehement dafür ein, dass das Allgemeinwohl am besten gefördert würde, wenn der Staat möglichst wenig regierte. Die liberale Ideologie übernahm vom Polizeystaat den Staatszweck. Nach der liberalen Anschauung war jedoch ein möglichst geringes Maß an Polizey, eine Regierung die möglichst wenig regierte, die beste Polizey. Im Liberalismus fand sich daher, so argumentiert *Foucault*, ein Prinzip der Begrenzung der Regierung, das der Regierung nicht mehr äußerlich war, so wie die Theologie oder das (Natur-) Recht, sondern das für die Regierung selbst wesentlich und Teil ihrer eigenen Rationalität war.¹⁷² Prinzipien zur Begrenzung der Regierung wurden nicht mehr in einer externen Vernunft gesucht, sondern in einer der Regierung impliziten Rationalität: der politischen Ökonomie.¹⁷³ *Foucault* folgert daraus einen weitgehenden Bedeutungsverlust des Rechts und des juristischen Denkens:

„Die politische Ökonomie wird also in erster Instanz im Inneren dieser gubernementalen Vernunft selbst ihren Platz finden [...] und insofern wird sie, wenn Sie so wollen, überhaupt nicht mehr jene äußerliche Stellung einnehmen, die das juristische Denken hatte.“¹⁷⁴

Dass *Foucault* einen Niedergang des Rechts und des Rechtsdenkens attestiert, klingt zunächst überraschend, war doch der moderne Staat für eine Fülle von Rechtssetzungsmaßnahmen verantwortlich und wandelte er sich am Ende des 19. Jahrhunderts gar per definitionem in einen Rechtsstaat im Sinne *Jellineks*. Lange jedoch wurde *Foucault* an dieser Stelle zu wörtlich genommen und für seine Missachtung und den Ausschluss des Rechts aus

171 Vgl. dazu oben S. 52 und passim.

172 *Foucault*, Die Geburt, 2014, S. 25 und passim.

173 Ebd., S. 30 und passim.

174 Ebd., S. 31.

seiner historisch-philosophischen Analyse kritisiert.¹⁷⁵ Der Schlüssel zur Lösung dieses Widerspruchs liegt in der Heterogenität der liberalen Regierungsweise. Wenn *Foucault* vom Bedeutungsverlust des Rechts spricht, so ist damit ein fundamentaler Wandel in der Funktionalität des Rechts gemeint, der es seiner externen, dem Staat und der Regierung vorgängigen, Position entnahm und in die Rationalität der politischen Ökonomie integrierte.¹⁷⁶ Damit wurde das Recht einer regulierenden und normierenden Regierungstechnik untergeordnet.¹⁷⁷ Es stellte sich für das Recht die Frage, wie es einer Regierungstätigkeit Grenzen ziehen konnte, deren Verlauf sich nicht aus klassischen juristischen Überlegungen ergab, sondern aus Schlussfolgerungen der politischen Ökonomie. *Foucault* selbst drückte das Problem des Rechts in einer häufig übersehenen Textpassage so aus:

„Eine innere Begrenzung, von der man aber dennoch nicht glauben sollte, daß es sich um eine Begrenzung handelt, die von einer ganz anderen Beschaffenheit als das Recht ist. Es ist eine Begrenzung, die trotz allem immer auch eine juridische Begrenzung ist, wobei das Problem genau darin besteht, zu erkennen, wie man innerhalb des Systems der neuen gubernementalen Vernunft, dieser selbstbegrenzten gubernementalen Vernunft, diese Begrenzung in Begriffen des Rechts formulieren könnte.“¹⁷⁸

Das Recht wurde dementsprechend nicht von der politischen Ökonomie ersetzt. Es verlor aber ihr gegenüber an seiner eigenständigen Bedeutung. Es musste sich als Umsetzung einer ökonomischen Vernunft neu definieren, um einen Platz im liberalen Regierungsprogramm erhalten zu können. Paradebeispiele für die Suche nach diesem neuen Platz des Rechts sind die Werke der Ökonomen des 18. Jahrhunderts. *Cesare Beccaria* und *Jeremy Bentham* waren selbst Juristen und arbeiteten in beiden Disziplinen.¹⁷⁹ Dies gilt zwar nicht für *Adam Smith*. Dennoch bestimmte die Frage nach

175 Vgl. ausführlich zur sog. „expulsion thesis“: *Golder/Fitzpatrick*, Foucault's Law, 2009, S. 12-25. Die jüngste Formulierung der ‘expulsion thesis’ findet sich bei *Hunt/Wickham*, Foucault and law, 1994.

176 *Rose/Valverde*, Governed by Law?, Social & Legal Studies 1998, 541; *Ewald*, Norms, Discipline and the Law, in: Post, Law and the Order of Culture, 1991, S. 138; Ähnlich *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 260, für den sich die “Entrechtlichung des Rechts” aber gerade durch die “Ermöglichung der Macht des privaten Eigenwillens” zeigt.

177 *Rose/Valverde*, Governed by Law?, Social & Legal Studies 1998, 541; *Golder/Fitzpatrick*, Foucault's Law, 2009, S. 33 f.

178 *Foucault*, Die Geburt, 2014, S. 63.

179 Ebd., S. 64 f.

der Verortung und der Wirkung des öffentlichen Rechts den Gang seiner ökonomischen Untersuchung.

Smith war es auch, der als erster eine Verbindung zwischen Armenpflege und liberaler Rechtsökonomie herstellte.¹⁸⁰ *Eichenhofer* beginnt zu Recht die Geschichte des Internationalen Sozialrechts mit *Smiths* Wohlstand der Nationen.¹⁸¹ Dort schildert *Smith* das englische Armenwesen und seine gesetzlichen Regelungen, wie es 1601 unter Elisabeth I. eingeführt worden war.¹⁸² Die Pfarrgemeinden konnten Abgaben von den Gemeindeeinwohnern erheben, die zum Zwecke der Armenfürsorge eingesetzt wurden. Unterstützungsberchtigt waren nur die Gemeindeeinwohner und keine Fremden. Mit der Zeit wurden immer striktere rechtliche Regelungen eingeführt, die verhindern sollten, dass die Gemeindeangehörigkeit von potenziell der Armenunterstützung anheimfallenden Migranten erworben werden konnte. Da dadurch die Erwerbsmigration fast völlig zum Erliegen gekommen war, versuchte man unter Wilhelm III. die Gemeinden gegenüber ihren Auswanderern zur Ausstellung von sog. „certificates“ anzuhalten, in denen sie sich gegenüber der aufnehmenden Gemeinde verpflichteten, im Falle der Bedürftigkeit für Unterhalt und Rückverbringung des Auswanderers in die Heimatgemeinde aufzukommen.¹⁸³ Da jedoch nach *Smith* die Aufnahmegemeinden stets ein Zertifikat forderten, die Auswanderergemeinden aber fast nie eines ausstellten, führte die Regelung zu keiner merklichen Erhöhung der Mobilität der Arbeiter.

Smith kritisierte, dass das zeitgenössische System der „laws of settlement“ die Herstellung der natürlichen Ordnung des Marktes verhinderte, indem es die Angleichung des Lohnniveaus durch Arbeitsmigration in verschiedenen Gemeinden unterband.¹⁸⁴ *Smiths* Kritik ist aus zweierlei Gründen interessant. Zum einen scheinen die Probleme des Internationalen Sozialrechts, wie es sich im 19. und 20. Jahrhundert entwickelte, im frühmodernen Armenunterstützungsrecht Englands vorweggenommen.¹⁸⁵ Was jedoch an dieser Stelle viel bedeutender ist, ist die Art der kritischen Refle-

180 *Smith*, Wealth, 1991, S. 145-152.

181 *Eichenhofer*, Internationales Sozialrecht, 1994, Rn. 41-43.

182 Vgl. zum Ganzen ebd.

183 *Smith*, Wealth, 1991, S. 148.

184 Ebd., S. 149 f.

185 *Eichenhofer*, Internationales Sozialrecht, 1994, Rn. 43. Siehe dazu unten S. 99 und passim.

xion, die *Smith* auf das englische Armenrecht anwandte und wie dabei aus einem ökonomischen ein rechtliches Argument wurde.

Für *Smith* waren die unterschiedlichen Lohnniveaus in den Gemeinden Englands eine Folge der mobilitätsbeschränkenden Armengesetzgebung, indem sie zu künstlicher Arbeitskräfteverknappung bzw. Arbeitskräfteüberschuss führten:

„The very unequal price of labour which we frequently find in England in places at no great distance from one another, is probably owing to the obstruction which the law of settlements gives to a poor man [...]. [...] [I]t is often more difficult for a poor man to pass the artificial boundary of a parish, than an arm of the sea or a ridge of high mountains, natural boundaries which sometimes separate very distinctly different rates of wages in other countries.“¹⁸⁶

Die kritisierte Armengesetzgebung verhinderte nach *Smith* die Herstellung der vom Liberalismus angestrebten natürlichen Ordnung des Marktes und verdunkelte so die in den Naturgesetzen des Marktes zum Ausdruck kommende Wahrheit.¹⁸⁷ Sie widersprach den Gesetzen des Marktes. Doch war sie auch unrechtmäßig in einem juristischen Sinne?

Smith wagte es nicht, ein solches Argument ohne Zuhilfenahme der Moral zu machen. Im Hinblick auf die Rückführungspraxis von Unterstützungsbedürftigen in ihre Heimatgemeinden fügte er an:

„To remove a man who has committed no misdemeanour from the parish where he chuses to reside, is an evident violation of natural liberty and justice.“¹⁸⁸

Genau in diesem Satz verwandelte sich das ökonomische Argument in ein juristisches. Die Armengesetzgebung war illegitim, weil sie in einer kaum zu übersehenden Anlehnung an *Lockes* Naturrechtsphilosophie einen Verstoß gegen die „natural liberty of men“ darstellte. *Smiths* Rechtsverständnis bestand damit aus einer Verbindung von Ökonomie und Moral. Das Recht war damit Teil eines „System[s] der Sozialwissenschaft“.¹⁸⁹ Es war der Politik im Sinne von *Le Vayers* Verbindung von Ökonomie und Moral untergeordnet. Es begrenzte nach wie vor die Regierungstätigkeit. Die Grenzen wurden dabei jedoch aus der regierungsinternen Ökonomie argu-

186 *Smith*, Wealth, 1991, S. 149 f.

187 Vgl. dazu *Foucault*, Die Geburt, 2014, S. 54.

188 *Smith*, Wealth, 1991, S. 150.

189 *Skinner*, Adam Smith, in: Kaufmann/Krüsselberg, Markt, Staat und Solidarität, 1984, S. 74, 79, 92 f.

mentativ abgeleitet und mit einem dazu hinzutretenden, externen moralischen Argument versehen, um ihnen Rechtscharakter zu verleihen. Damit war das Recht nicht mehr als ein politischer Imperativ, der aus der Verquickung von sozialwissenschaftlichen und moralischen Argumenten entstand. Diese Art und Weise der Herleitung und Begründung des Rechts begann sich mit der fortschreitenden Verinnerlichung einer liberalen Regierungsvernunft immer weiter zu verbreiten. Dies galt insbesondere für Parlamente und Regierungen, die fortan positives Recht setzten.

Indes war dies nicht die ganze liberale Rechtsauffassung des 18. Jahrhunderts. Im Gegenteil war die rousseausche Sicht des Liberalismus für das Rechtsdenken des 19. Jahrhunderts wegweisend. *Rousseau* ging nicht von der Freiheit der Marktteilnehmer als Vorbedingung für das Erreichen einer natürlichen Marktordnung aus. Sein radikaler Republikanismus statuierte im hobbesschen Sinne die natürliche Freiheit als dem Staat vorgängige Freiheit der Individuen im Naturzustand.¹⁹⁰ Die Gleichheit und Freiheit aller wurde durch den Gesellschaftsvertrag aufgehoben und die Individuen wurden durch Staat und positives Recht zu Ungleichern.¹⁹¹ Nach *Rousseau* diente das Recht gerade nicht der Durchsetzung der Freiheit, sondern statuierte im Anschluss an die Theorien des Gesellschaftsvertrags das Ende bzw. die Begrenzung der ursprünglichen Freiheit, der „*indépendance*“.¹⁹² *Rousseaus* Ansatz ging damit von den Rechten des Menschen im Naturzustand aus, und das positive Recht, das durch die volonté

190 Rousseau beginnt seine Abhandlung über den Gesellschaftsvertrag so: „Der Mensch wird frei geboren, und überall ist er in Ketten. Mancher hält sich für den Herrn seiner Mitmenschen und ist trotzdem mehr Sklave als sie. Wie hat sich diese Umwandlung zugetragen? Ich weiß es nicht. Was kann ihr Rechtmäßigkeit verleihen? Diese Frage glaube ich beantworten zu können.“ *Ders.*, Der Gesellschaftsvertrag, 1969, S. 30. Vgl. dazu auch Ottmann, Geschichte des politischen Denkens, Bd. 3/1, 2006, S. 480.

191 Siehe dazu auch oben S. 36 f.

192 Die wahre Freiheit i.S.d. „liberté“ war auch für Rousseau nur innerhalb des Staates zu erreichen. Durch die völlige Entäußerung der natürlichen Rechte des Individuums an ein Gemeinwesen sei die Erlangung einer wahrhaft sittlichen Freiheit möglich. Das Individuum erhalte seine abgetretenen Rechte dadurch wieder zurückgestattet, dass es Teil der Souveränität i.S.d. *volonté générale* wurde und damit zum Subjekt des Staates selbst. Vgl. dazu M. Rehm, Bürgerliches Glaubensbekenntnis, 2006, S. 82 und passim. Diese Konstruktion Rousseaus ähnelt sehr dem Subjekt-Objekt Denken Jellineks, wenngleich letzterer Erwägungen der Moral, Sittlichkeit und Religion außen vor lässt. Vgl. dazu oben S. 36 und passim.

générale gesetzt wurde, musste sich an diesen Rechten messen lassen.¹⁹³ Sein Ansatz war ein genuin juristischer in dem Sinne, als er an die Naturrechtsphilosophie des 16. und 17. Jahrhunderts anknüpfte und damit das Recht nicht funktional-utilitaristisch, sondern legitimatorisch-schöpferisch betrachtete. Folglich gab es nach Rousseau Vereinbarungen, die in einem Gesellschaftsvertrag unwirksam sein konnten, ohne dass ein wirtschaftliches Argument zu Grunde lag:

„Auf seine Freiheit verzichten, heißt auf seine Menschheit, die Menschenrechte, ja selbst auf seine Pflichten verzichten. [...] Kurz, es ist ein nichtiger und mit sich selbst in Widerspruch stehender Vertrag, auf der einen Seite eine unumschränkte Macht und auf der andern einen schrankenlosen Gehorsam festzusetzen.“¹⁹⁴

Diese Polemik galt den absolutistischen Theoretikern der Gesellschaftsvertrags (*Hobbes*, *Pufendorf*, *Grotius* u.a.). Sie enthielt eine naturrechtsphilosophisch begründete, überpositive Sichtweise des Rechts, das als externe Begrenzung von Staat und Regierungstätigkeit diente. Das Substrat dieser Begrenzung war der Wille des Individuums.

Rousseau forderte aber, wie *M. Rehm* nachgewiesen hat, ebenfalls eine Verknüpfung der Moral mit dem Staatswesen.¹⁹⁵ Er tat dies jedoch in einem an den individuellen Willen und nicht an das Recht gekoppelten Zusammenhang. Die Moral in Form der Religion des Gesetzgebers verlieh nach Rousseau dem Gesetzgeber die Fähigkeit, den Individuen die sittliche Einsicht in die Gründung eines auf das Gemeinwohl ausgerichteten Staatswesens zu geben. Nach diesem Gründungsakt wurde die religiöse Manipulation durch den Gesetzgeber jedoch durch die Zivilreligion ersetzt.¹⁹⁶ Diese fungierte gerade nicht als Geltungsgrund der positiven Gesetze, sondern diente lediglich dem außerrechtlichen politischen Diskurs. Damit blieb Rousseaus Staatskonzept in der kontraktualistischen Tradition willenszentriert.¹⁹⁷ Das Abstellen auf einen vorstaatlichen Gründungsakt stellt ihn in die Reihe der Naturrechtsphilosophen.

193 *Foucault*, Die Geburt, 2014, S. 66.

194 *Rousseau*, Der Gesellschaftsvertrag, 1969, S. 36 f.

195 *M. Rehm*, Bürgerliches Glaubensbekenntnis, 2006, S. 99 f.

196 Ebd., S. 101.

197 So auch *Foucault*, der vom „revolutionären Weg“ Rousseaus spricht, welcher ein „System Wille-Gesetz“ begründet und dieses von der „utilitaristischen Perspektive“, die „das Gesetz als Wirkung einer Transaktion“ begreift, unterscheidet. *Ders.*, Die Geburt, 2014, S. 68 f.

Moral und Zivilreligion dienten *Rousseau* der bürgerlichen, politischen Willensbildung. Bei *Smith* diente die Moral der Verrechtlichung ökonomischer Nützlichkeitserwägungen. Die beiden Auffassungen hätten gegensätzlicher kaum sein können. *Rousseau* ordnete das Recht der Achse Wille – Vertrag – Recht zu. *Smith* hingegen sah das Recht als Ergebnis einer wirtschaftlichen Effizienzüberlegung, die sich auf moralische Maßstäbe bezog. Grundlage seiner Effizienzüberlegung war dabei eine mit wissenschaftlichen Methoden erkannte Realität, die mit einem von der Realität differenten moralischen Idealzustand verglichen wurde.

Beide Spielarten des Denkens über das Recht charakterisieren nach *Foucault* den Liberalismus des 19. und 20. Jahrhunderts.¹⁹⁸ Beide Wege stellten keine Manifestationen des liberalen Rechtsdenkens dar, die sich historisch gegenseitig ausgeschlossen haben. Obwohl beide Theorien und Methoden logisch unvereinbar sind, ließen sie sich dennoch strategisch in die heterogene liberale Gouvernementalität des modernen Staates integrieren.¹⁹⁹ In der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts herrschte dabei der Kontraktualismus in *Rousseaus* naturrechtlicher Ausprägung vor. Im Laufe des 19. Jahrhunderts gewann hingegen die politische Ökonomie an Gewicht, wohingegen das naturrechtlich-legitimatorische Rechtsdenken mehr und mehr an Bedeutung verlor.²⁰⁰ Die stetige Verbesserung der Methodik der politischen Ökonomie trug zum Bedeutungsverlust überfaktischer, naturrechtlicher Überlegungen bei. Im Verlauf des 19. Jahrhunderts war der Utilitarismus der politischen Ökonomie mit sozialen Umwälzungen und mit der Perfektion sozialwissenschaftlicher Methoden konfrontiert, die eine Fortsetzung der liberalen Regierungsweise und des kontraktualistischen Rechtsdenkens rousseauscher Prägung in Frage stellten.²⁰¹

198 Ebd., S. 69 f.

199 Ebd., S. 70.

200 Ebd., S. 72.

201 Zur Evolution des Liberalismus hin zu sozialstaatlichen Interventionen in Deutschland auch: Kieseritzky, Liberalismus und Sozialstaat, 2002. Dort insb. Kapitel 1, S. 84 und passim. Menke bezeichnet dies als dialektischen Umschlag des Privatrechts in die soziale Herrschaft im Wege der kritischen Erkenntnis, Kritik der Rechte, 2015, S. 288.

d) Die Genese des Sozialrechts als Ökonomisierung der Moral

Wie war das liberale Rechtsdenken überwunden worden? *François Ewalds* Untersuchung zur Entstehung des Vorsorgestaates und eines an ihn angeschlossenen Sozialrechtsdenkens in Frankreich legt den Grundstein (aa)). Im Anschluss wird untersucht, ob sich die mit *Ewalds* Analytik gewonnenen Einsichten auf die Situation in Deutschland am Ende des 19. Jahrhunderts übertragen lassen (bb)).

aa) Frankreich: Vom Recht der Freiheit zum Recht der Risikoverteilung

Ewald beginnt seine Darstellung des Rechtsdenkens des modernen Vorsorgestaats mit einer Analyse des klassischen Rechts naturrechtlich-liberaler Prägung. In dieser Denkschule war das Recht strikt von der Moral getrennt.²⁰² So gingen die liberalen Juristen und Theoretiker Frankreichs ganz im Sinne *Rousseaus* von einer Trennung von rechtlichen und moralischen Verpflichtungen aus.²⁰³ Moralelle Verpflichtungen zur Unterstützung der Armen und Hilfsbedürftigen lehnten sie nicht ab. Sie betonten im Gegenteil ihre Wichtigkeit. Was sie vehement ablehnten, war die Möglichkeit, dass aus solchen moralischen Verpflichtungen rechtliche erwachsen könnten.²⁰⁴ Allein der menschliche Wille war nach deren Ansicht Ursprung und Zweck allen Rechts. Das Individuum der Aufklärung war unabhängig, mündig und vernunftbegabt in der Lage einen eigenen Willen zu bilden, auszudrücken und nach ihm zu handeln. Im (Willens-) Verbund mit anderen Individuen konnte das freie Rechtssubjekt im sozialen Kon-

202 Das bedeutet allerdings nicht, dass das Naturrecht nicht selbst einer Moralordnung entsprungen wäre. Im Gegenteil wurde das Naturrecht maßgeblich aus religiösen und ethischen Wertvorstellungen entwickelt. In diesem Zusammenhang ist deshalb auch von der Einheit von Recht und Moral im Naturrecht die Rede. Vgl. *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, 2005, S. 96. Allerdings beschränkte sich die Verrechtlichung der Moral Ende des 18. und zu Beginn des 19. Jahrhunderts auf den Bereich der individuellen Willensmacht, die dazu diente die persönliche Freiheit als einzige rechtlich relevanten Wert zu sanktionieren. Nach *Savigny* diente etwa das Recht der Moral nur insoweit, als es die freie Entfaltung des individuellen Willens zu sichern hatte, um einen epistemologischen Diskurs über die Moral führen zu können. Siehe dazu unten S. 82 f.

203 *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 65-68.

204 Ebd., S. 66.

text Recht setzen und mit Hilfe der staatlichen Rechtsordnung durchsetzen.²⁰⁵ Die dominante Rechtsform des liberalen Denkens war der Vertrag. In seiner Tradition entwickelten sich nicht nur die Theorien des Gesellschaftsvertrags, sondern auch das Zivilrecht. Das Individuum war dabei stets als im Rechtssinne frei zu erachten, auch wenn tatsächliche Umstände es an der Ausübung dieser Freiheit hindern mochten.²⁰⁶ Juristisch hatten faktische Beschränkungen der Freiheit im liberalen Dogma keine Relevanz. Der freie Wille des Individuums war der einzige Referenzpunkt des liberalen Rechtsdenkens, das konsequent suprafaktisch operierte.

Ewald zeichnet nach, wie sich in Frankreich diese starre Rechtskonzeption in den 1830er und 1840er Jahren allmählich zu wandeln begann. Seine Analyse beginnt dabei mit einer Veränderung in der Rechtsprechung des Kassationshofs zu Arbeitsunfällen, die durch dritte, vom selben Arbeitgeber angestellte, Personen verursacht wurden. Sie soll hier exemplarisch dargestellt werden.

Im Code civil von 1804 existierte mit Art. 1384 eine Anspruchsgrundlage für die Haftung des Schuldners für Dritte. Nach der klassischen Auslegung hatte ein Vertrag zwischen Arbeiter und Arbeitgeber Vorrang vor dem Gesetz und schloss damit deliktische Ansprüche des Arbeiters gegen den Arbeitgeber, die mit der Erfüllung der Arbeitsverpflichtung in Zusammenhang standen, aus.²⁰⁷ Da die Rechtsprechung die Verpflichtung des Arbeitgebers auf die Zahlung des Arbeitsentgelts beschränkte, konnte ein Lohnarbeiter keinen Schadensersatzanspruch gegen den Arbeitgeber geltend machen, es sei denn, in dem Arbeitsvertrag wären entsprechende Regelungen vorgesehen worden. Letztlich gründete diese Rechtslage auf der vertragstheoretischen Rechtskonzeption und damit auf einem philosophischen Grundaxiom des Liberalismus. In einer Welt der Freiheit konnten alle verbindlichen Rechtspflichten nur auf dem freien Willen der Parteien und damit auf Verträgen beruhen. Die Haftung aus Delikt musste, wie jede Haftung und alles Recht, auf einen Vertrag zurückzuführen sein. Dies konnte nur der Gesellschaftsvertrag rousseauscher Prägung sein. „Die Delikthaftung [war] daher im Grunde nichts anderes als eine Vertragshaftung im Interesse der Allgemeinheit.“²⁰⁸ In Übereinstimmung damit erklärte Art. 1134 Code civil:

205 Vgl. dazu ausführlich ebd., S. 63-102, 123-130.

206 Ebd., S. 129.

207 Vgl. zum Ganzen ebd., S. 123 f.

208 Ebd., S. 124.

„Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites.“²⁰⁹

Der privatrechtlich geschlossene Vertrag genoss damit als spezielleres Gesetz inter partes Vorrang vor dem Gesetz des Deliktsrechts, das sich nur auf den Gesellschaftsvertrag zurückführen ließ.

In einem Urteil aus dem Jahr 1841 vollzog der Kassationshof eine Kehrtwende.²¹⁰ Die Existenz eines Vertrages, so das Gericht, könne die Anwendung des Gesetzes nicht ausschließen, vielmehr sei das allgemeine Deliktsrecht auch bei Bestehen eines Vertrages inter partes anwendbar.²¹¹ Das Urteil legte damit nicht nur fest, dass sich die Pflicht des Arbeitgebers nicht nur auf die Lohnzahlung beschränkte.²¹² Es stellte auch klar, dass die darüberhinausgehende Pflicht, die der Arbeitgeber gegenüber dem Arbeiter zu erfüllen hatte, eine Pflicht zu Gunsten der Allgemeinheit war, die sich nicht aus dem Arbeitsvertrag ableiten ließ.

Man hätte das Ergebnis – die Gewährung eines Schadensersatzanspruchs zu Gunsten des Arbeiters – auch mit einer vertragsrechtlichen Lösung herleiten können. Man hätte – etwa im Wege einer ergänzenden Vertragsauslegung – die zumeist mündlich geschlossenen Arbeitsverträge mit Industriearbeitern so auslegen können, dass das Deliktsrecht als weitergeltend zu behandeln sei oder – wie in den 1870er Jahren von deutschen Kathedersozialisten gefordert – in den Arbeitsvertrag eine umfassende Rücksichtnahme- und Fürsorgepflicht hineinlesen können.²¹³ Das geschah jedoch gerade nicht. Vielmehr legte das Gericht explizit fest, dass dem Gesetz Vorrang vor dem Vertrag zukam. Was war geschehen?

Der Kassationshof hatte gewissermaßen mit einem Federstrich die Arithmetik des Liberalismus verschoben. In der liberalen Idee, die den Menschen halbgottgleich als vernunftbegabt und frei postuliert, gab es eine Begrenzung der Freiheit frühestens dort, wo die Freiheit eines Ande-

209 Der Originaltext des Code civil von 1804 ist online abrufbar: <http://www.assemblee-nationale.fr/evenements/code-civil-1804-1.asp>, aufgerufen am 22.11.2016.

210 Ewald, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 127. Das Urteil ist zitiert ebd. in Fn. 58 (S. 503).

211 Im konkreten Fall handelte es sich um Art. 1384 Code civil, der die Haftung für die Verletzung von Verkehrssicherungspflichten regelte: „On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.“.

212 Siehe dazu ausführlich Ewald, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 127.

213 Mares, The Politics, 2003, S. 67.

ren begann. Das Urteil aber begrenzte die Freiheit der Individuen nicht erst aufgrund der Kollision mit der Freiheit eines Dritten, sondern zu Gunsten der Allgemeinheit.

Diese Verschiebung war nur möglich, indem man die Doktrin des individuellen Risikos fallen ließ und erkannte, dass das Risiko eine Kategorie war, die der sozialen Formung und Manipulation zugänglich war.²¹⁴

Die Doktrin des individuellen Risikos hatte die Selbstverantwortung ins Zentrum gestellt. Alle Unglücke und Unfälle, die dem Einzelnen wiederauftraten, waren ihm selbst zuzuschreiben, es sei denn er konnte das Verschulden eines Dritten beweisen. Dieses Risiko wurde nun teilweise dem Arbeitgeber aufgebürdet. Er verantwortete den Zustand der Arbeitsstätte, die einzuhaltenden Vorsichtsmaßnahmen und selbst das Handeln ihm unterstellter Personen. Die soziale Realität der industriellen Produktionsweise und die faktischen Umstände des Schadenshergangs wurden normativ in einen Vorrang des Deliktsrechts vor dem Vertragsrecht umgesetzt. Das Risiko des Arbeiters einen Unfall zu erleiden, war damit kein abstraktes allgemeines Lebensrisiko mehr, dessen Verhinderung in seiner eigenen Verantwortung lag und auf das er sich durch freiwilligen Vertragsschluss eingelassen hatte.²¹⁵ Es war ein soziales Risiko, das seiner Lebenswirklichkeit entsprang. Es traf ihn aufgrund seiner Eigenschaft als Arbeiter, aufgrund seiner abhängigen Erwerbsstellung. Es handelte sich damit nicht mehr länger um einen Unfall wie jeden anderen, sondern um eine spezielle Form des Unfalls. Ein Unfall, der in die Kategorie des Zufalls ebenso wenig passte wie in die des Fremd- oder Eigenverschuldens.²¹⁶

Der Arbeitsunfall war ein soziales Risiko, das aus der industriellen Produktionsweise und den faktischen Arbeitsbedingungen entstanden war. Er war kein willkürlicher Zufall mehr, der in der abstrakten Kategorie des Schicksals gedacht werden konnte. Er war ein von Menschen gemachtes Risiko, das aber weder völlig dem Arbeitgeber, noch dem Arbeiter anzulasten war. Vielmehr waren es die Umstände und die Sozialbeziehungen, die diese Unfälle hervorbrachten. Der sozialen Realität waren beide – Arbeitgeber und Arbeiter – unentrinnbar unterworfen. Beide waren insoweit

214 Ewald, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 127 f.

215 Ebd.

216 Ähnlich argumentiert Meder zum Risikobegriff in privatrechtlichen Versicherungsverhältnissen. Ders., Schuld, Zufall, Risiko, 1993, S. 272 f. Siehe dazu auch Rabinbach, Accidents in Germany and France, in: Rueschemeyer/Skocpol, States, Social Knowledge, 1996, S. 48, 53 f.

unfrei. Die juristische Urteilsregel bedurfte daher einer Anpassung: für Arbeitsunfälle war von nun an der Arbeitgeber ungeachtet eines Vertrages nach den allgemeinen Vorschriften verantwortlich.

Möglich machte diese Veränderung des Rechtsdenkens abermals die Verbindung von Moral und Ökonomie. *Ewald* verweist für die Vorgeschichte der Entscheidung auf Berichte von Organen der Gesundheits- und Wohlfahrtspflege.²¹⁷ Diese Berichte stellten üblicherweise die Unmündigkeit und Unfähigkeit der Arbeiter in den Mittelpunkt, sich selbst vor den mit ihrer Berufsausübung zusammenhängenden Gefahren zu schützen. Doch in den 1830er Jahren veränderte sich die Bewertung der Arbeitsunfälle. Man bezog äußere Faktoren des Produktionsprozesses in die Analyse mit ein und erkannte, dass es die Arbeitsbedingungen waren, die die Arbeiter gewissermaßen zu ihren eigenen Opfern machten. So wurde etwa ein Bericht über die Arbeitsunfallstatistik in den Annales d'hygiène publique et de médecine légale an den Rat für Gesundheitspflege der Stadt Troyes aus dem Jahr 1833 dahingehend kommentiert, dass die Monotonie des sich ständig wiederholenden Arbeitsvorgangs die Intelligenz hemme, die Arbeiter daher abstumpfe und man sie somit behutsam zu behandeln habe.²¹⁸ Ihre Unachtsamkeit und ihre fehlende Eigenvorsorge waren damit verständlich und erklärbar. In Verbindung mit der tradierten liberalen Lehre moralischer Verpflichtungen wurde daraus ein Problem der Legitimität des geltenden Rechts. Der Kommentar fuhr fort:

„Die Arbeiter sind Menschen, und wir machen uns daher schuldig, um nicht zu sagen kriminell, wenn wir ihr Los durch unsere eigene Unachtsamkeit erschweren.“²¹⁹

217 *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 126 f.

218 „Qu'on ne s'excuse pas sur l'indifférence et l'incurie des ouvriers; c'est justement parce que ces hommes sont sans instruction, c'est parce qu'ils sont abrutis par leurs travaux, c'est parce que la monotonie d'une opération mécanique toujours la même, a enrayé le développement de leur intelligence, c'est par ces raisons et par beaucoup d'autres, qu'il faut les entourer de précaution, et éloigner d'eux tout ce qui pourrait leur nuire.“ Kommentar zum Bericht vom 28.8.1833 an den Rat für Gesundheitspflege der Stadt Troyes über die Häufigkeit von Unfällen der Spinnereiarbeiter, in : Histoire des Accidents du Travail, C.R.H.E.S., Fascicule IV, 1978, S. 28.

219 Kommentar zum Bericht vom 28. August 1833 an den Rat für Gesundheitspflege der Stadt Troyes über die Häufigkeit von Unfällen der Spinnereiarbeiter, zit. nach *Ewald*, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 127. Original nachgedruckt in Histoire des Accidents du Travail, C.R.H.E.S., Fascicule IV, 1978, S. 29.

Die rechtlich geduldete Unverantwortlichkeit des Arbeitgebers für Betriebsunfälle erschien sowohl mit der faktischen Beherrschung des Produktionsprozesses als auch der moralischen Verpflichtung zur Unterstützung der Schwachen unvereinbar. Im Verbund konnte daraus dem Muster *Adam Smiths* folgend ein Argument der Rechtsbegründung werden.²²⁰

Daher wurde auch bald die Frage nach der Kostenerstattung von Behandlungen verunfallter Arbeiter in Krankenhäusern gestellt.²²¹ Die statistisch erhöhte Unfallhäufigkeit bei Industriearbeitern wurde zu einem gesamtgesellschaftlichen Problem. Nicht mehr nur Arbeiter und Arbeitgeber mussten in die Lösung einbezogen werden, sondern auch Hospitäler, Ärzte und Fürsorgeeinrichtungen.

Als 1841 mit der Entscheidung des Kassationshofs das zuvor sozialwissenschaftlich erkannte Defizit des liberalen Ideals die „Schwelle der Juridizität“ überschritt, war an eine vertragsrechtliche Lösung sinnvollerweise nicht zu denken.²²² Die zu lösende Aufgabe war zu groß, um von der hergebrachten klassischen Vertragslehre bewältigt werden zu können. Dem Deliktsrecht und mit ihm dem allgemeinen Gesetz des Gesellschaftsvertrags war, unter bestimmten Umständen, Vorrang vor dem individuellen Willen zu gewähren. Mit der Gewähr dieses Vorrangs verabschiedete man sich zwangsläufig auch vom liberalen Menschenbild des unantastbar freien Individuums. Die Gesellschaft und die Beziehungen ihrer Mitglieder untereinander wurden zum Gradmesser von Recht und Gerechtigkeit.

Diese Wende des Rechtsdenkens wurde abermals eingeleitet durch die epistemologische Verbindung von statistisch fundierter Sozialwissenschaft mit moralischen Wertvorstellungen. In Kombination konnten sie nicht nur zu einem rechtlich relevanten Problem werden. Sie konnten sogar dafür sorgen, dass das herrschende Rechtsdenken über Bord geworfen werden musste. Die Art und Weise der Rechtsbegründung folgte dem utilitaristischen Muster smithscher Prägung, nach der jede Rechtsnorm als gut betrachtet wurde, die dazu beitrug das menschliche Glück zu fördern.²²³ Nur

220 Vgl. oben S. 66 f.

221 „[E]t dans ces cas, que pourrait-on répondre aux administrateurs des hôpitaux qui réclameraient aussi d'un fabricant, le remboursement de la dépense occasionnée par le traitement d'un ouvrier mutilé par suite de l'incurie ou de cupidité de son maître?“, Kommentar zum Bericht vom 28.8.1833 an den Rat für Gesundheitspflege der Stadt Troyes über die Häufigkeit von Unfällen der Spinnereiarbeiter, in: *Histoire des Accidents du Travail*, C.R.H.E.S., Fascicule IV, 1978, S. 28.

222 Ewald, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 129.

223 Hilgendorf, Recht und Moral, Aufklärung und Kritik 2001, 72, 82.

war, anders als bei *Smith*, der freie Markt nicht länger der nützlichste Idealzustand für die Erreichung des Glücks. Markt und freier Vertrag wurden von der Regierung anhand sozialwissenschaftlicher Methoden als defizitär entlarvt.²²⁴ Das Glück der Arbeiter musste vielmehr mit einer postliberalen Ökonomie der Sozialbeziehungen angestrebt werden. Diese Ökonomie benötigte kein statisches Recht der Freiheit, sondern ein prozesshaftes und wandelbares Recht der Befreiung. Ein Recht, das faktisch statt metaphysisch gedacht werden musste: ein soziales Recht.²²⁵

In der Konzeption des sozialen Rechts konnte die Ökonomie als Gradmesser des Erreichens eines angestrebten Glückszustandes dienen. Die Moral hingegen definierte das Glück inhaltlich und formulierte die Zielvorgabe. Das Zusammenspiel ökonomischer und moralischer Epistemologien, genauer gesagt die sozialwissenschaftliche Feststellung einer statistisch signifikanten Abweichung vom moralisch definierten Glückszustand, wurde in einen normativen Veränderungsdruck übersetzt. Das Gesetz wurde normalisierend nicht nur in dem Sinne, als es die Anpassung der faktischen Lebenswelt an eine normative Vorgabe verlangte. Die normative Vorgabe wurde nicht länger nur rein suprafaktisch, sondern vielmehr auf Fakten basierend begründet. Die Norm selbst wurde durch Beobachtung der Gruppe, für die die Norm gelten soll, gewonnen.²²⁶ Die Verrechtlichung entsprang daher keinem rein metaphysischen Sollenspostulat. Sie entstand aus der Feststellung der Abweichung der Lebensrealität von metaphysischen Postulaten mit Hilfe von sozialwissenschaftlichen Methoden. Das positive Recht, das auf der Empirie einer Regierungstätigkeit beruhte,

224 Ähnlich argumentiert *Katzenelson* in ihrer Genealogie des sozialen Wissens im Großbritannien des 19. und 20. Jahrhunderts: „I claim the period’s social knowledge can best be understood as a constitutive aspect of revisions to liberalism’s doctrines, institutions, and policies.“ *Dies.*, Knowledge about What?, in: Rueschemeyer/Skocpol, States, Social Knowledge, 1996, S. 17f.

225 Zacher beschrieb 160 Jahre nach dem Urteil des Kassationshofs das mittlerweile im deutschen Grundgesetz verankerte soziale Staatsziel in ganz ähnlicher Weise: „Das soziale Staatsziel ist der verfassungsnormative Ausdruck der sozialen Grundnorm der Gesellschaft, die sich durch das Grundgesetz verfasst hat. Der Auftrag dieser Grundnorm ist offen. Er bedarf der immer neuen Konkretisierung. Diese Konkretisierung ist ein Prozess.“ *Ders.*, Grundlagen der Sozialpolitik, in: BMAS und BA, Geschichte der Sozialpolitik Bd. 1, 2001, S. 433.

226 Vgl. *Ewald*, Norms, Discipline, and the Law, in: Post, Law and the Order of Culture, 1991, S. 138, 155.

erhielt damit Einzug in das zivilistische Rechtsdenken. Das Zivilrecht begann durch gouvernementales Recht überformt zu werden.

Schien es zuvor die Freiheit des Menschen als einzige und ewige Wahrheit zu verkörpern, wurde es nun durch eine Matrix sozialwissenschaftlicher und moralischer Argumente gefiltert und als empirisch-moralische Liaison neu erschaffen. Im Sinne Jellineks wurde dem Faktischen Normativität verliehen. Das Recht reduzierte damit den Bereich der reinen Moral und dehnte den Bereich rechtlicher Verpflichtungen aus.²²⁷ Es löste eine neue Haftungsproblematik aus. Haftung wurde zu einem Regulierungsprinzip der Gesellschaft. Damit entstanden neue Risiken in Form von Haftungsrisiken, die nach einer Sicherheit verlangten. Eine Versicherung dieser Risiken war die folgerichtige Lösung.

Bis zum Ende des 19. Jahrhunderts hatte der Kassationshof, nachdem er schrittweise die Anforderungen an ein Verschulden des Arbeitgebers gelockert hatte,²²⁸ Art. 1384 Code civil zu einer Vorschrift der Gefährdungshaftung ausgebaut.²²⁹ Die dadurch ausgelöste Haftung der Arbeitgeber führte zur Einführung einer allgemeinen Arbeiterunfallversicherung in Frankreich im Jahre 1898. Mit der Pflichtversicherung wurde jedoch mehr durchgesetzt als eine Reform, die in Frankreich seit Napoleon III. fast ein halbes Jahrhundert lang auf der Agenda gestanden hatte.²³⁰ Sie stand zugleich für die Übersetzung des Staatsverständnisses in ein neues Rechtsverständnis.²³¹ Der Staat war zum Sammler, Verwalter und Analysten von Informationen geworden. Er musste sie auswerten, Risiken identifizieren und durch Gesetzgebung minimieren. Risiken, die nicht minimiert werden konnten, wurden versichert.²³² Der Arbeitsunfall verlor so seine Qualität als Folge eines schuldhaften Handelns. Er bekam eine statistische Wahrscheinlichkeit. Er wurde normal, indem man fortan versuchte die Folgen

227 Ewald, Der Vorsorgestaat, 1993, S. 130.

228 So bejahte etwa der Cour de Dijon im Jahre 1877 ein Verschulden des Arbeitgebers, wenn er ein bisher unbekanntes Mittel zum Schutz vor besonderen Arbeitsgefahren noch nicht erfunden hatte. Vgl. Nachweis bei Esser, Grundlagen, 1969, S. 50, dort Fn. 2. Dazu auch Gitter, Schadensausgleich, 1969, S. 12.

229 Employers' liability, Munich Re Knowledge Series, 2014, S. 98.

230 Ebd.; Rabinbach, Accidents in Germany and France, in: Rueschemeyer/Skocpol, States, Social Knowledge, 1996, S. 48, 54.

231 Dazu auch Rabinbach, Accidents in Germany and France, in: Rueschemeyer/Skocpol, States, Social Knowledge, 1996, S. 48.

232 Fach, Schriften zu Politik, in: Kammler/Parr/Schneider, Foucault-Handbuch, 2014, S. 126.

des Unfalls zu mildern und für den Fall eines statistisch kalkulierbaren Schadens vorzusorgen. Die Versicherungsgesellschaft konstruierte das soziale Risiko, das damit die Haftung als Regulierungsprinzip modifizierte.

Indem sich das Zivilrecht für die Anliegen des soziologisch begründeten Regierungsrechts öffnete und von ihm durchdrungen wurde, wurde es zum Diener einer politischen Moralökonomie. Das alte, klassische Recht, das erhaben über den Notwendigkeiten, Zwängen und Interessen der Regierung des Faktischen stand, war Geschichte.

Die Trennung von Recht und Moral war es ebenfalls. Zuvor waren beide klar voneinander getrennt. Das Recht basierte auf dem Willen des Individuums, die Moral auf Religion oder Vernunftethik.²³³ Nun bestand nur noch ein gradueller Unterschied zwischen beiden. Das Recht war zwingender als die Moral, weil es einen formalisierten Institutionalisierungsprozess durchlaufen hatte. Dem Wesen nach waren beide einander gleich. So ist *John Austins* rechtspositivistischer Ausspruch, dass „das Vorhandensein einer Rechtsnorm [...] eine Sache; ihre Richtigkeit oder Unrichtigkeit eine andere“ sei, eben kein Hinweis auf die strikte Trennung von Recht und Moral, sondern darauf, dass der institutionelle Charakter des Rechts der einzige Anhaltspunkt ist, der es uns innerhalb desselben Kontinuums erlaubt, das Recht als von der Moral getrennt zu denken.²³⁴

Es entstand jedoch nicht nur ein neuer Konnex zwischen Recht und Moral. Die Moral und das Recht wurden zugleich verweltlicht, indem die Diskontinuität und Freiheit des Individuums aufgehoben wurde. Das unantastbare, der Realität entthobene, *ich gab es nicht mehr*. Das Individuum wurde normalisiert. Es ging in den Sozialbeziehungen mit anderen Individuen auf. Es wurde nur durch diese Sozialbeziehungen zum relevanten Bezugspunkt. Arbeiter und Arbeitgeber wurden nicht mehr unter dem Gesichtspunkt der formellen Gleichheit behandelt, sondern juristisch neu qualifiziert.²³⁵ Ihnen wurde ein besonderer Status zugeschrieben, der eine gesonderte rechtliche Behandlung nach sich zog. Die Rechte des Individu-

233 Das liberale Recht diente zwar ebenfalls der Moral in dem Sinne, dass es die Freiheit des Individuums als moralischen Wert schützte. Anderweitige moralische Erwägungen aber waren nach der liberalen Idee gerade ein Produkt dieses freien Willens und konnten daher nicht rechtlich sanktioniert werden.

234 *Austin, The Province*, 1954 [Nachdruck 1998], S. 184. Hier zitiert nach *Hilgendorf, Recht und Moral, Aufklärung und Kritik* 2001, 72.

235 *Rabinbach, Accidents in Germany and France*, in: *Rueschemeyer/Skocpol, States, Social Knowledge*, 1996, S. 48, 56.

ums ließen sich nur noch relativ zu denen der anderen bestimmen. Der Fluchtpunkt des Rechts war von nun an die Gesellschaft. Die Auflösung des formalen Individuums und der formalen Gleichheit war letztlich nur dadurch zu rechtfertigen, dass man den Staat zum Wächter der moralischen Ordnung erhob.²³⁶

Dieser ganz und gar diesseitige Vorsorgestaat mit seiner solidaristischen Gerechtigkeitsarithmetik war in Frankreich Ende des 19. Jahrhunderts Realität geworden. Was aber war mit Deutschland?

bb) Deutschland: Vom römischen Recht zur Sozialversicherung

Versucht man *Ewalds* Argumentation auf die Situation in Deutschland zu übertragen, stößt man im Ausgangspunkt auf eine scheinbare Unvereinbarkeit: zu Beginn des 19. Jahrhunderts war liberales Rechtsdenken in den konservativ-monarchisch geprägten deutschen Staaten der Restauration eher ein Vorwurf als eine Tugend.²³⁷ Unter den deutschen Staatsrechtlern herrschte zunächst restauratorisches Denken vor, das sich geistesgeschichtlich an die Epoche der Romantik anschloss.²³⁸ Die Liberalen waren demgegenüber über weite Strecken in der Defensive.²³⁹ Im Zivilrecht fand sich eine zersplitterte Rechtslandschaft. Zum einen dominierte *Savignys* historische Rechtsschule, die sich programmatisch die Erforschung und Kultivierung eines vom deutschen Volksgeist ausgehenden römischen Rechts zum Ziel gesetzt hatte.²⁴⁰ Dies galt jedoch nur für das gelehrt Recht an den Universitäten. In der Praxis fand das gemeine Recht nur in einem relativ schmalen, sich von Nord nach Süd ziehenden Streifen der mitteldeutschen Kleinstaaten Anwendung.²⁴¹ Im Westen des Bundes herrschte hingegen der unter napoleonischer Herrschaft eingeführte Code civil vor. Auch in Baden, Württemberg und Bayern waren Naturrechtsko-

236 So argumentiert etwa *Kesten-Conrad*, Der Verein für Sozialpolitik, 1906, S. 151-157 in Bezug auf die strafrechtlichen Bestimmungen zur Ahndung des Kontraktbruchs.

237 Dies galt für Frankreich, das zwar ebenfalls zur Monarchie zurückgekehrt war, nur eingeschränkt, da sich die Nation nach wie vor zu den Prinzipien der Revolution bekannte.

238 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts II, 1992, S. 154.

239 Ebd., S. 184 und passim.

240 *Wesel*, Geschichte, 2014, S. 443 und passim.

241 Dazu ausführlich ebd. S. 441 f.

difikationen in Kraft. Gleiches galt für die politisch und ökonomisch einflussreichsten Staaten Preußen und Österreich, in denen das Preußische Allgemeine Landrecht von 1794 bzw. das Allgemeine Bürgerliche Gesetzbuch von 1811 galt. Diese Naturrechtskodifikationen maßen dem Individuum eine durchaus vergleichbare Position zu, wie es der Code civil tat. Auch wenn die Verfassungspraxis dem monarchischen Prinzip entsprach, verstanden sich die deutschen Naturrechtskodifikationen als „magna charta bürgerlicher Rechte und Freiheiten“.²⁴²

In dieses Bild passte auch die weitgehende Liberalisierung der Wirtschaft im ersten Viertel des 19. Jahrhunderts, die vor allem von Preußen angestoßen worden war.²⁴³ Dort wurden im Jahr 1807 die Bauernbefreiung und die Bodenfreiheit erklärt. Die Proklamation der Handels- und Gewerbebefreiung und die Aufhebung der Preisbindung für Waren und Dienste folgten 1810. Begleitet wurde all dies von einem Verbot der Bildung von Gewerkschaften, um einen Rückfall in Zunft- und Gildenbindung zu verhindern.

Doch auch die historische Schule *Savignys*, die vor allem für das rechtsmethodische Denken ausschlaggebend blieb, sollte keinesfalls als antilibrale Strömung fehlgedeutet werden.²⁴⁴ Das römische Recht eignete sich mit seinen Grundsätzen der Vertragsfreiheit und des Eigentumsschutzes vorzüglich für den Aufbau einer bürgerlichen Gesellschaftsordnung.²⁴⁵ Die Berufung auf die Geschichte, die in *Savignys* Konzept nicht als rechts-historisches Forschungsprogramm, sondern als Rechtsquelle gedacht war, erwies sich dabei als überaus hilfreich. Zum einen bedeutete *Geschichte* für die Liberalen vor allem eine Geschichte hin zu einer bürgerlichen Ordnung. Zum anderen entkam *Savigny* mit der Berufung auf die hergebrachten Traditionen des römischen Rechts und des historisch entwickelten deutschen Volksgeistes dem Vorwurf revolutionäre Bestrebungen zu verfolgen. Die historische Schule bot damit die Aussicht auf eine deutsche Rechtseinheit, ohne den Partikularismen der deutschen Fürsten in die Quere zu kommen. Ein Pragmatismus, der viele Liberale dazu bewog, für die

242 Meder, Rechtsgeschichte, 2014, S. 277.

243 Dazu Wesel, Geschichte, 2014, S. 445 f.; Schug, Der Versicherungsgedanke, 2011, S. 280. Eingehend zur Bauernbefreiung in Preußen und zur liberalen Reformpolitik im Allgemeinen Tennstedt, Sozialgeschichte der Sozialpolitik, 1981, S. 25-77, zur Bauernbefreiung S. 27 und passim.

244 Vgl. zum Folgenden ausführlich Wesel, Geschichte, 2014, S. 441 und passim.

245 Ebd., S. 443.

historische Schule Partei zu ergreifen. Auch deshalb war *Savigny* aus dem Kodifikationsstreit mit *Thibaut* als Sieger hervorgegangen.

Programmatisch grenzte sich die historische Schule zwar deutlich von den Anhängern der Naturrechtskodifikationen ab. *Savigny* verwarf die Vorstellungen von Lückenlosigkeit und Vollständigkeit einer positivrechtlich verankerten Naturrechtskodifikation.²⁴⁶ Er beharrte hingegen auf der stetig notwendigen Fortentwicklung des Rechts durch die Rechtswissenschaft. Der methodische Ansatz der historischen Schule war daher eher prozesshaft als statisch. Das heißt jedoch nicht, dass seine Rechtskonzeption der Welt des Faktischen und Sozialen in einer Art und Weise offen stand, wie es das Sozialrechtsdenken im Sinne *Ewalds* tat. Denn der Inhalt des Rechts war nach der historischen Schule nur mit den Mitteln einer auf sich selbst bezogenen Rechtswissenschaft aufzudecken. Die Methoden der Rechtsfindung – weniger die Ergebnisse derselben – waren in *Savignys* Konzeption nur dem tradierten römischen Recht zu entnehmen. Das Programm der historischen Schule versuchte in systematischer Herangehensweise eine Dogmatik des geltenden Rechts zu entwickeln und stetig fortzuentwickeln.²⁴⁷ Das Recht und die Wissenschaft vom Recht standen auch in *Savignys* Augen erhaben über dem Faktischen und der sozialen Realität.

Die Position des Rechts im Programm der historischen Schule war daher identisch mit der Position des Rechts der Naturrechtslehre im Verhältnis zum Sozialen. Beide Rechtskonzeptionen waren in sich geschlossene und formale Konstrukte. Die rein deduktive Herleitung von Rechtsprinzipien aus vorhandenen Begriffen wurde ab der zweiten Hälfte des 19. Jahrhunderts als „Begriffsjurisprudenz“ kritisiert.

Noch auffälliger ist die Verwandtschaft beider Denkrichtungen im Hinblick auf das Verhältnis zur Moral. *Savigny* selbst hatte die Frage der Beziehung von Recht und Moral so auf den Punkt gebracht:

„Das Recht dient der Sittlichkeit, aber nicht indem es ihr Gebot vollzieht, sondern indem es die freye Entfaltung ihrer, jedem einzelnen Willen innwohnenden, Kraft sichert.“²⁴⁸

246 Meder, Rechtsgeschichte, 2014, S. 303. Im Gegensatz zu den Verfechtern einer Naturrechtskodifikation beharrte *Savigny* auf dem Unterschied zwischen Recht und Gesetz. Das Gesetz habe sich auf die Rolle einer abstrakten Vorgabe in Form einer Regel oder eines Gebotes zu beschränken.

247 Ebd., S. 402.

248 *Savigny*, System, Bd. 1, 1840, S. 332. Eigene Hervorhebung.

Die moralische Funktion des Rechts war damit – jenseits der Sicherung der negativen Freiheit selbst – auf die Gewährleistung eines freien Diskurses über die Moral beschränkt. Damit entsprach Savignys Trennung von Recht und Moral genau der Trennung, die in Frankreich von Rousseau und der ihm folgenden Juristen propagiert worden war. Die historische Schule war willenszentriert und folglich kontraktualistisch und individualistisch. Mit ihrer Rezeption des römischen Rechts verfolgte sie ein Programm der Herstellung einer bürgerlichen Sozial- und Wirtschaftsordnung, ohne dies allerdings beim Namen nennen zu müssen.²⁴⁹

Es überrascht daher wenig, dass Rechtsprechung und Rechtswissenschaft in den deutschen Staaten Arbeitsunfälle ähnlich behandelten, wie es zunächst die Judikatur des Kassationshofs in Frankreich getan hatte.²⁵⁰ Das gemeine Delikts- und Vertragsrecht kannte lediglich eine Verschuldenhaftung. Dies passte zur philosophischen Rationalität des Vernunftrechts ebenso gut, wie es den politischen und wirtschaftlichen Interessen der Liberalen entgegen kam.²⁵¹ Der bloße Unglücksschaden war ein rechtliches Nullum. Der Arbeitsvertrag erschöpfte sich in einem Austauschverhältnis Lohn gegen Arbeit, das rechtlich nicht anders behandelt wurde als der Tausch von Geld und Ware.²⁵² Eine gesonderte juristische Aufarbeitung wurde ihm daher gar nicht erst zu Teil.

Ein Unterschied zur Situation in Frankreich bestand darin, dass nach gemeinem Recht und den meisten Partikularrechten deliktische Ansprüche auch bei Bestehen eines Vertrags in Betracht kamen.²⁵³ Allerdings scheiterten sie meist an der mangelnden Beweisbarkeit. Darüber hinaus fehlte eine Art. 1384 Code civil entsprechende Vorschrift, die die Haftung für

249 Dass die Rezeption des römischen Rechts nicht lediglich einer aufklärerischen Rationalität entsprang, sondern eine ökonomische Funktion erfüllte, hatte bereits Engels im Jahr 1884 bemerkt: „Das Römische Recht [ist das] vollendete Recht der *einfachen Warenproduktion*, d.h. also der vorkapitalistischen, die aber auch die Rechtsverhältnisse der kapitalistischen Periode meist einschließt. Also gerade, was unsere Städtebürger bei ihrem Aufkommen *brauchten* und im heimischen Gewohnheitsrecht *nicht fanden*.“ Ders., Engels an Karl Kautsky, in: Marx/ders., Werke, Bd. 36, 1979, S. 167. Siehe dazu auch Wesel, Geschichte, 2014, S. 335 und passim. Hervorhebungen im Original.

250 Mares, The Politics, 2003, S. 65 und passim.

251 Esser, Grundlagen, 1969, S. 50 und passim.

252 Dazu umfassend Gitter, Schadensausgleich, 1969, S. 7 und passim.

253 Zum Ganzen ebd., S. 11. Im gemeinen Recht kam eine *actio legis Aquiliae* in Betracht.

das Verschulden Dritter regelte. Da der Arbeitgeber in der Regel nicht am eigentlichen Produktionsprozess beteiligt war, stand dem verunfallten Arbeiter höchstens ein – in der Regel wirtschaftlich wertloser – Anspruch gegen eine Aufsichtsperson zu. Die Rechtsprechung erwies sich in den deutschen Staaten darüber hinaus als bedeutend konservativer als in Frankreich. Erst gegen Ende des 19. Jahrhunderts begann die Judikatur Arbeiterschutzzvorschriften aus der Gewerbeordnung für die zivilrechtliche Be trachtung heranzuziehen.²⁵⁴ Im Übrigen blieb man der konservativen Begriffsjurisprudenz verhaftet und verwehrte sich vehement einer Aufnahme der sozialen Lebenswirklichkeit in das Rechtsdenken.

Ein erster Schritt hin zur Berücksichtigung der sozialen Bedingtheit von Arbeitsunfällen wurde von den Kathedersozialisten um *Schmoller, Brentano, Mataja* und *Vogel* gemacht.²⁵⁵ Die Nationalökonomien kritisierten die faktische Ungleichheit von Arbeiter und Arbeitgeber und folgerten daraus, dass die Regelungen des römischen Rechts und der Partikularrechte einer Anpassung bedurften, um diese Ungleichheit zu beseitigen. Ihre Überlegungen reichten von kontraktualistischen Ansätzen, die bei Arbeitsverträgen eine Schutz- und Fürsorgepflicht des Arbeitgebers annehmen wollten, bis hin zur Bejahung eines Versicherungzwangs.²⁵⁶ Sie fußten auf ähnlichen epistemologischen Überlegungen, die in Frankreich zu einer Veränderung der Rechtsprechung geführt hatten.

Die Volkswirtschaftslehre dekonstruierte den „aprioristisch konstruierten Begriff des Menschen“.²⁵⁷ Das Individuum hatte kein zu allen Zeiten gleiches Verhältnis zu materiellen Gütern mehr, sondern seine Bedürfnisse waren abhängig von Zeit, Ort, Alter, Bildung und Rasse. Die Kathedersozialisten betrachteten die Volkswirtschaft nicht mehr als mechanisches Getriebe, das Naturgesetzen folgte. Vielmehr verstanden sie die Nationalökonomie als eine Art Organismus, dessen individualisierte Teile vom Ganzen abhingen und dessen Ganzes zugleich von den einzelnen Gliedern abhing. Auch ihnen ging es daher um eine prozesshafte Entwicklung der Ökonomie anstatt eines statischen Konstrukts der Freiheit und des Marktes. Die Reform der smithschen Lehre durch die Kathedersozialisten war somit von „Darwin’scher Einsicht in [die] stete Fortentwicklung und Umbil-

254 Ebd., S. 8, 24.

255 *Mares*, The Politics, 2003, S. 67.

256 Vgl. dazu im Einzelnen ebd.; *Gitter*, Schadensausgleich, 1969, S. 25 f., dort Fn. 106 und 107.

257 *Kesten-Conrad*, Der Verein für Sozialpolitik, 1906, S. 4.

dung“ getragen.²⁵⁸ Entgegen dem Kosmopolitismus und Universalismus der Liberalen hob etwa *Schmoller* hervor, dass „durch Rasse und Sprache, durch einheitliche Gefühle und Ideen, durch Sitte und Rechtsregeln, durch nationale Wirtschaftsinstitutionen“ Völkereinheiten geschaffen wurden, die innerlich zusammenhängende Gebilde seien.²⁵⁹

Damit ging auch eine veränderte Methodik einher. Anstatt deduktiv zu arbeiten, nutzten die Sozialreformer die Empirie, um induktiv die realen Verhältnisse zu erforschen.²⁶⁰ Sie betrachteten den Menschen als historisch kontingentes, gewordenes und veränderliches Produkt der sozialen Verhältnisse. Daraus entstanden die Forderungen, „den formell freien Arbeitsvertrag zu einem tatsächlich freien zu machen.“²⁶¹ Sie traten damit für die Dekonstruktion des Individuums ein und sahen die Nationalökonomie in der Pflicht, nicht nur für eine produktive Wirtschaft zu sorgen, sondern vor allem auch moralische Wertvorstellungen mit Hilfe einer Sozialethik in den Fortschritt des tatsächlichen wirtschaftlichen Lebens zu übersetzen:

„Der wahre Fortschritt auch im ökonomischen Leben hängt von seinem Zusammenhang mit den übrigen Lebensgebieten und Zwecken, von der gesamten ethischen Kultur ab, denn kein Zweck und kein Glied kann dauernd gedeihen, wenn der übrige Organismus leidet. Das ist die ethische Grundlage der Nationalökonomie.“²⁶²

Indem *Schmoller* den ethischen Zweck der Ökonomie hervorhob, moralisierte er eine Disziplin, die zuvor jede wirtschaftliche Handlung als moralisch indifferent betrachtete. Was sich auf der Ebene des Rechts als Ökonomisierung der Moral zeigte und ein neues Rechtsdenken ermöglichte, erschien in der Ökonomie als Moralisierung des ökonomischen Diskurses. In beiden Disziplinen läutete dies das Ende des formalen Individualismus ein.²⁶³

Die Forderungen der Nationalökonomen stießen jedoch – anders als in Frankreich – bei den konservativen deutschen Juristen auf keinerlei Reso-

258 Ebd.

259 *Schmoller*, Grundriß der allgemeinen Volkswirtschaftslehre, Bd. I, 1900, S. 5.

260 *Kesten-Conrad*, Der Verein für Sozialpolitik, 1906, S. 5.

261 Ebd., S. 8.

262 *Schmoller*, Die Arbeiterfrage, in: Preußische Jahrbücher, Bd. 15, 1865, S. 63.

263 So ging etwa auch *Stier-Somlo* von einem vergesellschafteten Menschen als Grundlage der Sozialgesetzgebung aus. *Ders.*, Deutsche Sozialgesetzgebung, 1906, S. 1 f.

nanz. Daher mussten politische Wege beschritten werden. 1868 reichte die nationalliberale Partei eine Petition an den Reichstag anlässlich zweier schwerer Bergwerkskatastrophen ein.²⁶⁴ Die Petition wies die Mängel des römischen Rechts auf und unterbreitete den Vorschlag, entweder eine Art. 1384 Code civil entsprechende Vorschrift des Deliktsrechts einzuführen, die die Haftung des Arbeitgebers für Dritte regelte, oder aber ein „Specialgesetz“ zu erlassen.²⁶⁵ Danach befasste sich der Reichstag mit der Angelegenheit und nach der Reichsgründung 1871 wurde das Reichshaftpflichtgesetz (RHG) verabschiedet.²⁶⁶ § 1 RHG bestimmte eine Beweislastumkehr und vermutete ein Verschulden des Unternehmers, falls ein Arbeiter bei dem Betrieb einer Eisenbahn verletzt oder getötet wurde. Eine Exkulpationsmöglichkeit bestand nach wie vor, wenn der Beweis des Eigenverschuldens des Arbeiters oder höherer Gewalt gelang. § 2 RHG traf eine Regelung für Bergwerke, Steinbrüche, Gruben und Fabriken. Bei diesen Betrieben wurde lediglich die Verschuldenshaftung von Aufsichtspersonen auf den Unternehmer übergeleitet. Eine Beweislastumkehr fand nicht statt. Doch auch § 2 RHG operierte mit einer Verschuldensvermutung, indem die Überleitung der Haftung auf den Unternehmer ausweilich der Gesetzesbegründung als Haftung für vermutetes Verschulden wegen fehlerhafter Auswahl und Überwachung der Aufsichtspersonen konstruiert wurde.²⁶⁷

Damit findet sich in Deutschland letztlich eine mit Frankreich vergleichbare Entwicklung. Man stellte anhand sozialwissenschaftlicher Methoden eine tatsächliche Ungleichheit von Arbeitgeber und Arbeiter und damit eine Abweichung vom liberalen Idealzustand fest. Die Diskrepanz zwischen Moral und ökonomisch bestimmter Realität übersetzte sich in einen normativen Veränderungsdruck. Zwei zuvor rechtlich und philosophisch als Gleiche behandelte Parteien wurden sorgfältig dekonstruiert, indem man Beweisanforderungen und Verschuldensregelungen zu Gunsten der sozial benachteiligten Partei veränderte. Die soziale Realität fand unweigerlich Eingang in das Zivilrechtsdenken. Dieser Weg wurde in Frank-

264 Gitter, Schadensausgleich, 1969, S. 14; Tennstedt, Die Ablösung privater Haftpflicht, in: Hänlein/Roßnagel, Wirtschaftsverfassung (FS Nagel), 2011, S. 483 f.

265 StB des RT des Norddeutschen Bundes, Bd. 6, 1868, 190.

266 RGBI. 1871, 207; Gitter, Schadensausgleich, 1969, S. 14; Tennstedt/Winter, „Der Staat hat wenig Liebe“, ZSR 1993, 362, 366 f.

267 Gitter, Schadensausgleich, 1969, S. 15. Die sog. culpa in eligendo et inspiciendo entstammte dem römischen Recht und fand später in § 831 Eingang in das BGB.

reich von der Rechtsprechung selbst im Verlauf eines halben Jahrhunderts beschritten. In Deutschland verlagerte sich dieser Prozess aufgrund der Renitenz des Juristenstandes auf die politische Ebene. Von dort aus wurde zunächst mit Verschuldensvermutungen agiert, um dem Rechtsdenken die Einordnung in die hergebrachten Kategorien zu erleichtern. Und dennoch stieß das RHG in der rechtstheoretischen Einordnung entweder auf Unverständnis oder auf das Bedürfnis der Erklärung des eigentümlichen Gesetzes im Denksystem der Pandekten:²⁶⁸

„Die Autorität des Römischen Rechts ist bei den deutschen Juristen eine so große, daß sie eine Neuerung, welche eine wesentliche Abweichung von Römischen Grundsätzen enthält, zum Theil für bedenklich erachten, jedenfalls aber sich des Maßes bewußt sein wollen, in welchem die Neuerung von dem Römischen Recht abweicht, und der Gründe, durch welche die Neuerung gerechtfertigt wird.“²⁶⁹

All diese Zurückhaltung der Juristen konnte jedoch weder die Einführung der Unfallversicherung, noch die Entstehung eines völlig neuen Rechtsdenkens verhindern.

Das RHG löste trotz seiner Lückenhaftigkeit eine Haftungsproblematik aus, die – analog zu Frankreich – nach einer Versicherungslösung rief. Vornehmlich die Arbeitgeber waren mit dem RHG unzufrieden. Es hatte den Zugang zum Recht für die Arbeiter deutlich vereinfacht. Die Verschuldensvermutungen führten zu höheren Erfolgsaussichten im Zivilprozess und damit zu einer gesteigerten Zahl von Klagen.²⁷⁰ Die nach oben unbegrenzte Höhe des Schadensersatzes verstärkte diesen Effekt.²⁷¹ Arbeitgeber, die sich gegen Ansprüche der Arbeiter bei privaten Versicherungsunternehmen abgesichert hatten, mussten schon bald höhere Prämien

268 Dazu Gitter, Schadensausgleich, 1969, S. 21 und passim.

269 Baron, Zur Fortbildung des Haftpflichtgesetzes, in: Die Haftpflichtfrage, Schriften des Vereins für Socialpolitik, Bd. XIX, 1880, S. 101. Zitiert nach ebd., S. 23.

270 Siehe zu den Motiven der Arbeitgeber Mares, The Politics, 2003, S. 69.

271 § 7 RHG hatte das Prinzip der freien richterlichen Beweiswürdigung für die Berechnung der Schadenshöhe eingeführt. Auch dies war dem römischen Recht zuvor unbekannt, was meist zu unzureichenden Schadensersatzleistungen geführt hatte. Eine Versicherungslösung versprach hingegen die Aussicht einer Deckelung der Schadenssummen, wie sie im späteren UVG tatsächlich eingeführt wurde.

bezahlen.²⁷² Darüber hinaus stand die haftungsrechtliche Lösung im Ver- ruf, die innerbetriebliche Unruhe zu fördern und damit letztlich die Arbeiterbewegung zu stärken. Gerade letzteres war namentlich *Bismarck* ein Dorn im Auge und veranlasste ihn eine öffentliche Versicherungslösung zu favorisieren, die ein „soziales Band“ zwischen Arbeitgeber und Arbeiter knüpfen konnte.²⁷³

Die zu Grunde liegende Haftungsproblematik hatte *Bismarck* aber ge- nauso wenig veranlasst, wie er für die moralökonomische Kritik des freien Arbeitsvertrags verantwortlich war. Sein Verdienst und das der deutschen Juristen war vor allem die Verlagerung der Versicherung in das öffentliche Recht.²⁷⁴ *Louis Baare*, der Präsident der Bochumer Industrie- und Handelskammer, erarbeitete einen Entwurf für eine Arbeiterunfallversicherung nicht nur deshalb auf dem Boden des öffentlichen Rechts, weil sich die Industrie eine staatliche Kostenbeteiligung erhoffte.²⁷⁵ Auch schien ihm eine Durchbrechung des Verschuldensgrundsatzes auf der Grundlage des rö- mischrechtlich geprägten Zivilrechts nicht durchführbar. Er favorisierte daher eine Umgehung des Zivilrechts durch eine öffentlich-rechtliche Ver- sicherung.²⁷⁶

272 Zu den aufgrund des RHG entstandenen privaten Unfallversicherungsunterneh- men und deren Niedergang nach Einführung der staatlich organisierten Unfall- versicherung ausführlich *Tennstedt*, Die Ablösung privater Haftpflicht, in: Hän- lein/Roßnagel, Wirtschaftsverfassung (FS Nagel), 2011, S. 483 und passim.

273 *Stolleis*, Geschichte des Sozialrechts, 2003, S. 54 und passim; *Gitter*, Schadens- ausgleich, 1969, S. 26 f.; dazu auch *Gall*, Bismarck, 1980, S. 648 f., der die Ab- sicht der Wiederbelebung einer ständisch-korporativen Wirtschaftsorganisation betont, die zur Grundlage einer künftigen Volksvertretung jenseits des Parlaments werden sollte. *Tennstedt* betont, dass es *Bismarck* für sittlich ungebührlich hielt, Arbeiter zu einer privaten Zwangsversicherung zu verpflichten, die sodann dem Konkursrisiko und der Spekulation mit dem Unglück des Unfalls ausgesetzt sei. Daher sei die Übernahme der Versicherung durch den Staat das notwendige Kor- relat zum Versicherungzwang. *Tennstedt*, Die Ablösung privater Haftpflicht, in: Hänlein/Roßnagel, Wirtschaftsverfassung (FS Nagel), 2011, S. 487 und passim.

274 In Frankreich war man hingegen zu einer privaten Pflichtunfallversicherung für Arbeiter gelangt. Dies war wohl auch dem Umstand geschuldet, dass sich die rechtlichen Neuerungen von vornherein auf dem Gebiet des Privatrechts abge- spielt hatten und von der Rechtsprechung selbst entscheidend vorangebracht wor- den waren.

275 *Gitter*, Schadensausgleich, 1969, S. 27; *Kleeis*, Geschichte, 1928 [Nachdruck1981], S. 81.

276 *Mares*, The Politics, 2003, S. 69; *Kleeis*, Geschichte, 1928 [Nachdruck1981], S. 82.

Das Denken über das Wesen des Rechts begann sich zu wandeln. So sehr die savignysche Begriffsjurisprudenz im formalen, der Realität entrückten Recht verhaftet blieb, regte sich bald Widerstand.

Im deutschsprachigen Rechtsdiskurs war *Rudolf von Jhering* der erste, der die alte Frage nach dem Wesen des Rechts nicht mehr im Sinne *Rousseaus* beantwortete:

„der Wille ist nicht der Zweck und die bewegende Kraft der Rechte; der Willens- und Machtbegriff ist nicht im Stande, das praktische Verständniß der Rechte zu erschließen.“²⁷⁷

Für die historische Schule musste dieser Satz nach offener Rebellion geklungen haben. Das Axiom Wille – Vertrag – Recht galt nicht mehr. Was war *Jherings* Vision des Rechts, wenn ihm ein willensbasiertes System allein nicht mehr genügte?

Die Antwort gab er auf der folgenden Seite:

„Der Begriff des Rechts beruht [...] auf der rechtlichen Sicherheit des Genusses, Rechte sind rechtlich geschützte Interessen.“²⁷⁸

Das Sozialrecht war geboren.²⁷⁹ *Jherings* Vision beinhaltete in der Tat eine Kritik des gesamten klassischen Rechtsverständnisses. Wenn das Recht lediglich Interessen schützte, so schützte es lediglich das Faktische. Es gab kein Naturrecht und keine überpositive Wahrheit. Subjektive Rechte waren keine absoluten Rechte in einem Sinn, der sie als schrankenlos charakterisieren würde. Für das Naturrecht und für *Savigny* war der Zweck des Rechts eindeutig und beständig. Der Zweck war das Individuum mit samt seiner Willensfreiheit. In *Jherings* Formulierung diente das Recht einem Zweck, der nicht *a priori* feststand. Der Zweck des Rechts war der Schutz von faktischen Interessen, die von der Rechtswissenschaft ermittelt werden mussten. Die Rechtswissenschaft war für *Jhering* mit der Sozialwissenschaft untrennbar verbunden.²⁸⁰ Was das rechtlich geschützte Interesse war, war nicht unveränderlich. Schon gar nicht war der Zweck auf den autonomen Willen reduzierbar. Inwieweit Wille und Individuum geschützt wurden, stand nicht ein für alle Mal fest, sondern unterlag stetigen Wandlungs- und Aushandlungsprozessen. Die Ergebnisse dieser Prozesse mussten mit sozialwissenschaftlichen Methoden gefunden werden. Anders

277 *Jhering*, Geist des römischen Rechts, 1865, S. 316.

278 Ebd., S. 317.

279 *Ewald*, A Concept of Social Law, in: Teubner, Dilemmas of Law, 1986, S. 40, 51.

280 *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, 2005, S. 89.

als die Verfasser der amerikanischen Unabhängigkeitserklärung angenommen hatten, gab es keine „self-evident truths“ mehr. Der Staat legte von nun an das Maßband der Ökonomie mit dem Maßstab der Moral an und teilte Rechte zu.

Damit war auch die Trennung zwischen dem Bürgerlichen und dem Öffentlichen Recht, die eine absolute und unveränderbare zu sein schien, dahin. *Jherings* Interessenjurisprudenz war die erste Denkrichtung in Deutschland, die dem Faktischen den Raum im Recht einräumte, den es spätestens seit der positiv-rechtlichen Regelung der Haftungsproblematik hatte. Doch in Wahrheit entpuppte sich dadurch auch das alte, sakrosankte Zivilrecht im Lichte des Utilitarismus *Smiths* als ökonomisches und politisches Steuerungsinstrument. Wenn alles Recht auf einen Zweck zurückgeführt werden konnte, dann diente das klassische Recht als Mittel, eine bürgerliche Sozial-, Wirtschafts-, und Werteordnung durchzusetzen und zu legitimieren. Die Interessenjurisprudenz und die Hinwendung zum Faktischen mussten das Koordinatensystem des Rechts verändern.

Jellinek war es, der diese Veränderung nicht nur bemerkte, sondern auch mit einer Theorie versah, die im Stande war, das geltende positive Recht ebenso zu erklären, wie den Staat als soziologisches Gebilde zu begreifen. Dieses Theoriegebäude musste dem Zivilrecht einen neuen Platz zuweisen. Es wurde ein Herrschaftsinstrument. *Jellinek* hatte begriffen, dass das Zivilrecht – so wie alles Recht – die Möglichkeit bot, die sozialen Verhältnisse der Gesellschaft zu regeln.²⁸¹ Es wurde ein Teil der Regierung des Sozialen. Folgerichtig fällt zu Beginn des dritten Buches seiner Allgemeinen Staatslehre der Satz:

„Alles Privatrecht ist [...] Sozialrecht.“²⁸²

Getragen war diese Erkenntnis von zweierlei Einsichten. Zum einen hatte man erkannt, dass die Selbstständigkeit und Unantastbarkeit des Zivilrechts der Durchsetzung einer liberalen und bürgerlichen Ordnung gedient hatte. Es hatte demnach einen genuin sozialen Zweck verfolgt. Eine strikte Trennung von sozialem Recht und Privatrecht war seither nicht mehr möglich. Nur in der der Suche nach ihrer unterschiedlichen, wenngleich in je-

281 Zur Politizität privater Rechte auch *Menke*, Kritik der Rechte, 2015, S. 179 und *passim*.

282 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 384.

dem Falle sozialen Funktionalität konnten sie auseinandergehalten werden.²⁸³

Zum anderen war *Jellineks* Erkenntnis auch von einem Verständnis des Individuums als ein Gewordenes begleitet. Das Individuum war keine Konstante mehr, sondern ein soziologisches Phänomen, dessen historische Genese sich nachzeichnen ließ und dessen prozesshafte Wandlung sich in Zukunft beobachten lassen würde. Die Individualisierung wurde als Prozess gefasst, der die Folge der Modernisierung der westlichen Gesellschaften sei.²⁸⁴ In dieser Grundannahme waren sich die „Klassiker der Soziologie“ einig, wenn auch ihre Theorien im Übrigen voneinander abgewichen haben mögen.²⁸⁵ *Durkheim* hatte die Individualisierung als Folge zunehmender Arbeitsteilung beschrieben. Der eng mit *Jellinek* in Kontakt stehende *Weber* hatte in ihr eine voranschreitende Rationalisierung erblickt und *Simmel* fasste sie als beständige Vermehrung der Chancen, einen eigenen Lebensstil zu verfolgen.²⁸⁶

Wie auch immer der Prozess der Individualisierung umschrieben werden möchte, seine gesellschaftliche Bedingtheit stand nie in Zweifel. Damit musste sich das Privatrecht zwangsläufig dem öffentlichen Recht unterordnen, fand es doch seine Rechtfertigung nur im sozialen Nutzen der Anerkennung der Individuen durch den Staat:

„Auch alle sozialen und daher auch die staatlichen Interessen lassen sich von individuellen gänzlich losgelöst nicht denken. [...] Alles Privatrecht ist nur möglich auf Grund der Anerkennung der individuellen Persönlichkeit, näher gefaßt durch die Anerkennung bestimmter Qualitäten des einzelnen, vermöge deren er in den Stand gesetzt ist, in seinem Interesse die Staatsgewalt in Bewegung zu setzen.“²⁸⁷

Nach *Jellineks* eigener Definition war die Rechtspersönlichkeit damit ein Teil des status positivus.²⁸⁸ Die Rechtspersönlichkeit des Individuums wurde zu einem rechtlich fixierten Zustand der „Anerkennung“ reduziert, die das Ergebnis eines sozialen Zuteilungsprozesses war. Die Rechtsper-

283 Becker, Sozialrecht und Sozialrechtswissenschaft, ZÖR 2010, 607, 611 f. Auf die ontologische Identität von Privatrecht und Sozialrecht weist auch Menke hin, Kritik der Rechte, 2015, S. 281 und passim.

284 Junge, Individualisierung, 2002, S. 10 f.

285 Ebd., S. 10.

286 Ebd., S. 11. Zur Verbindung von *Jellinek* und *Weber* ausführlich Breuer, Georg Jellinek und Max Weber, 1999.

287 Jellinek, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 384 f.

288 Vgl. dazu oben S. 42 und passim.

sönlichkeit war relativierbar. Sie besaß keinen inhärenten, unveränderlichen Wert mehr, sondern der Wert wurde ihr sozioökonomisch zugemessen. Rechte im sozialen Sinne waren damit rechtlich fixierte Wertzuschreibungen.

Damit schließt sich der Kreis. *Stolleis* beschreibt *Jellinek* als eine „auf Synthese und Harmonie angelegte idealistische Natur.“²⁸⁹ Auch aus der Sicht *Kelsens* gelang *Jellinek* am ehesten eine Synthese des Methodenstreits in der Rechtswissenschaft.²⁹⁰ Eine Synthese war ihm in der Tat gelungen. Sein Erfolgsrezept ist einleuchtend. Er vermochte der zunehmenden sozialen Spezialgesetzgebung ebenso Sinn zu geben, wie er ein Privatrecht zu erhalten im Stande war, in dem sich die Rechtssubjekte „als grundsätzlich Nebengeordnete einander gegenüberstehen“.²⁹¹ Sein Konstrukt war aber von der Einsicht getragen, „daß nicht das abstrakte, von allen sozialen Beziehungen isolierte Individuum Träger der Privatrechte ist, sondern das Gesellschaftsmitglied, das vom Staat als Persönlichkeit anerkannt ist.“²⁹²

Die Totalität des Staates war der soziologischen Individualisierung des Einzelnen vorgängig. Im Sinne *Foucaults* wurde das Recht endgültig nicht mehr als der Herrschaft vorausgegangen, sondern als aus ihr hervorgegangen gedacht. Das Recht war reine Regierung geworden. Die Regierung selbst bestand mehr und mehr in der gerechten Zuteilung von materiellen Rechten an die Mitglieder des Staates. Das Recht wurde ein biopolitisches Instrumentarium, das der rechnerischen Planung und Verwaltung des Lebens die Durchsetzungskraft verlieh.

All dies verstärkte die Problematik der Staatsangehörigkeit im jellinekschen Sinn, die eine Problematik der Zugehörigkeit im heutigen Sinn war. Zuvor mochte es ein öffentliches Recht gegeben haben, das zwischen Eigenem und Fremdem trennte. Es gab aber auch ein Zivilrecht und vor allem ein Naturrecht, die sich auf das freie Individuum beziehen. Für das Konstrukt des freien Individuums war die Trennung zwischen eigen und

289 *Stolleis*, Geschichte des öffentlichen Rechts II, 1992, S. 451.

290 *Dias*, Rechtspositivismus und Rechtstheorie, 2005, S. 90.

291 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 384. Vor dieser sich abzeichnenden dogmatischen Trennung hatte bereits *Gierke* gewarnt, der dafür eintrat, keine Kluft zwischen dem sozialen Recht der Spezialgesetze und dem Individualismus des Zivilrechts entstehen zu lassen. Vgl. dazu *Gitter*, Schadensausgleich, 1969, S. 1.

292 *Jellinek*, Allgemeine Staatslehre, 1929, S. 384.

fremd grundsätzlich irrelevant.²⁹³ Mit dem Aufkommen des Sozialrechtsdenkens wurde die Zugehörigkeit zum staatlich verfassten Kollektiv zur Voraussetzung für sämtliche Individualrechte. Als Fremder war man nicht Teil der sozioökonomischen Prozesse, die die Verteilung von Rechten zum Gegenstand hatten. Insoweit war man der Souveränität der Herrschenden – ihrem Wohlwollen – überlassen. Konsequent setzte Jellinek seine soziologische Kopplung des rechtlichen Status der Individuen in die juristischen Begrifflichkeiten der Staatsangehörigen, der *cives temporarii* und der beschränkten Staatsgenossen um. Der Herrschaft einer Staatsgewalt unterworfen zu sein, ohne die Rechtssubjektivität des Staatsvolks zu teilen, hieß, nicht am sozioökonomischen Verteilungsprozess beteiligt zu sein. Fremde entzogen sich der Berechnungsgrundlage und waren eine unberücksichtigte Variable.

Jellinek fand Beispiele für solche Ausgeschlossenen in den Kolonien des Deutschen Reichs und bei den Ureinwohnern Nordamerikas. Der Sozialstaat sollte sich bald daran machen, Teile seiner Arbeiterschaft im Mutterland zu kolonialisieren. Rechtlich konnte er das. Ein abstraktes Individuum gab es nicht mehr.

Nur die Beteiligung am sozioökonomischen Verteilungsprozess verlieh Souveränität, machte den Untertan zum Bürger in der Begrifflichkeit Rousseaus, zum Subjekt im Sinne Jellineks. Das Subjekt-Objekt Denken Jellineks war dabei bereits weit entfernt von den Gedanken Rousseaus. Rousseau war von der Freiheit ausgegangen und hatte sowohl die Ermächtigung als auch die Unterwerfung des Individuums aus dem Naturrecht heraus legitimiert, um den Einzelnen gleichsam einer sittlichen Freiheit im Staaate zuzuführen. Für Jellinek war das Individuum lediglich das Resultat gesellschaftlicher Prozesse.²⁹⁴ Das Individuum war nicht länger Zweck, sondern Mittel. Das juristische Konstrukt von Subjekt und Objekt mochte an Rousseaus Doppelverpflichtungslehre anknüpfen. Der Kontext war bereits ein völlig anderer.

293 Graser spricht in diesem Zusammenhang vom autonomiebetonten liberalen Zugehörigkeitsmodell, das die Distanz des Individuums gegenüber der Gemeinschaft bzw. der Obrigkeit in den Mittelpunkt des Zugehörigkeitskonzepts stellt, *Gemeinschaften ohne Grenzen?*, 2008, S. 76 f.

294 Die „Unterwerfung“ des Individuums unter den Staat war daher gar die Voraussetzung für das Entstehen subjektiver Rechte, *Kirste*, *Vom status subjectionis*, in: Pfordten/Kähler, *Normativer Individualismus*, 2014, S. 177, 179 f.

Der Staat hatte die Funktion, den Status der Individuen zu bestimmen. Das Mittel der Bestimmung war das Recht, die Methode war die Sozialwissenschaft. Das Ende des liberalen Rechtsdenkens ist damit nur vordergründig eine Niederlage des „Manchestertums“ smithscher Prägung. Zwar stellten der aufkommende sozialpolitische Diskurs und das Sozialrechtsdenken eine Abkehr vom Dogma des Marktes dar. Sie vollendeten aber den der utilitaristischen Denkweise zu Grunde liegenden Glücksimperativ und verhalfen damit *Smiths* Rechtstheorie letztlich zum Durchbruch. Das Sozialrecht stellte kollektive Gerechtigkeit vor das individuelle Recht. Das Sozialrecht war das Recht aller. Nur wer waren eigentlich *alle*?

2. Zugehörigkeit im Polizey- und Vorsorgestaat

Zugehörigkeit stellte sich demnach für den Vorsorgestaat als ganzheitliches Problem dar. In einer Rechtsordnung, die den Staat als alles Recht hervorbringende Einheit betrachtete, bedingte die Zugehörigkeit zu diesem Staat jedes Recht des Einzelnen. Begriff sich dieses Recht als rein soziales Recht, indem es normative Vorgaben an die soziale Wirklichkeit stellte und diese Vorgaben eben jener Wirklichkeit entnahm, war es zwangsläufig selbstreferentiell auf die eigene Gesellschaft, auf die eigene Gruppe:

„The norm is a means of producing social law, a law constituted with reference to the particular society it claims to regulate and not with respect to a set of universal principles.“²⁹⁵

Indem die Ökonomie der Sozialwissenschaften einen moralischen Diskurs politisierte, ökonomisierte und verrechtlichte, wurde der moralische Diskurs selbst auf die Relevanz für die beobachtete Gruppe reduziert. Eine Moral jenseits der Gesellschaft gab es nicht mehr. Folgerichtig negiert das Sozialrechtsdenken auch die Existenz von universellen Rechtsprinzipien, solange diese sich nicht soziologisch oder ökonomisch als zweckmäßig für alle Menschen nachweisen lassen. Mehr noch: in den Händen des Staates wurde die sozialrechtliche Norm damit auch zum Instrument der Ausgrenzung. Das unbekannte, nicht in die Planung mit einbezogene, Individuum wurde zu einer Gefahr für die sozialwissenschaftlich ermittelte Güterver-

295 Ewald, Norms, Discipline and the Law, in: Post, Law and the Order of Culture, 1991, S. 154 f.

teilung. Es stellte das Ergebnis der effizient und verteilungsgerecht geplanten Zuweisung von sozialen Rechten in Frage, indem es eine unkontrollierbare und unvorhergesehene Variable in die große Gleichung des Wohlfahrtsstaates einführte.

Dies heißt jedoch nicht, dass Fremde per se von jeglichen Fürsorgeleistungen oder sozialen Rechten ausgeschlossen worden wären. Unter dem Regime der Armenpflege war der Ausschluss allerdings die Regel. Genau dies begann sich mit dem Aufkommen der Sozialversicherungen und des Sozialrechts schrittweise zu wandeln. Der Grundlage dieses Wandels soll im Folgenden nachgespürt werden, indem zunächst die Entwicklung der Staatsangehörigkeit in Deutschland im 19. Jahrhundert im Kontext der Armenfürsorge dargestellt wird (a)). Im Anschluss wird auf die Modifikation der staatlich definierten Zugehörigkeit durch den Vorsorgestaat in Form der Sozialversicherung eingegangen (b)).

a) Die Staatsangehörigkeit im 19. Jahrhundert:

Zwischen Zugehörigkeitsökonomie und Zugehörigkeit der Souveränen

Die Entstehung der modernen Staatsbürgerschaft wird üblicherweise auf die Französische Revolution zurückgeführt.²⁹⁶ Das Mittelalter und die frühe Neuzeit kannten zwar durchaus Angehörigkeitsverhältnisse, die der modernen Staatsangehörigkeit ähnlich waren. Jedoch unterschieden sie sich alle in zwei wesentlichen Punkten von der nach 1789 entstehenden Beziehung zwischen Person und Staat: zum einen zeichneten sich vormoderne Angehörigkeitsbeziehungen durch eine Vielfalt aus, die eine eindeutige Bestimmung des Inhalts des Untertanenverhältnisses erschwerten.²⁹⁷ Zum anderen rekurrierten sie meist auf ein personales Verhältnis zwischen Lehnsherrn und Untertan, das durch Schutz, Gehorsam und Treue ausgezeichnet war.²⁹⁸ Alle diese Bindungen waren uneinheitlich. Der Begriff des Untertans war selbst in Bezug auf denselben Lehnsherrn vage. Zuord-

296 So auch *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 80; *Schönberger*, Unionsbürger, 2005, S. 22 f.

297 *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 28 f.; *Zacher*, Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat, in: ders., Abhandlungen zum Sozialrecht II, 2008, S. 433; *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 51.

298 *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 25 und passim.; *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 80.

nungen wurden durch eine Vielfalt von Rechtsverhältnissen ausgedrückt, die unterschiedliche Anknüpfungspunkte und Regelungsgegenstände hatten und verschiedene Rechte und Pflichten nach sich zogen.²⁹⁹ Parallel existierten die Stadtbürgerschaft – die der modernen, aktivbürgerschaftlichen Staatsbürgerschaft ähnelte –, ständische Bindungen, grundherrliche und landesherrliche Untertänigkeit. Alle diese Rechtsverhältnisse verstanden sich untereinander meist als nicht exklusiv, sondern konnten sich überlappen und ergänzen.³⁰⁰

Demgegenüber wird die Staatsbürgerschaft, wie sie sich seit der Französischen Revolution entwickelt hat, mit den Begriffen der Intensivierung und Egalisierung nach innen und der Abgrenzung nach außen kontrastiert.³⁰¹ Erst seit 1789 begann der Staat, sich als alle Bürger umfassende Institution zu verstehen und ergänzte den souveränen Territorialstaat um einen souveränen Personenverband. Bis dahin hatten sich Aufenthaltskontrollen auf die Binnenwanderung zwischen Gebieten unterschiedlicher Lehnsherrschaft und vor allem zwischen landesherrlichen Gebieten (Land) und freien Städten bezogen. Im modernen Staat fokussierten sich Aufenthaltskontrollen hingegen auf das Äußere. Für den Staat wurde es damit notwendig, die individuelle Identität zu dokumentieren. Die Einführung des Passwesens im 19. Jahrhundert war die Folge.³⁰² An die Staatsbürgerschaft war in der revolutionären Republik das aktive und passive Wahlrecht geknüpft.³⁰³ Doch der Umstand, der nach 1791 maßgeblich den Aus-

299 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 4 f.

300 Eine Ausnahme hiervon bildete lediglich das Stadtbürgerrecht, dessen Erwerb in der Regel die Aufgabe des vorherigen Stadtbürgerrechts durch den Erwerber voraussetzte, um entgegengesetzte Treuepflichten zu vermeiden. Vgl. dazu ebd., 5. Auch die lehnsherrliche Untertänigkeit war mit dem Besitz des Stadtbürgerrechts unvereinbar.

301 *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 25; *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 80. *Turner* hob in diesem Zusammenhang hervor, „dass die historische Entwicklung der Staatsbürgerschaft sowohl bestimmte, mit dem Subjekt verbundene universalistische Annahmen als auch die Auflösung partikularistischer Verwandtschaftssysteme zugunsten einer urbanen Umwelt voraussetzt, die ursprünglich vermutlich nur im Kontext einer autonomen Stadt gedeihen kann“, Grundzüge einer Theorie, in: *Mackert/Müller*, Citizenship, 2000, S. 229, 236.

302 *Torpey*, The Invention of the Passport, 2000; *Fahrmeir*, Passports, in: *Geyer/Paulmann*, The Mechanics of Internationalism, 2001, S. 93 und passim; *Lucassen*, A Many-Headed Monster, in: *Caplan/Torpey*, Documenting Individual Identity, 2001, S. 235 und passim.

303 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 6 f.

bau des Passwesens in Frankreich vorantreiben sollte, war die Furcht vor konterrevolutionären Kräften des reaktionären Auslandes.³⁰⁴ Der Fremde wurde zunehmend mit dem politischen Feind im Innern gleichgesetzt und bereits 1792 führte die Nationalversammlung die Passpflicht für In- und Ausländer ein.³⁰⁵ Die Frage der Zugehörigkeit rückte in das Aufgabengebiet des Staates vor. Die Staatsbürgerschaft war zwar bei Weitem nicht die einzige relevante Statusfrage. So war in den französischen Revolutionsverfassungen das aktive und passive Wahlrecht an Eigentum, Einkommen und Bildungsgrad gebunden.³⁰⁶ Doch die Staatsbürgerschaft war die Grundvoraussetzung für die potentielle Ausübung aller politischen Rechte. Diese politisch-verfassungsrechtliche Entwicklungslinie der Staatsbürgerschaft ist für die weitere Entwicklung der rechtlich institutionalisierten Angehörigkeitsbeziehung zwischen Staat und Person im 19. und 20. Jahrhundert nicht zu unterschätzen.³⁰⁷ Gerade das revolutionär-politische Moment führte zu ersten institutionalisierten Trennungsprozeduren zwischen In- und Ausländern nicht nur in Frankreich. Beispielsweise veränderte es zwar nicht das im Untertanenverhältnis verhaftete, britische Verständnis der Staatsbürgerschaft.³⁰⁸ Es führte aber gleichwohl zur Institutionalisierung von Aufenthaltskontrollen, die eine Differenz zwischen „native“ und „foreign subjects“ erkennbar werden ließen.³⁰⁹ In Großbritannien war es dabei die spiegelbildliche Furcht vor aus dem revolutionären Frankreich importierten, gefährlichen politischen Gedanken, die die Institutionalisierung von Einreisekontrollen und Meldepflichten von Ausländern zur Fol-

304 *Torpey*, The Invention of the Passport, 2000, S. 29 und passim; *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 81 f.

305 *Torpey*, The Invention of the Passport, 2000, S. 32 und passim; *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 82.

306 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 6.

307 So auch *Fahrmeir*, Citizenship, 2007, S. 56 und passim.

308 *Turner* kontrastiert in seiner Typologie der Staatsbürgerschaft die revolutionäre, von unten nach oben wirkende Tradition Frankreichs mit der passiven, von oben nach unten oktroyierten Form Englands, Grundzüge einer Theorie, in: *Mackert/Müller*, Citizenship, 2000, S. 229, 251 und passim.

309 Im vor- und nachrevolutionären Großbritannien wurde die Staatsbürgerschaft nicht als Mitgliedschaft im Staate im Sinn der „citizenship“, sondern vor allem als Treueverhältnis des Untertans zur Krone verstanden. Dazu *Fahrmeir*, Citizens and Aliens, 2000, S. 43 und passim.

ge hatte.³¹⁰ Obwohl diese ersten Migrationskontrollen nur als zeitlich begrenzte Maßnahme konzipiert und nach dem Ende der napoleonischen Kriege weitestgehend liberalisiert wurden, blieben seit der Französischen Revolution Ausländer auch in Großbritannien einem fortwährenden Kontrollzugriff des Staates ausgesetzt.

Von der Staatsbürgerschaft in den deutschen Staaten im politischen Kontext zu sprechen, ergab bis weit ins 19. Jahrhundert hinein wenig Sinn, da wirksame politische Beteiligungsrechte weitgehend unbekannt waren.³¹¹ Zwar wurden diese im Vormärz von Nationalen und Demokraten als Rechte der Staatsbürger gefordert, aber erst mit dem Wahlgesetz von 1869 über den Reichstag des norddeutschen Bundes umgesetzt.³¹² Wenn auch bereits das österreichische ABGB von 1811 den Begriff des Staatsbürgers zu definieren suchte, so meinte es damit nicht den aktiv-politischen Teil des Verhältnisses einer Person zum Staat, sondern die Privilegierung der eigenen Bürger, denen – in weiterem Umfang als Fremden – die Privilegien der wirtschaftlichen Freiheiten des Bürgerlichen Rechts zu Gute kommen sollten.³¹³ In Österreich wurde damit parallel zu Frankreich eine generelle Angehörigkeitsnorm entwickelt, die nicht den politisch berechtigten Personenkreis, sondern die wirtschaftlich berechtigten Bürger zu definieren suchte.³¹⁴ Sowohl das ABGB als auch die Revolutionsverfassungen zielten damit auf die Beschreibung des wirtschaftlich und/oder politisch aktiven Staatsbürgers.

310 Angestoßen wurden sie erstmals 1793 durch den konservativen Außenminister und späteren Premierminister Lord Grenville. *Drewry, The Administrative History of Population Migration*, in: Arnold, National Approaches, 2010, S. 168, 169 f.

311 Eine Ausnahme hiervon bildeten die Verfassungen der süddeutschen Staaten, die allerdings vom Monarchen oktroyiert wurden und in einer Mischform landständische Elemente mit dem Gedanken der Gleichheit der Bürger verbanden. So etwa die Verfassung des Königreichs Bayern v. 26.5.1818, BayGBI. 1818, 101, die in Titel VI ein Zensuswahlrecht zur Wahl der zweiten Kammer der Ständeversammlung beinhaltete. Allerdings fehlte es derartigen Vertretungskörperschaften meist an wirksamen politischen Mitspracherechten.

312 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 7. Das Wahlgesetz vom 31. Mai 1869 über den Reichstag des norddeutschen Bundes wurde vom 1871 gegründeten Deutschen Reich übernommen und war bis 1918 in Kraft, BGBl. des norddeutschen Bundes 1869, 145.

313 ABGB v. 1.6.1811, JGS Nr. 946/1811. *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 146-148.

314 *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 33; *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 146.

Bezeichnenderweise kennt die deutsche Sprache für die Angehörigkeitsbeziehung zwischen Staat und Person zwei verschiedene Begriffe, die heute häufig synonym verwendet werden, jedoch eine durchaus verschiedene Konnotation besitzen. Der deutsche Begriff der Staatsbürgerschaft akzentuiert das revolutionär-verfassungsrechtliche und damit politisch und wirtschaftlich aktivlegitimierende Element der Angehörigkeitsbeziehung.³¹⁵ Er ist im Wesentlichen deckungsgleich mit dem englischen „citizenship“ oder dem französischen „citoyenneté“.

Eine andere Konnotation und Entstehungsgeschichte besitzt der Begriff „Staatsangehörigkeit“.³¹⁶ Die wirtschaftliche Liberalisierungspolitik des frühen 19. Jahrhunderts brachte mit der Boden- und Gewerbefreiheit auch die Freizügigkeit im Inneren der deutschen Staaten und die Auflösung ständischer und korporativer sozialer Sicherungsverhältnisse.³¹⁷ Der auch dadurch hervorgebrachte Pauperismus ließ nicht nur die Auswanderung nach Übersee sprunghaft ansteigen, sondern beförderte auch die Wandlungsbewegungen zwischen den einzelnen deutschen Staaten.³¹⁸ Diese – erst später anachronistisch als „Binnenwanderung“ bezeichnete – zwischenstaatliche Migration überforderte die dürftig entwickelten Armenfürsorgesysteme der deutschen Staaten.³¹⁹ Zuvor hatten die Territorialstaaten Vagabunden, Bettler und andere unerwünschte Personen abgeschoben. Beispielsweise bestand im 17. und 18. Jahrhundert die gängige Verwaltungspraxis Bayerns und Österreichs darin, der Armenpflege anheimgefal-

315 Die Staatsbürgerschaft dient heute daher als Terminus für die Mitgliedschaftsrechte im Staat, während es bei der Staatsangehörigkeit um die passive, rechtliche Zuordnung einer Person zum Staatsverband geht. Dazu *Schönberger*, *Unionsbürgerschaft*, 2005, S. 22-31.

316 Vgl. dazu umfassend *Fahrmeir*, *Citizens and Aliens*, 2000, S. 19 und *passim*; *ders.*, *Nineteenth-Century German Citizenships*, *The Historical Journal* 1997, 721, 731 und *passim*; *ders.*, *Citizenship*, 2007, S. 64 und *passim*; *Grawert*, *Staat und Staatsangehörigkeit*, 1973, S. 133-145; *Gosewinkel*, *Einbürgern und Ausschließen*, 2001, S. 27-66; *Quaritsch*, *Staatsangehörigkeit und Wahlrecht*, DÖV 1983, 1, 5 f.

317 *Kaufmann*, *Sozialpolitisches Denken*, 2003, S. 18 f.

318 Landflucht, Verstädterung, die Ausbreitung der Industrie und das Bevölkerungswachstum wurden in den 1820er und 1830er Jahren unter dem Begriff des Pauperismus diskutiert, ehe sich ab den 1840er Jahren die Bezeichnung als „die Soziale Frage“ einbürgerte. *Kaufmann*, *Sozialpolitisches Denken*, 2003, S. 19.

319 Die anachronistische Begriffsverwendung findet sich etwa bei *Frerich/Frey*, *Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik I*, 1996, S. 37.

lene Personen ohne Gemeindeangehörigkeit im Inland in die Kleinstaaten Frankens abzuschieben.³²⁰

Bis ca. 1800 war die Armenpflege eine rein gemeindliche Angelegenheit gewesen. Aus dem Besitz des Siedlungsrechts in einer Gemeinde folgten der Zugang zu Armenfürsorgeeinrichtungen vor Ort sowie der Besitz des Untertanenstatus auf der Ebene des Staates. Umgekehrt implizierte der Untertanenstatus selbst jedoch kein Siedlungsrecht im Inland.³²¹ Wohnsitzlose Personen konnten daher ohne Rücksicht auf ihren Untertanenstatus abgeschoben werden.

Um 1800 begann sich die Untertaneneigenschaft in ihrer Bedeutung hin zur modernen Staatsangehörigkeit zu verschieben. Markantestes Merkmal dieser Entwicklung war, dass, anders als in den Jahrhunderten zuvor, die juristische Lehrmeinung nun davon ausging, dass Untertanen grundsätzlich nicht ausgewiesen werden durften.³²² Die Landesuntertänigkeit enthielt ab dem frühen 19. Jahrhundert ein Aufenthaltsrecht. Die juristische Neufassung der Beziehung zwischen Staat und Person hatte weitreichende Folgen für die Armenpflege. Denn aus dem Aufenthaltsrecht im Staat folgte notwendigerweise auch das Recht, sich in zumindest einer Gemeinde dieses Staates niederzulassen und ermöglichte damit auch den Zugang zur lokalen Armenfürsorge.³²³ Damit hatte sich die Begründungskette des Angehörigkeitsverhältnisses zwischen Staat und Bürger in einem Schlag umgekehrt. War es zuvor die Gemeindeangehörigkeit, die zum Erhalt der Landesuntertänigkeit führte, so war es nun umgekehrt die vom Zentralstaat verliehene Untertaneneigenschaft, die Niederlassung in und Zugehörigkeit zu einer Gemeinde erst ermöglichte.³²⁴ Die Liberalisierung und Freizügigkeit im Inneren des Staates bedingten ein generalisiertes Angehörigkeitsverhältnis des Individuums zum Staat. So hielt *Hermann Rehm* bereits 1892 rückblickend fest, dass der Entwicklung der modernen Staatsangehörigkeit durch „das in immer weitere Kreise dringende Smith’sche Dogma der wirtschaftlichen Freiheit mächtigen Antrieb“ verliehen wor-

320 Fahrmeir, Citizens and Aliens, 2000, S. 21.

321 Ebd.

322 Ebd., S. 21 f.

323 Ebd.

324 H. Rehm, Der Erwerb der Staats- und Gemeinde-Angehörigkeit, Annalen des deutschen Reichs 1892, 232. Vgl. auch dort zu Einzelheiten der jeweiligen Landesverfassungen S. 232 und passim.

den war.³²⁵ Durch die von *Smith* geforderte Überwindung der lokalen Beschränkungen von Siedlungsrecht und Armenfürsorge,³²⁶ musste eine Verantwortlichkeitsbeziehung auf höherer Ebene geschaffen werden, die es erlaubte zwischen Niederlassungsberechtigten und Fremden bzw. zwischen legalen und illegalen Fürsorgeempfängern zu unterscheiden:

„denn dem Staate mußte daran liegen, zu wissen, wen er behalten und demgemäß unter Umständen auch erhalten müsse und wen nicht.“³²⁷

Eine wichtige Folge der Verknüpfung von Landesuntertänigkeit und Aufenthaltsrecht war der dadurch vermittelte Zugang zur Armenfürsorge. Mochte diese auch nach wie vor auf gemeindlicher Ebene organisiert werden, so brachte sie dennoch eine indirekte Verantwortung des Staates mit sich.³²⁸ Arme, die Untertanen waren, mussten zumindest einer Gemeinde zugewiesen werden, wohingegen fremde Untertanen abgeschoben werden konnten.³²⁹

Das Armenfürsorgesystem war daher ein zentraler Anlass für Staaten, eindeutige Differenzierungskriterien und sichere Identifizierungsprozeduren einzuführen. Denn schon bald entstand die von heutigen Wohlfahrtsstaaten bekannte Sorge, dass Fremde der Armenfürsorge anheimfallen und damit zur öffentlichen Last werden würden.³³⁰ Vor diesem Hintergrund und im Kontext von andauernden unkoordinierten Massenabschiebungen mittelloser Personen, entstand in den deutschen Staaten der Begriff der „Staatsangehörigkeit“. Die aufnehmenden Staaten waren nur bereit ihre *eigenen* Staatsangehörigen in das Land zu lassen, wenn diese aus einem Drittstaat abgeschoben worden waren, weil sie dort der Armenpflege anheimgefallen waren. Von „Staatsangehörigen“ war daher zum ersten Mal in bilateralen Vereinbarungen zwischen den deutschen Einzelstaaten die

325 Ebd., 230.

326 Vgl. dazu ausführlich oben S. 66 und passim.

327 *H. Rehm*, Der Erwerb der Staats- und Gemeinde-Angehörigkeit, Annalen des deutschen Reichs 1892, 231.

328 Zur unterschiedlichen Organisation der Armenpflege nach Unterstützungswohnsitz und Heimatgesetzgebung in den deutschen Staaten nach 1800 *Frerich/Frey*, Handbuch der Geschichte der Sozialpolitik I, 1996, S. 80 und passim.

329 *Fahrmeir*, Citizens and Aliens, 2000, S. 22.

330 *Lucassen*, A Many-Headed Monster, in: *Caplan/Torpey*, Documenting Individual Identity, 2001, S. 243; *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 26 f.

Rede.³³¹ Es waren völkerrechtliche Verträge, die regelten, welcher Staat für welche Person im Falle der Fürsorgebedürftigkeit zuständig sein sollte. Die Definition des Staatsangehörigen war daher – neben Verfahrensvorschriften bei zwischenstaatlichen Abschiebungen – der Hauptzweck der Verträge.³³² Die Staatsangehörigkeit wurde als völkerrechtlicher Begriff zunächst mit auf die Armenpflege begrenzter Funktion entwickelt. Er stand neben den Begriffen des Untertanen, des Einwohners und des Staatsbürgers und drückte ein Angehörigkeitsverhältnis minderen Ranges aus.³³³ Bezeichnenderweise waren es gerade jene bilaterale Abkommen, die die Prinzipien entwickelten, auf denen das Staatsangehörigkeitsrecht des 20. Jahrhunderts beruhte und von denen es noch heute geprägt ist.

Ein multilaterales Abkommen zwischen Baden, Bayern und Württemberg aus dem Jahr 1816 nannte bereits das Abstammungsprinzip, das Naturalisationsprinzip und das territoriale Geburtsprinzip als Gründe für den Erwerb der Staatsangehörigkeit.³³⁴ Daneben kannte es mit dem Ersitzungs- und dem Heiratsprinzip auch dem heutigen Staatsangehörigkeitsrecht unbekannte Erwerbsgründe. Da in diesem und vielen weiteren bilateralen Verträgen das Abstammungsprinzip an erster Stelle genannt wurde, nahm die historische Forschung lange an, dass der ius sanguinis Grundsatz seit jeher ein besonderes Merkmal des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts gewesen sei.³³⁵ Wie *Fahrmeir* nachgewiesen hat, war es tatsächlich stärker vom Territorialprinzip geprägt und darüber hinaus vor allem von wirtschaftlichen Erwägungen geleitet.³³⁶ Die Besonderheit des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts bestand nicht im Abstammungsprinzip. Zwar wurden die Abkömmlinge eines Staatsangehörigen eines deutschen Staates

331 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 5; *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 135; *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, The Historical Journal 1997, 721, 734.

332 *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, The Historical Journal 1997, 721, 734.

333 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 5; *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 135 f.

334 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 5; *Grawert*, Staat und Staatsangehörigkeit, 1973, S. 136 f.

335 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 5; mit weiteren Nachweisen *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, The Historical Journal 1997, 721, dort Fn. 1-4.

336 *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, The Historical Journal 1997, 721-752.

tes ebenfalls dessen Staatsangehörige. Sie verloren aber ebenfalls automatisch diese Staatsangehörigkeit, wenn sie auswanderten und sich über einen bestimmten Zeitraum nicht im Inland aufhielten.³³⁷ Auch die Kinder britischer Untertanen oder französischer Bürger wurden eo ipso Briten bzw. Franzosen. Im Unterschied zu den Staatsangehörigen der deutschen Staaten verloren sie aber ihren Status als „subject“ oder „citoyen“ nicht, wenn sie auswanderten. Die westeuropäischen Staatsbürgerschaftsrechte waren daher stärker vom ius sanguinis Grundsatz geprägt als die Staatsangehörigkeit in den deutschen Staaten. Denn parallel zu den einzelstaatlichen Vorschriften über den Verlust der Staatsangehörigkeit im Fall der Auswanderung sahen die bilateralen Abkommen eine Ersitzung der Staatsangehörigkeit des Aufenthaltsstaates in ähnlichen Zeiträumen (meist 5-10 Jahre) vor.³³⁸ Im deutschen Verständnis folgte die Staatsangehörigkeit, so folgert *Fahrmeir*, dem dauernden Aufenthalt.³³⁹

Allerdings gilt diese Schlussfolgerung nur für den wirtschaftlich unabhängigen Teil der Migranten. *Zacher* bemerkte in diesem Zusammenhang:

„Wer an den zivilisatorischen Standards eines Gemeinwesens teilhaben will, ohne ihm bürgerschaftlich zuzugehören, muss sich (und die Seinen) selbst unterhalten können – noch genauer: darf nicht hilfsbedürftig sein.“³⁴⁰

Nicht nur die Einbürgerung fremder Staatsangehöriger – die neben der Ersitzung als Erwerbstatbestand in Betracht kam – hing vom wirtschaftlichen Wohlergehen der Antragsteller ab. Auch die Ersitzung war für jene Personen regelmäßig ausgeschlossen, die als abhängig Beschäftigte, Handwerksgesellen, Dienstboten, Zöglinge und Studierende kein Wohnsitzrecht besaßen.³⁴¹ Damit waren gerade jene Gruppen von der inzidenten Einbürgerung ausgeschlossen, die in hohem Maße beruflich mobil waren und die zugleich als abhängig Beschäftigte ein besonders hohes Risiko traf, bei Beendigung ihres Dienst- oder Ausbildungsverhältnisses oder

337 Ebd., 742.

338 Ebd., 743.

339 Ebd., 738.

340 *Zacher*, Die Bundesrepublik Deutschland als Sozialstaat, in: ders., Abhandlungen zum Sozialrecht II, 2008, S. 419, 434.

341 *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, The Historical Journal 1997, 721, 735; *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 80.

Verlust ihrer Arbeitskraft der Armenfürsorge anheimzufallen.³⁴² Damit zeigt sich, dass die frühen Regelungen der Staatsangehörigkeit in den deutschen Staaten einerseits Mobilität förderten, indem vermögenden und wirtschaftlich potenteren Migranten ein impliziter Wechsel der Staatsangehörigkeit ermöglicht wurde. Zugleich versuchte das Staatsangehörigkeitsrecht des frühen 19. Jahrhunderts, Personen in prekären Abhängigkeitsverhältnissen sowohl von ausdrücklicher als auch von ersessener Einbürgerung auszuschließen. Für diesen Personenkreis galt das Prinzip der Blutlinie, um eine Einwanderung in Fürsorgesysteme zu verhindern. Damit folgte das Staatsangehörigkeitsrecht letztlich halbherzig der smithschen Liberalisierungsidee. Es zeigt sich aber eine Ausrichtung am vergemeinschafteten wirtschaftlichen Nutzenprinzip. Migration wurde dabei in wirtschaftlich erwünschte und wirtschaftlich unerwünschte Wanderungen unterteilt. Wirtschaftlich erwünschte Migranten erwarben die Staatsangehörigkeit ihres Aufenthaltsstaates vergleichsweise einfach und nach Ablauf einer bestimmten Frist ohne ausdrückliche Erklärung. Unerwünschte Migranten blieben von derlei inkludierenden Wirkungen ausgeschlossen. Der wirtschaftspolitische Regulierungsmechanismus staatsangehörigkeitsrechtlicher Regelungen war dabei allerdings relativ unpräzise.

Im Verlauf des 19. Jahrhunderts verlor die Staatsangehörigkeit mehr und mehr ihre wirtschaftliche Regulierungsfunktion und wurde zu einem politisch-mitgliedschaftlichen – später auch nationalpolitischen – Zuordnungsinstrument.³⁴³ Bereits zu Beginn des 19. Jahrhunderts waren es nicht nur die zögerlich aufkeimenden politischen Beteiligungsrechte, die eine eindeutige Zuordnung einer Person zu einem Staatsverband als notwendig erscheinen ließen. Die napoleonischen Kriege hatten die Überlegenheit einer Wehrpflichtigenarmee unter Beweis gestellt. Die Heranziehung des Staatsvolkes zum Militärdienst erforderte eine unzweideutige und aus Loyalitätsgründen möglichst unveränderbare personelle Zuordnung eines Bürgers zum Staat. Die implizite Ein- und Ausbürgerung durch zehnjährigen Aufenthalt bzw. Abwesenheit wurde daher bereits im ersten Entwurf für das preußische Untertanengesetz aus dem Jahr 1834 aufgegeben.³⁴⁴

342 Gerade die wirtschaftlich schwachen, prekarisierten Migranten waren auch intensiven fremdenpolizeilichen Überwachungsmaßnahmen ausgesetzt, wenngleich das den Grenzübertritt betreffende Wanderungsregime im 19. Jahrhundert liberaler Natur war, *Bast, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung*, 2011, S. 26 f.

343 Zum Ganzen auch *Farahat, Progressive Inklusion*, 2014, S. 86 und passim.

344 Ebd., S. 86.

Stattdessen sollte in jedem Fall eine Willenserklärung für die Einbürgerung erforderlich sein. Das Territorialprinzip wurde zu Gunsten des Willensprinzips geschwächt, um die Zusammensetzung des Staatsvolks planbarer und kontrollierbarer zu gestalten. Die personelle Zuordnung wurde statischer und exklusiver. Ein weiterer Schritt in diese Richtung war die Gothaer Konvention von 1851, der alle Staaten des Deutschen Bundes angehörten. Sie ersetzte die bilateralen Abkommen und knüpfte den Verlust der Heimatsstaatsangehörigkeit im Falle der Auswanderung bereits an den rechtswirksamen Erwerb einer neuen Staatsangehörigkeit.

Die zweite Hälfte des 19. Jahrhunderts führte zu einer weiteren Zentralisierung der Staatsangehörigkeit und zu einer Stärkung der statischen Zuordnung zu einem Staatsverband, wie etwa durch das Gesetz über den Erwerb und Verlust der Bundes- und Staatsangehörigkeit des Norddeutschen Bundes vom 1. Juni 1870.³⁴⁵ Dieses Gesetz wurde später als Reichsgesetz übernommen und knüpfte ebenso wie das Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz (RuStAG) von 1913 an die Angehörigkeit zu einem Gliedstaat des Reiches an.³⁴⁶ Mit dem RuStAG war die Entwicklungslinie des 19. Jahrhunderts, die zu einer weitgehenden Ausklammerung ökonomischer Nützlichkeitserwägungen aus dem Staatsangehörigkeitsrecht führte, vollendet. Das RuStAG und die Debatte um eine Reform des Staatsangehörigkeitsrechts, die im letzten Jahrzehnt des 19. Jahrhunderts aufgekommen war, fielen in eine Zeit der zunehmenden Nationalisierung des politischen Denkens. Dazu beigetragen hatte die Wandlung des nationalen Selbstverständnisses nach der Reichsgründung von 1871 ebenso wie die stetig zunehmende Zuwanderung in das Deutsche Reich.³⁴⁷ Deutschland war im Zuge der Industrialisierung der Gründerzeit zum Einwanderungsland vor allem für Osteuropäer geworden. Insbesondere Migranten aus Russisch-Polen wurden als potentielle Reichsfeinde, die sich mit der seit dem Kulturkampf stark kontrollierten und diskriminierten polnischsprachigen Minderheit hätten verbünden können, qualifiziert. Ihre Einbürgerung war daher nur unter erschwerten Voraussetzungen möglich und sollte weitgehend die Ausnahme bleiben.³⁴⁸

345 BGBI. des Norddeutschen Bundes 1870, 355.

346 Reichs- und Staatsangehörigkeitsgesetz v. 22. Juli 1913, RGBI. 1913, 583.

347 Farahat, Progressive Inklusion, 2014, S. 89.

348 Der Ursprung dieser Abwehrpolitik lag in den deutsch-polnischen Nationalitätenkämpfen in der Provinz Posen, die bereits im Jahr 1869 dazu geführt hatten, dass die Einbürgerung russisch-polnischer Ausländer der Zustimmung des preußi-

Auffällig ist dabei allerdings, dass die Einbürgerungspraxis in wirtschaftlichen Hochphasen wesentlich großzügiger war, als in Zeiten wirtschaftlichen Abschwungs. Im Jahrzehnt des Gründerbooms nach 1871 stieg die Zahl der Einbürgerungen (auch der Antragssteller polnischer Nationalität) an.³⁴⁹ Im Zuge der industriellen Depression der 1880er Jahre sollten Polen und Juden als „unerwünschte Elemente“ auf Drängen Bismarcks ferngehalten werden.³⁵⁰ Das preußische Innenministerium formulierte daraufhin eine Abwehrpolitik, die Naturalisationen russischer Staatsangehöriger polnischer Nationalität und/oder jüdischer Konfession weitgehend unterbinden sollte. Doch auch dagegen regte sich zumindest vereinzelter, wirtschaftlich motivierter Widerstand, der die Umsetzung der Verschärfungen zu Beginn der 1880er Jahre verzögerte.³⁵¹ Mochte der Wunsch nach dem Zuzug billiger Arbeitskräfte auch nur noch in geringerem Maße Gehör finden, weil er in Zeiten der Krise weniger dringend erschien, so war er dennoch in der Lage, Bismarcks Abwehrpolitik auszubremsen. Erst Mitte der 1880er Jahre gelang es ihm, Einbürgerungen russischer Staatsangehöriger von einer ministeriellen Zustimmung abhängig zu machen. Durch die ministerielle Lenkung der Einbürgerungspolitik gegenüber Polen und Juden nahm die Staatsangehörigkeit als Instrument nationalpolitischer Gestaltung immer schärfere Konturen an. Die Massenausweisung von ca. 40 000 polnischen Arbeitern im Jahr 1885 war ein deutliches Zeichen einer nachhaltig veränderten Staatsangehörigkeits- und Migrationspolitik.³⁵² So fielen in diesen Maßnahmenkatalog auch die Ver-

schen Innenministers bedurfte. Dazu *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 264.

349 Ebd. Die Spurze der Einbürgerungswelle war dabei Mitte der siebziger Jahre erreicht.

350 Ebd., S. 265 f.

351 So hielt etwa der Oberpräsident Westpreußens den „Zuzug guter und billiger Arbeitskräfte“ für wünschenswert und plädierte entgegen seinem ostpreußischen Kollegen für eine eher liberale Einbürgerungspraxis. Zitiert nach ebd., S. 266.

352 *Torpey*, The Invention of the Passport, 2000, S. 109. Darin kann man gleichsam die Initialzündung eines an Arbeitsmarktbedürfnissen ausgerichteten Ausländerrechts erblicken, weil sich in Folge in Preußen mit dem Legitimierungszwang für polnische Landarbeiter ein an wirtschafts- und staatspolitischen Vorgaben orientiertes Aufenthaltsrecht entwickelte: *Thym*, Migrationsverwaltungsrecht, 2010, S. 54; *Dohse*, Ausländische Arbeiter und bürgerlicher Staat, 1981, S. 66 und passim; *Bast*, Aufenthaltsrecht und Migrationssteuerung, 2011, S. 27; *Oltmer*, Migration und Politik, 2005, S. 344 und passim. Ausführlich zum Inlandslegitimierungszwang und zur Feldarbeiterzentrale unten S. 126 und passim.

stärkung und Ausweitung von Passkontrollen vor allem im ostelbischen Deutschland, um den Aufenthalt von Polen und Juden russischer Staatsangehörigkeit weitgehend zu unterbinden oder zeitlich zu beschränken.³⁵³

Die Vollendung der nationalpolitisch-rassistischen Überformung der Staatsangehörigkeit stellte das RuStAG von 1913 dar. Zwar verblieb das Einbürgerungsrecht bei den Bundesstaaten des Reichs, jedoch konnte jeder andere Bundesstaat gegen eine genehmigte Naturalisation ein Veto einlegen.³⁵⁴ Damit wurde die Einbürgerung endgültig zur Ausnahmeerscheinung, die nur in einem langwierigen Verfahren durchgeführt werden konnte. Die Fernhaltung von Volksfremden, die als „Sprach- und Rassefremde“ qualifiziert wurden, wurde zum Kernanliegen des deutschen Staatsangehörigkeitsrechts.³⁵⁵ Nationalpolitisch unerwünschten Personen sollte die Staatsangehörigkeit vorenthalten bleiben. Dies war eine endgültige Akzentverschiebung weg von sozialen und wirtschaftlichen Einbürgerungskriterien hin zu einem rassistisch aufgeladenen Verständnis der Staatsangehörigkeit als Zugehörigkeit zu einer Volksgruppe.

Parallel zu den abwehrenden Bestimmungen im Hinblick auf Einbürgerungen stand die Ausdehnung der Staatsangehörigkeit auf Deutsche im Ausland, die ebenfalls rassischen Grundsätzen folgte. Ein Verlust der deutschen Staatsangehörigkeit bei Auswanderung trat daher nicht mehr ein. Mit der Beibehaltung der Staatsangehörigkeit der Auslandsdeutschen sollten explizit die imperialistischen Ambitionen des Deutschen Reichs untermauert werden. Die Söhne und Töchter des Reichs sollten vor allem in den Vereinigten Staaten und Südamerika die weltpolitische Bedeutung Deutschlands hervorheben.³⁵⁶

Die Staatsangehörigkeit, wie sie sich im 19. Jahrhundert und vor allem an dessen Ende entwickelt hatte, löste sich damit von ihrem wirtschafts- und sozialpolitischen Entstehungskontext. Daraus ist teilweise gefolgt worden, dass die ökonomische Funktionalität der Staatsangehörigkeit weggefallen sei und in ihrer modernen Form auf dem verfassungsrechtlich-politischen Axiom beruhe.³⁵⁷ Demgegenüber sei „die verwaltungs-

353 *Torpey*, The Invention of the Passport, 2000, S. 109 f.

354 *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, *The Historical Journal* 1997, 721, 751.

355 *Gosewinkel*, Einbürgern und Ausschließen, 2001, S. 280.

356 Ebd.; *Fahrmeir*, Nineteenth-Century German Citizenships, *The Historical Journal* 1997, 721, 751; *Farahat*, Progressive Inklusion, 2014, S. 90.

357 So etwa *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 7.

rechtliche, mit Armut und Abschiebung verbundene Linie [...] ein eher zufälliges Moment gewesen.“³⁵⁸ Sie sei eine „Notkonstruktion“ gewesen, deren Zweck letztlich weggefallen sei.³⁵⁹ Ob Nützlichkeitserwägungen endgültig aus dem Staatsangehörigkeitsrecht verdrängt wurden, darf ange-sichts jüngerer Entwicklungen – zu denken wäre etwa an Ermessenseinbürgerungen von Spitzensportlern – bezweifelt werden.³⁶⁰

Letztlich kann diese Frage aber dahinstehen. Die Staatsangehörigkeit entwickelte sich in einer Mischung ökonomischer und politischer Rationalitäten. Zum einen versuchte sie, eine wirtschaftlich optimale Bevölke-rungskomposition zu erreichen, zum anderen diente sie als Mittel der Her-stellung einer souveränen, nationalstaatlichen Ordnung. Dass sich letzteres Motiv im Kaiserreich verstärkte und die Oberhand gewann, überrascht nicht. Nicht nur konjunkturelle Probleme und Nationalitätenkämpfe waren entscheidende Faktoren. Auch der durch die Judenpogrome der 1880er Jahre in Russland ausgelöste Einwanderungsdruck verhalf Bismarcks Ab-wehrpolitik zum Durchbruch. Hinzu traten jedoch auch klassisch verfas-sungsrechtliche Funktionen der Staatsangehörigkeit, die sich in der Zeit des Kaiserreichs verstärkten. Trotz der monarchisch-autokratischen Orga-nisation des Reichs wurde der Reichstag, der mit Budget- und Legislativ-recht ausgestattet ein wirkungsvolles Parlament war, in allgemeiner, glei-cher, geheimer und direkter Wahl aller erwachsenen Männer gewählt.³⁶¹ Die gesteigerte Bedeutung politischer Teilhaberechte führte daher auch zu einer gesteigerten Privilegierung deutscher Staatsangehöriger und gab der Nation als imaginierter Gemeinschaft ein tatsächliches Antlitz. Auch die allgemeine Wehrpflicht trug als pflichtbehaftete Kehrseite des Wahlrechts in einem Staat, dessen Militär eine hervorgehobene Position in der Verfas-sungswirklichkeit einnahm, enorm zur nationalpolitischen Überformung der Staatsangehörigkeit bei.³⁶²

Die Staatsangehörigkeit hatte am Ende des Kaiserreichs ihre Funktion als Regelung der ökonomischen Zugehörigkeit weitgehend verloren. Das

358 Ebd.

359 Ebd.

360 Zur Ermessenseinbürgerung von Top-Athleten ausführlich *A. Fikentscher*, Natio-nalmannschaften als Teil des Wirtschaftslebens, in: Großfeld/Sack/Möllers/Drexel/ Heinemann, FS Wolfgang Fikentscher, 1998, S. 635, 649 f.

361 *Quaritsch*, Staatsangehörigkeit und Wahlrecht, DÖV 1983, 1, 7.

362 So spricht etwa *Nipperdey* auch vom Deutschen Reich als „Militärstaat“. *Ders.*, Deutsche Geschichte 1866-1918, 1995, S. 201 und *passim*, hier S. 201.

bedeutet jedoch nicht, dass die Regelung einer von wirtschaftlichen Motiven geleiteten Zugehörigkeit zu einem Staat als Sicherungs- und Versicherungsverband obsolet gewesen wäre. Im Gegenteil sollte eine zunehmende europäische Arbeitsmigration bald erneut Zugehörigkeitsregeln erforderlich machen, die wesentlich flexibler waren als das statische Konzept der Staatsangehörigkeit.

b) Die ökonomische Zugehörigkeit und koordinierendes Sozialrecht

Diese Zugehörigkeitsregelungen mussten – ähnlich dem frühen Staatsangehörigkeitsrecht der deutschen Staaten – wirtschaftlich erwünschte Migration ermöglichen und zugleich den eigenen Sicherungsverband konturieren und stabilisieren, indem sie finanzielle Bürden durch die Zuwanderung Hilfsbedürftiger vermieden. Indem das deutsche Staatsangehörigkeitsrecht des frühen 19. Jahrhunderts abhängig Beschäftigte von der impliziten Naturalisation ausschloss, setzte es eine – wenn auch grobmaschige – Risikobewertung um. Für diese Gruppen wurde das Risiko, der Armenpflege anheim zu fallen als zu groß eingeschätzt, weshalb man ihre Einbürgerung unterband. Umgekehrt stand vermögenden Immigranten die Naturalisation in der Regel offen, weil ihr Armutsrisko als gering eingestuft worden war. Ökonomischen Zugehörigkeitsregeln lagen und liegen daher Nutzen- und Risikoanalysen zu Grunde.

Die Regeln des frühen 19. Jahrhunderts waren einerseits zu grob und andererseits zu statisch. Darüber hinaus passten sie nicht mehr in eine Arbeitswelt, in der die abhängige Erwerbstätigkeit von der prekären Ausnahme zur prekären Regel geworden war. Die Einwanderung von Arbeitskräften, die das Deutsche Reich zum Einwanderungsland machte, war eine Wanderung von abhängig Beschäftigten in der Landwirtschaft und in der Industrie. Agrar- und Industriekapitalismus verlangten nach neuen und vor allem flexibleren Regelungen.

Es war das Sozialrecht, das diese Regeln erfand. Vor der Einführung der Sozialversicherung kam der Antrag eines Ausländers auf Armenfürsorge der Unterschrift unter die eigene Ausweisungsverfügung gleich.³⁶³ Für einen Antrag auf Erbringung einer Sozialversicherungsleistung galt

363 Fahrmeir, Passports, in: Geyer/Paulmann, The Mechanics of Internationalism, 2001, S. 93, 112. Im europäischen Vergleich bildete Großbritannien die einzige Ausnahme dieser Regel, was daran lag, dass Ausländer in Großbritannien in der

dies grundsätzlich nicht. Die Gemeinschaft der Versicherten barg das Versprechen, auf dem Auge der Nationalität blind zu sein. Bereits die Handwerkerkassen des 18. Jahrhunderts und die Arbeiterhilfskassen des 19. Jahrhunderts waren Solidargemeinschaften der gegenseitigen Versicherung, keine Gemeinschaften souveräner Bürger.³⁶⁴ Ihre politische Rolle beschränkte sich auf die Bildung eines Gegengewichts zu den Arbeitgebern. Sie entstanden im Kontext der sozialen Frage des 19. Jahrhunderts. Für den Arbeitskampf war die anderweitige Zugehörigkeit zu einer Nation belanglos. Wichtig war, dass sich möglichst viele Arbeiter in Hilfskassen und Gewerkvereinen solidarisierten, um im Verbund ein wirkungsvolles Druckmittel gegen die Arbeitgeber etablieren zu können. Die Sozialversicherungskassen, die der Reichsgesetzgeber ab den 1880er Jahren schuf, ruhten damit auf dem Fundament einer sozialen Praxis der gegenseitigen Absicherung, das vom Staat übernommen und in ein institutionelles Gefüge überführt wurde.³⁶⁵

Die Gemeinschaft der Versicherten stand daher von Beginn an in einem Spannungsverhältnis zur nationalen Gemeinschaft der Bürger, die dem Versicherungsprinzip übergestülpt worden war. Mit anderen Worten: die Sozialversicherung musste die im frühmodernen Staatsangehörigkeitsrecht angelegte ökonomische Zuordnungsfunktion übernehmen und mit der staatspolitischen Zuordnungsfunktion der hochmodernen Staatsangehörigkeit in Einklang bringen. Damit kam der rechtlichen Zuordnung durch die Sozialversicherung eine ambivalente Rolle zu.

Zum einen bestätigte und bestimmte sie Grenzen, die durch den Diskurs der Souveränität vorgegeben waren und setzte die staatspolitische Tren-

Regel relativ wohlhabend waren. Das englische Recht verbot darüber hinaus seit 1826 die Abschiebung von Ausländern. Eine Rechtslage, die erst durch die Einführung des Alien Acts von 1905 vor dem Hintergrund geändert wurde, dass zunehmend Personen einwanderten, die nicht in der Lage waren, sich selbst zu unterhalten. Dazu *Drewry, The Administrative History of Population Migration*, in: Arnold, *National Approaches*, 2010, S. 168, 172. Das preußische Armenrecht kannte sogar noch 1914 die Abschiebung durch einen unzuständigen Unterstützungsverband an den eigentlich zuständigen Verband innerhalb Preußens, wenn gleich dies an strenge Voraussetzungen gebunden war: *Graeffner/Simm, Das Armenrecht*, 1914, S. 249 und passim.

364 Kott, *Sozialstaat und Gesellschaft*, 2014, S. 32 und passim, 34 und passim. Zu den Praktiken gegenseitiger sozialer Vorsorge in Deutschland auch Ritter, *Der Sozialstaat*, 2010, S. 61 und passim.

365 Kott, *Sozialstaat und Gesellschaft*, 2014, S. 14.

nung von sozioökonomischem Innen und Außen in die Tat um. Insoweit die Sozialversicherung an Staatsangehörigkeit und/oder Volkszugehörigkeit anknüpfte, war sie ein Instrument der souveränen Macht, die sich durch eine scharfe Grenzziehung manifestierte und darüber entschied, wer sich im Ausnahmezustand befand und wer zur zu normalisierenden Gruppe (dem Volkskörper) gehörte.³⁶⁶ Zu beachten ist dabei aber, dass diese – wie jede – Exklusion nur durch eine vorgängige Inklusion in Form der Unterwerfung unter die Herrschaft der Souveränen möglich war.³⁶⁷ *Agamben* spricht in diesem Zusammenhang von der Trennung von bios und zoē.³⁶⁸ Der bios ist dabei der souveräne Volkskörper, der das Substrat des vom biopolitischen Imperativ geleiteten Staatszwecks darstellt. Ihm gegenüber steht das nackte Leben (zoē), das allenfalls als Ressource für den bios dient, aber nicht um seiner selbst willen in sozioökonomische Verteilungsprozesse einbezogen wird. Dem nackten Leben entsprechen die Kolonialen und Ureinwohner bei *Jellinek*.³⁶⁹ Die Hauptfunktion der Souveränität besteht daher in der Trennung des nackten Lebens von politisierten Lebensformen, die als politische Gemeinschaft souveräner Bürger konzipiert werden. Das Fundament der Souveränität ist dabei das nackte Leben der Unterworfenen selbst.³⁷⁰ Durch politische und juristische Praktiken wird das Leben in politisches Leben (bios) und nacktes Leben eingeteilt (zoē). Die Souveränität ist, insoweit ihre Trennungsfunktion auf dem zu trennenden selbst beruht, paradox.

Wie das folgende Kapitel zeigen wird, war die Sozialversicherung zunächst gezwungen, einen Weg zu finden, die faktisch-ökonomische Verfassung der Versichertengemeinschaft mit dem Souveränitätsgedanken zu vereinbaren (Nationalisierung). Sie fand diesen Weg zunächst dadurch, dass sie einerseits die Leistungserbringung an die Staatsangehörigkeit und/oder den Aufenthaltsort knüpfte und andererseits die Versicherungs- bzw. Beitragspflicht nicht in Abhängigkeit von der Staatsangehörigkeit festzustellen pflegte. Die rechtstheoretische Manifestation dieses Status ist die Objektivierung in Form der Trennung von Herrschaftssubjekt und Herr-

366 Zur Definition des Ausnahmezustandes durch die Souveränität: *Schmitt*, Politische Theologie, 2009, S. 13 und passim.

367 *Schinkel*, From Zoopolitics to Biopolitics, EJST 2010, 155, insb. 166.

368 *Agamben*, Form-of-Life, in: *Virno/Hardt*, Radical Thought in Italy, 1996, S. 150 und passim.

369 Dazu oben S. 47 und passim.

370 *Agamben*, Form-of-Life, in: *Virno/Hardt*, Radical Thought in Italy, 1996, S. 151.

schaftsobjekt, in der sich die augustinische Herrschaftskonzeption wider-spiegelt. Insoweit produzierte der Vorsorgestaat sich im Ausnahmezustand befindendes zoē.

Die Sozialversicherung wurde jedoch bald auch zu einem Ort der Neu-verhandlung und Modifikation der Souveränität (Internationalisierung). Wirtschaftliche Motive und politische Einflüsse konnten den Kreis der gleichberechtigten Versicherten erweitern, die damit ein Teil der normalisierten Gruppe wurden und sich in die sozioökonomische Verteilungsarithmetik integrierten. Die Grenzen des durch die Souveränität bestimmten Volkskörpers konnten so verändert werden, dass sich ursprünglich Fremde im bios des Volkskörpers wiederfanden und somit einen Teil der Souveränität erlangten. In *Jellineks* fließendem Zugehörigkeitsdenken verwandelten sie sich in vom Staatszweck erfasste Souveräne, die mit subjektiven Rechten ausgestattete Teile des Staatsvolks waren.³⁷¹ Die Sozialversicherung erfüllte damit die ökonomische Zuordnungsfunktion der frühmodernen Staatsangehörigkeit, indem sie die Zusammensetzung des Staatsvolks nach Nützlichkeitskriterien modifizierte.

Der Boden der statisch verstandenen Souveränität konnte durch die Sozialversicherung auch weitgehend verlassen werden, indem sie eine trans-nationale Zugehörigkeit zu mehreren Staaten ermöglichte (Transnationalisierung). Dies geschah vor allem durch Gegenseitigkeitsabkommen, die etwa für die Altersvorsorge Versicherungszeiten anrechenbar und Leistungen exportierbar machten und die Anknüpfung an die Staatsangehörigkeit beendeten. In dieser Phase löste sich die Sozialversicherung von ihrer nationalstaatlichen Verwurzelung und wurde zum transnationalen Regulierungsregime, das flexible ökonomische Zugehörigkeiten ermöglichte. Auch hier manifestierte sich das Prinzip der wirtschaftlichen Nutzenmaximierung, das allerdings unter dem Vorbehalt der Souveränität stand. Mit den Regelungen des Aufenthaltsrechts und der Arbeitsverwaltung bestätigten souveräne Praktiken den Vorrang der nationalen Schicksalsgemeinschaft.

Im Nationalsozialismus sollte sich die Sozialversicherung erneut mit der Souveränität vereinigen und zum Instrument einer rassistischen Bevölkerungspolitik werden (Totalisierung). Dabei baute sie auf Konzepten auf,

371 Diese Subjektivierung blieb allerdings auf das Sozialversicherungsrecht und einige andere Rechtsgebiete beschränkt. Sie war nur in den seltensten Fällen eine vollständige Subjektivierung. Es fehlte meist an der Erlangung der politischen Staatsbürgerrechte.

die kurz nach ihrer Entstehung für die Exklusion Fremder entwickelt worden waren. Da diese Fremden dauerhaft beherrschten, standen sie wiederum Jellineks Kolonialen gleich und zählten nur als nacktes Leben. Sie waren aber auch einer Effizienzmaximierung unterworfen, die es erforderte, Praktiken der Internationalisierung (der partiellen Gleichstellung) und insbesondere der Transnationalisierung (der Flexibilisierung von Zugehörigkeiten) anzuwenden, um ihre Verwaltung für den Arbeitseinsatz zu organisieren.

Anhand der Geschichte des sozialversicherungsrechtlichen Status der Polen in Deutschland sollen die folgenden Kapitel eine Genealogie des koordinierenden Sozialrechts darstellen. Es ist eine Geschichte der Konstruktion von Zugehörigkeit und Zugehörigkeiten. Es geht um die Verhandlung des Status fremder Individuen in Bezug auf die Souveränen und um die Verortung der Fremden im Staatsvolk. Diese Status wurden ausgedrückt durch soziale Rechte, die sich nur in Bezug auf die Gesellschaft bestimmen ließen. Es waren Rechte, die eine wirtschaftliche Gruppenzugehörigkeit beschrieben und zugleich mit dem juristischen Konzept der demokratisierten Souveränität in Einklang gebracht werden mussten.

Im internationalen Kontext bewegten sich soziale Rechte in einem Spannungsfeld zwischen absoluten Trennungen von innen und außen einerseits und der stetigen Verhandlung und Neudefinition von *eigen* und *fremd* andererseits.³⁷² Es waren Rechte auf relative Sicherheit in einer Gruppe. Sie waren das Gegenteil universeller Rechte.

372 Farahat verweist in diesem Zusammenhang auf die Dialektik von statischer Zuordnung durch Staatsbürgerschaft und eines flexiblen Instrumentariums der progressiven Inklusion. Dabei spielen soziale Rechte bei der Ausgestaltung von Staatsbürgerschaft und migrationsrechtlicher Zuordnung eine bedeutende Rolle. Demnach lässt sich die personalhoheitliche Zuordnung eines Individuums nicht nur durch das Innehaben eines formalisierten Staatsbürgerstatus beschreiben, sondern auch durch die durch das Recht gewährten Teilhabemöglichkeiten an der Gesellschaft. Dabei führt Farahat die Flexibilisierung und Transnationalisierung von Zugehörigkeiten erst auf den Einfluss des nach 1945 einsetzenden Menschenrechtsuniversalismus zurück. Farahat, Empowerment und Zuordnung, Der Staat 2013, 187, 200; dies., Progressive Inklusion, 2014, S. 104 und passim.