

# A. Einleitung: Migration und der Traum von einem anderen Recht

In ihrer viel beachteten Auseinandersetzung über territoriale Souveränität am Ende des 20. Jahrhunderts – *Empire* – beschreiben Antonio Negri und Michael Hardt das Verhältnis von Nationalstaaten und Migrationsbewegungen als ambivalentes: In dem Maße, in dem der Nationalstaat im Zuge globalisierter, interdependenter und transnationaler Ökonomien an faktischer Relevanz einbüßt,<sup>1</sup> wird Migration zum Gegenspieler des umkämpften Wissens-Macht-Komplexes<sup>2</sup> nationalstaatlicher Souveränität. Diese These hat auch in den deutschen Migrationswissenschaften Anklang gefunden. Unter dem Stichwort der »Autonomie der Migration«<sup>3</sup> wird etwa die Ansicht vertreten, dass die Faktizität der Bewegung der Migration imstande ist, die Ideologie territorialer Souveränität zu unterlaufen. Dabei folgt die Zuschreibung der Sprengkraft von Migrationsbewegungen einem klassischen Krisennarrativ, wie es in marxistischen Theorien vorzufinden ist: Mussten Nationalstaaten territoriale Souveränität notwendigerweise zunächst etablieren, um die kapitalistische Produktion zu gewährleisten,<sup>4</sup> führt die Transnationalisierung der kapitalistischen Produktion zu vermehrten Migrationsbewegungen und damit zur Deterritorialisierung bzw. Destabilisierung der Ideologie territorialer Souveränität.<sup>5</sup>

- 1 Antonio Negri und Michael Hardt beschreiben diesen Prozess etwa wie folgt: »Die großen transnationalen Konzerne schaffen in gewisser, entscheidender Weise das grundlegende Geflecht von Verbindungen in der biopolitischen Welt. [...] Sie strukturieren und artikulieren [...] unmittelbar Territorien und Bevölkerungen. Sie arbeiten daran, aus Nationalstaaten bloße Instrumente zu machen, die die Waren-, Geld- und Bevölkerungsströme überwachen, die sie selbst in Gang gesetzt haben«, *Hardt/Negri*, *Empire* (2002), S. 46. In ähnlicher Weise nennen Volker Beck und Edgar Grande es »mittlerweile eine Binsenweisheit, dass nationale Institutionen alleine die Regulierung des globalen Kapitalismus und die neuen globalen Risiken nicht bewältigen können«, *Beck/Grande*, *Soziale Welt* 2010, S. 188.
- 2 *Karakayalı/Tsianos*, in: *Turbulente Ränder* (2015), S. 11. Mehr zum Begriff unter B IV 3 a.
- 3 *Bojadžijev*, *Zeitschrift für Kulturwissenschaft* 2011; *Bojadžijev/Karakayalı*, in: *Turbulente Ränder* (2015). Zur Begriffsgeschichte und Debatte siehe Kapitel B, Fn. 203.
- 4 *Hardt/Negri*, *Empire* (2002), S. 100, 146f.
- 5 »Die wachsende Mobilität großer Teile des weltweiten Proletariats ist eine weitere wichtige Konsequenz der Tendenz zur Einheit des Weltmarkts. Im Unterschied zu den alten imperialistischen Regimes, in denen die Mobilität

In der Theorie von Negri und Hardt ist das *Empire* zwar gerade eine globale juristische Formation; diese Formation ist dabei von der Entstehung eines neuen supranationalen Rechts in Form eines weniger normativen als technischen »Polizeirechts« oder »Interventionsrechts« geprägt, das die eigentliche Grundlage globaler und nationaler Autorität darstellt.<sup>6</sup> Das Recht selbst bleibt aber merkwürdig unbeleuchtet und vage. So scheint das Recht einerseits stets unselbstständig und den ökonomischen Interessen des *Empire* untergeordnet;<sup>7</sup> zugleich wird in die Verrechtlichung einer Weltbürgerschaft<sup>8</sup> die Hoffnung auf eine Emanzipation aus kapitalistischer, nationalstaatlicher Herrschaft gelegt. Ganz grundsätzlich wird aber der Untergang rechtlicher Normativität und der Aufstieg polizeilicher Praxen im Rahmen globaler Sicherheitsdiskurse prognostiziert. Ist das Recht auf dem Weg zum »Interventionsrecht« im Prozess des Absterbens?

Die Suchbewegung nach dem Außen der Normativität territorialer Souveränität erfolgt dabei auch auf (Rechts-)Subjektebene: Wird etwa in der Idee universeller Staatsbürgerschaftsrechte die Verschleierung ihr zugrundeliegender Herrschaftslogiken des Nationalstaats bemängelt,<sup>9</sup> sollen »minoritäre« Subjekte sich herrschaftlicher Rationalisierung widersetzen können. Die Aufdeckung und Einbeziehung dieses Außens verspricht dann einen Weg aus der sich stets reproduzierenden Herrschaft territorialer Souveränität in den Rechten der Staatsbürgerschaft. Étienne Balibar hat dies wie folgt formuliert:

der Arbeitskraft in erster Linie vertikal zwischen Kolonie und Metropole geregelt war, eröffnet der Weltmarkt weitere horizontal angelegte Wege. [...] Diese neue transversale Mobilität der disziplinierten Arbeitskraft ist deshalb von Bedeutung, weil sie auf den Wunsch nach Freiheit verweist, der real und machtvoll auftritt und auf die Herausbildung eines neuen, nomadischen Begehrens [...]. Der Bereich kapitalistischer Kommandos ist nicht länger durch Nationalstaatsgrenzen oder traditionelle internationale Grenzziehungen beschränkt. Arbeiter, die aus der ›Dritten Welt‹ fliehen, um in der ›Ersten Welt‹ Arbeit oder Reichtum zu suchen, tragen dazu bei, die Grenzziehungen zwischen diesen beiden zu unterminieren«. *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 264f. Die Tendenz wachsender Mobilität wiederum vor dem Hintergrund der Klimakrise und die Entstehung neuer Industrien, die von deren Eindämmung profitieren, nennt der Geograph Thomas Nail den Climate-Migration-Industrial Complex, *Nail, The Climate-Migration-Industrial Complex*, Public Seminar vom 10.01.2020.

6 *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 32f.

7 *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 24ff.

8 *Hardt/Negri, Empire* (2002), S. 407.

9 Étienne Balibar nennt diese Ambivalenzen die Antinomie der Staatsbürgerschaft, *Balibar, Gleichfreiheit* (2012), S. 15ff.

[So] können wir sagen, dass in gewissem Sinne heute das politische Subjekt par excellence nicht das Norm-Subjekt ist, sondern der Flüchtling, homeless oder heimatlos, ›ohne Papiere‹ oder ›ohne Staat‹, also staatenlos. Oder wir können einen ähnlichen, aber nicht deckungsgleichen Hinweis bei Jaques Rancière wieder aufgreifen, der den unendlichen Charakter des Emanzipationsprozesses mit der Aufforderung verknüpft, in der bestehenden Gemeinschaft den ›Anteil der Anteilslosen‹ anzuerkennen.<sup>10</sup>

Das politische Subjekt unserer Zeit, so die These Balibars und Rancières, ist also dasjenige, das außerhalb des Rechtsstaats steht, keinen Zugriff auf diesen hat und sich aus der Notwendigkeit heraus jeder Teilnahme an der Gesellschaft entzieht. Dieses Subjekt, das in einem solchen Maße außerhalb des Rechts zu stehen scheint, dass Herrschaft es nicht korrumpieren kann, ist ein Mensch ohne Recht.<sup>11</sup> Die Rolle, die einem emanzipatorischen anderen Recht hierbei zugeschrieben wird, ist eben jene Verrechtlichung des Außerhalbs, etwa der Weltbürgerschaft jenseits territorialer Souveränität (Hardt und Negri) oder einer neuen Staatsbürgerschaft (Balibar), die es mittels legaler Formen schafft, sich »nicht mehr als ausschließliche, exklusive Zugehörigkeit« zu definieren und einen »Teil der Anderen« einzubeziehen.<sup>12</sup> Im politischen Problem der rechtlichen Exklusion durch nationalstaatliche Staatsbürgerschaft wird das Recht zum Vehikel einer politischen Reflexion auf die Idee territorialer Herrschaft, der Einbeziehung der »Anteilslosen«. Auch auf der Ebene der Rechtssubjektivität scheint das Recht also einerseits *aktuell* auf die politischen Probleme der nationalen Staatsbürgerschaft reduziert, zugleich soll es jedoch in einer *utopischen* Version eine emanzipatorische Reflexion auf diese verteidigen. Was sagt eine solche Idee über das Verhältnis des Rechts zu seinem Außen? Weshalb scheint das moderne Recht auf (alb)traumhafte Art staatliche Herrschaft zu reproduzieren und zugleich ihr widerstehen zu können? Sind die von Balibar beschriebenen Momente der Normierung und Nicht-Normierung tatsächlich primär in »(Rechts-)Subjekt-Gruppen« wie »den Flüchtlingen« zu lokalisieren? Und liegen die Räume, die dem Lokalisieren dieser Anderen dienen, dann ebenfalls im Außerhalb des Rechts?

Zeitgleich lässt sich in der Tagespolitik die Debatte über das Verhältnis von Staatlichkeit und Recht etwa anhand der Reaktionen auf die jüngsten Bundesverfassungsgerichts-Entscheidungen zur Klimagesetzgebung<sup>13</sup>

10 Balibar, Gleichfreiheit (2012), S. 215.

11 Dieser Begriff ist Alexandra Schauers Analyse spätmoderner Vergesellschaftung entliehen, *Schauer*, Mensch ohne Welt (2023).

12 Balibar, Gleichfreiheit (2012), S. 251. Balibar nennt diese »Befehlsverweigerung zur Idee der Souveränität« auch einen »demokratischen Ausnahmezustand«, Balibar, Gleichfreiheit (2012), S. 252.

13 BVerfG, Beschl. v. 24.03.2021 – 1 BvR 2656/18.

und den Corona-Verordnungen<sup>14</sup> nachvollziehen. Hier wird dem Recht in der Verteidigung subjektiver Bürgerrechte wiederum eine durchaus eigenständige Rolle als Gegenspieler und Ausbalancierer ökonomischer (staatlicher) Interessen zugesprochen. Recht tritt hier der Exekutive autonom gegenüber, begrenzt staatliches Handeln, wird durch dieses in Form von neuen Gesetzen verändert und reagiert in Anrufung des Rechts durch Rechtssubjekte (etwa in Form von Verfassungsbeschwerden) auf gesellschaftliche Missstände. Es wird ein Recht sichtbar, das stets sein komplexes Verhältnis zu Gesellschaft und Staat austarierend auf gesellschaftliche Impulse reagiert und autonom, also auch entgegen politischer Interessen, neue setzt. Diese Debatten fixieren jedoch in der Verteidigung »des Rechts« gegenüber außerrechtlichen (faktischen) Eingriffen spezifische Rechtsverständnisse und setzen diese notwendigerweise voraus, ohne sie hinterfragen zu können. In der staatsrechtlichen Debatte über die vermeintliche »Öffnung der Grenzen«<sup>15</sup> 2015 durch Angela Merkel debattierten die rechtswissenschaftlichen Kontrahenten so darüber, ob Deutschlands rechtlich geschützte territoriale Souveränität durch Merckels vermeintliche Grenzöffnungen verletzt wurde oder nicht,<sup>16</sup> und nicht etwa über die Legitimität einer solchen Öffnung. Das Recht, in der Verteidigung der eigenen Autonomie, kann seine zugrundeliegenden Prämissen nicht hinterfragen, so scheint es. Hierzu gehört auch das Konzept der (territorial-)staatlichen Souveränität. Zugleich ist das Migrationsrecht die mitunter am schnellsten sich ändernde Materie des deutschen Rechts. Gesetze darüber, wer warum nach Deutschland migrieren darf, haben sich seit dem sogenannten »langen Sommer der Migration«<sup>17</sup> 2015 rasant geändert. Die rechtswissenschaftlichen Debatten über die Neuerungen des Migrationsrechts nehmen dabei ausschließlich die Vereinbarkeit der neuen Gesetze mit höherrangigem Recht ins Visier, etwa Menschenrechtskonventionen wie der Genfer Flüchtlingskonvention. Rechtliche Debatten referieren auch hier auf sich selbst, ohne die ihnen zugrundeliegenden Prämissen, wie das Konzept der Nationalstaatlichkeit, analysieren zu können.

Die vorliegende Studie wird die Gleichzeitigkeit dieser Perspektiven nicht verleugnen. Genauso wenig wird sie einer von ihnen in Gänze

14 BVerfG, Beschl. v. 19.11.2021 – 1 BvR 781/21.

15 Dass es sich dabei eben gerade nicht um eine unbeschränkte Grenzöffnung handelte, zeigen *Detjen/Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge (2019).

16 Ganz prominent hat sich etwa der ehemalige Bundesverfassungsrichter Udo di Fabio für eine solche Verletzung territorialer Souveränität ausgesprochen, siehe hierzu: *Bast/Möllers*, Dem Freistaat zum Gefallen: über Udo Di Fabios Gutachten zur staatsrechtlichen Beurteilung der Flüchtlingskrise, Verfassungsblog vom 16.01.2016 sowie *Detjen/Steinbeis*, Die Zauberlehrlinge (2019).

17 Vgl. *Hess et al.* (Hg.), Der lange Sommer der Migration (2016).

folgen. Vielmehr liegt ihr die These zugrunde, dass es kein Widerspruch ist, dass das moderne Recht einerseits in seiner Autonomie gegenüber gesellschaftlicher Einflussnahme aktuell und in einer utopischen Version verteidigt und andererseits so sehr der Herrschaftsreproduktion angeklagt wird, dass es nur als ganz anderes Recht wirksam werden soll. Beides – Anrufung und Anklage – des Rechts sind Ausdruck seiner Komplexität. Um dies zu zeigen, wird die Studie zunächst zahlreichen Träumen und Albträumen über das Recht nachgehen, wie etwa den Versprechungen des Anderen und der Ausnahme vom Recht. Dabei wird sich zeigen, dass die vagen Bilder des Rechts, wie sie bereits in Hardts und Negris *Empire* aufgetaucht sind, sich in verschiedenen Rechtsphilosophien finden lassen und insbesondere auch in Giorgio Agambens prominenter Theorie des Ausnahmezustands; sie können – so die These des Buchs – die Komplexität des Rechts jedoch nicht abbilden. Recht als gesellschaftliche Norm lässt sich nicht klar in Innen oder Außen, Herrschaft oder Emanzipation, repressiv oder konstruierend trennen. Es ist weder gänzlich Traum noch Albtraum. Modernes Recht wird vielmehr in seiner relationalen Autonomie sowohl als normative Ordnung herrschaftsreproduzierend als auch als soziale Norm intersubjektiv angewendet und bewegt sich dabei stets in der Spannung von Normativität und Faktizität. Diese Komplexität rechtlicher Wirklichkeit wird die Studie vor dem Hintergrund der Virulenz der Debatte um Migration nicht zuletzt in der empirischen Forschung zu Flüchtlingslagern in Deutschland vertiefen. In der empirischen Erforschung dieser rechtlichen Räume zeigt sich die Vielschichtigkeit des Rechts der Rechtswirklichkeit in all seinen Facetten: Als Rationalisierung souveräner Territorialität im Asylverfahren wirkt es repressiv und ordnend auf die Bewohnerinnen und Bewohner der Flüchtlingslager ein, als Instrument einer dezentralen Steuerungsverwaltung wird es zur Flexibilisierung, Privatisierung und Aktivierung eingesetzt, und als subjektives Recht wird es staatlicher Ordnung entgegengesetzt. Auf all diesen Ebenen bewegen sich die verschiedenen Akteure dabei durch, gegen und mit dem Recht zugleich. Sichtbar wird dabei nicht nur ein Geflecht rechtlicher Rationalisierung, Anwendung und Prekarisierung, sondern auch die Möglichkeit modernen Rechts zur Transformation.

## I. Im Ausnahme(t)raum: Auf der Suche nach den Grenzen des Rechts

Innerhalb des Systems des Rechts lässt sich also wenig über die Ursprünge, Motive oder Rationalitäten des Rechts und seinen Umgang mit Migration erfahren. Dies scheint gerade in Bezug auf Migration und den

Stellenwert, den sie in den europäischen aber auch globalen politischen Debatten einnimmt, riskant. Rechtliche Argumentationen können dann bei gesetzlichen Verschärfungen lediglich auf die (Nicht-)Vereinbarkeit mit Menschenrechtskonventionen verweisen. Diese Argumentation entpuppt sich jedoch als prekär, sofern etwa die Auslegung dieser Menschenrechte durch die obersten Gerichte sich stark verändert, wie aktuell in den USA in Bezug auf Abtreibungsrechte zu beobachten ist, oder die gesetzgebenden bzw. judikativen Organe sich ganz explizit von etwaigen Menschenrechtsverträgen distanzieren.<sup>18</sup> Die rechtliche Argumentation kann dann feststellen, dass etwa ein neues Gesetz gegen spezifische Menschenrechtsverträge verstößt, bleibt jedoch, sofern die Rechtsprechung dem Argument nicht folgt, auf die politische Debatte angewiesen.<sup>19</sup> Darüber hinaus kann die selbstreferenzielle Argumentation des Rechts oftmals nicht erfassen, welche (negativen) Auswirkungen das Recht in der Wirklichkeit hat, auch wenn (Menschen-)Rechte formell eingehalten werden, und welche Ausschlüsse es trotz seiner formellen ›Rechtmäßigkeit‹ produziert.

Vor dem Hintergrund dieser Feststellungen hat sich eine Wissenschaftslinie entwickelt, die sich im Außen des Rechts auf die Suche nach dessen Analyse begeben hat.<sup>20</sup> Debatten über den Ausnahmezustand vom Recht könnten, so die These, zahlreiche Funktionen erfüllen, die das Recht aus sich heraus nicht leisten kann, und das Andere aufspüren, das in den selbstreferentiellen Argumentationen des Rechts verdrängt wird. Der Traum einer normativen Autonomie des Rechts kann durch die Rechtswirklichkeit der Ausnahme korrigiert werden. Die Suche nach

18 Das polnische Verfassungsgericht hat etwa 2021 Art. 6 der Europäischen Menschenrechtskonvention als unvereinbar mit der polnischen Verfassung erklärt – trotz der Unterzeichnung der Menschenrechtskonvention, vgl. *Kornmeier*, Polnische Staatsräson, LTO vom 04.12.2021.

19 Ein entsprechendes Plädoyer für die Verteidigung des Rechts bzw. der Gerichte lässt sich bei *Baer*, Transnational Legal Theory 2019 finden.

20 Exemplarisch: *Vischer*, Die Fremdheit des Rechts: Aufzeichnungen eines fragilen Versprechens (2021); *Barczak*, Der nervöse Staat (2020); *Franzki*, in: Neue Theorien des Rechts (2020); *Heller*, Mensch und Maßnahme (2018); *Frankenberg*, Kritische Justiz 2017; *Kretschmann/Legnaro*, PROKLA. Zeitschrift für kritische Sozialwissenschaft 2017; *Menke*, Kritik der Rechte (2015); *Opitz*, An der Grenze des Rechts (2012); *Frankenberg*, Staatstechnik (2010); *Prömmel*, Kriminologisches Journal 2006; *Volkman*, Merkur 2008; *Steinhauer*, in: Neue Theorien des Rechts (2006). An der Humboldt-Universität wurde 2009 eine Tagung mit dem Titel »Das Andere des Rechts - Dimensionen der Rechtskritik in der Gegenwart« abgehalten, siehe hierzu *Boulanger et al.*, Kritische Justiz 2010. Kritisch wird diese Suchbewegung kommentiert in *Fischer-Lescano et al.* (Hg.), Gegenrechte: Recht jenseits des Subjekts (2018); *Augsberg et al.* (Hg.), Recht auf Nicht-Recht (2020).

der Ausnahme vom Recht bzw. den Anderen des Rechts folgt dann auf einer theoretischen Ebene, wie schon bei Balibar gesehen, dem Ziel, das Außerhalb des geschlossenen Systems (also das, was von der exkludierenden Herrschaft ausgeschlossen wird) sichtbar zu machen. Muss das Recht selbst blind für sein Außen bleiben, kann an den Grenzen des Rechts das Verhältnis zum Außen erforscht werden, um so letztendlich Erkenntnisse über das Recht selbst zu gewinnen. Die Ausnahme vom Recht, sei es in Form eines Ausnahmezustands oder konkreter Ausnahmefiguren wird zum Spiegel der normativen Ordnung des Rechts. Im Streit darüber, wann eine Ausnahme vom Recht vorliegt und ob sich diese ins Recht integrieren lässt, können so auch in der Rechtswissenschaft außerrechtliche Maßstäbe diskutiert werden: Beispielsweise inwiefern es Bereiche gibt, die nicht verrechtlicht werden sollten, wie das Recht mit Ordnungskrisen umgehen kann oder ob rechtliche Prozesse einer spezifischen Zeitlichkeit bedürfen und damit zu langsam sind, um auf akute Situationen zu reagieren. Ganz grundsätzlich wurde der Begriff des Ausnahmezustands und der Ausnahme, der aktuellen rechtswissenschaftlichen Debatten oftmals zugrunde liegt,<sup>21</sup> von Carl Schmitt geprägt, der ihn als den Zustand der extremen Not, in der »der Staat bestehen bleibt, während das Recht zurücktritt«, beschreibt.<sup>22</sup> Wollte im Gegensatz hierzu der Rechtspositivist Hans Kelsen den Ausnahmezustand aus der Rechtswissenschaft verdrängt wissen, weil er in den Bereich der Soziologie falle,<sup>23</sup> lässt sich tatsächlich beobachten, wie eben jene Themen des Außen des Rechts im Rahmen der Frage des Verhältnisses des Rechts zu seiner Ausnahme in die rechtswissenschaftlichen Debatten integriert werden. An den Grenzen des Rechts findet die Rechtswirklichkeit so Einzug in ein vermeintlich geschlossenes System.

Insbesondere der Philosoph Giorgio Agamben hat es in diesem Zusammenhang verstanden, sich in die international geführten Ausnahmezustandsdebatten einzuschreiben und den Albtraum eines modernen<sup>24</sup> Rechts der Ausnahme *par excellence* zu formulieren. Seine Theorie steht deshalb nicht nur exemplarisch für die Suche nach der Ausnahme vom Recht, sondern ist vielmehr wegweisend für sie geworden. Dies liegt sicherlich auch in der Tatsache begründet, dass Agamben seine

21 *Kaiser*, in: *Sicherheitsverfassung – Sicherheitsrecht* (2019). Vgl. hierzu auch *Boldt*, in: *Geschichtliche Grundbegriffe* (1972).

22 *Schmitt*, *Politische Theologie* (2015), S. 18.

23 Hans Kelsen hatte im Fazit seiner Abhandlung über »Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts« für eine »radikale« Verdrängung der Souveränitätsfrage plädiert und das Voranschreiten einer objektiven, von subjektiver Anerkennung unabhängigen, (Welt-)Rechtsordnung prognostiziert, *Kelsen*, *Das Problem der Souveränität und die Theorie des Völkerrechts* (1981), S. 320.

24 Zum Begriff des modernen Rechts siehe B I 2.

Expeditionen ins Reich der Ausnahme akribisch über mehrere Bände hinweg dokumentiert und den Ausnahmezustand sowie die Ausnahme vom Recht dabei konkret ausbuchstabiert hat. Die vorliegende Studie wird diesem Beispiel einer Idee vom Recht, das sich nicht weiter von der Rechtswirklichkeit entfernt haben könnte, zunächst folgen, um sich exemplarisch ein Bild darüber zu verschaffen, welche theoretischen Prämissen der Suche nach dem Anderen des Rechts zugrunde liegen – im weiteren Verlauf wird sie dann jedoch einen anderen, rechtssoziologisch informierten Rechtsbegriff entwickeln.

Agamben radikalisiert mit der Reihe *homo sacer* Schmitts Konzept des Ausnahmezustands, indem er diesen in eine eigene Theorie der Souveränität integriert. Dabei geht Agamben einerseits klassischen rechtswissenschaftlichen Fragen im Anschluss an Hans Kelsen und Carl Schmitt nach der Rechtsgeltung und Wirkung des Rechts nach und integriert diese in eine Theorie der Regierungstechnik moderner Staaten. Andererseits beleuchtet er mit der Figur des *homo sacer* »das Andere«, das Nicht-Normierte (Balibar), der Rechtssubjektivität und überträgt diese Figur auf Flüchtlinge. Agamben legt damit eine Theorie vor, die die abstrakten Voraussetzungen souveräner Herrschaft durch das Recht betrachtet und diesen in ihrer konkreten Materialisierung in der Rechtswirklichkeit, etwa des Flüchtlings in der Form des *homo sacer*, nachgehen will – und stellt so nicht nur fundamentale rechtstheoretische, sondern auch rechtssoziologische Fragen. Entsprechend wird seine Theorie sowohl in migrations-theoretischen als auch rechtswissenschaftlichen Diskursen intensiv rezipiert und bildet nicht zuletzt eine Brücke zwischen Rechtswissenschaft und politikwissenschaftlichen Staatsanalysen. In dieses Brückendasein fügt sich auch die Besonderheit der räumlichen Verortung der Theorie Agambens: Insbesondere das Lager markiert für Agamben einen Raum, »der sich öffnet, wenn der Ausnahmezustand zur Regel zu werden beginnt«. <sup>25</sup> Was lässt sich also aus Agambens Theorie an den Grenzen des Rechts über das Recht lernen? Welche Erkenntnisse über die Herrschaft des Rechts lassen sich gewinnen, wenn man das Verhältnis von Geflüchteten und souveränen Rechtsstaaten als Ausnahmebeziehung analysiert?

## II. Faszination Entscheidung: Agambens Anleihen bei Carl Schmitt

Schon in der Einleitung des ersten Buchs der *homo sacer*-Reihe, *Die souveräne Macht und das nackte Leben*, bekundet Giorgio Agamben, die Lücke schließen zu wollen, die Michel Foucault und Hannah Arendt

25 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 177.



hinterlassen hätten, indem sie es ausließen, den »Kreuzpunkt zwischen juristisch-institutionellem und biopolitischem Modell zu bilden«.<sup>26</sup> Es geht Agamben hier um eine Neudefinition der Souveränität, für die die Ausnahme vom Recht im Anschluss an Carl Schmitt zentral ist. Deshalb beginnt Agamben mit der Redefinition des Souveränitätsbegriffs bei dem – für die Rechtswissenschaft nach wie vor fundamentalen – staatsrechtlichen Streit zwischen Carl Schmitt und Hans Kelsen. In der später als Weimarer »Methodenstreit«<sup>27</sup> bekannt gewordenen Debatte stritten deutsche und österreichische Staatsrechtler in den 20er und 30er Jahren des 20. Jahrhunderts über die Quellen des Rechts. Mit der historisch komplexen Situation einer neuen Verfassung ohne »Verfassungsrechtsprechung als Führerin der Interpretation«<sup>28</sup> konfrontiert und durch den aufkommenden Positivismus der Wiener Schule um Hans Kelsen und dessen »reine Rechtslehre«<sup>29</sup> herausgefordert, formte sich eine Opposition, die grob als »antipositivistisch« zusammengefasst werden kann.<sup>30</sup> Einer ihrer prominentesten Vertreter war der Staatsrechtler Carl Schmitt. Er entwickelte die Analyse des Verhältnisses von *Sein* und *Sollen* in der Rechtswissenschaft zu einer, die von »existenziellen Gegensätzen, [...] Grenzsituationen und Entscheidungen«<sup>31</sup> her zu denken sei. In Schmitts *Politischer Theologie* wurde der Grund der Rechtsgeltung nicht im Recht selbst, etwa durch dessen Ableitung von einer »Grundnorm« her (Kelsen), gesucht. Stattdessen ernannte er den Souverän und mit ihm die Entscheidung über die Ausnahme zur ursprünglichsten Rechtsquelle: »Souverän ist, wer über die Ausnahme entscheidet«.<sup>32</sup> Das Recht sollte demnach dann gelten, wenn der Souverän entschieden hatte, dass *kein* Ausnahmezustand bestehe.

26 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 16.

27 Ausführlich in: Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 153ff.

28 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 156.

29 Kelsen, *Reine Rechtslehre* (2008).

30 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 171ff. Siehe zu Carl Schmitts Rechts- bzw. Staatstheorie auch Mehring, Carl Schmitt zur Einführung (2017); Dyzenhaus, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016); Agamben, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016); Posner/Vermeule, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016); Meinel, *Der Staat* 2013; Blasius, in: *Ausnahmezustand* (2013); Förster, *Leviathan* 2010; Quaritsch, *Der Staat* 1996.

31 Stolleis, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland* (1999), S. 180.

32 Schmitt, *Politische Theologie* (2015), S. 13. Schmitt entwickelte dabei schon im Vorgängerwerk »Die Diktatur« wichtige Bausteine, wie etwa die Figur des kommissarischen Diktators, der mit Hilfe des Ausnahmezustands die öffentliche Sicherheit und Ordnung wiederherstellt. Schmitt, *Die Diktatur* (2015), S. 25ff.

Dass man nach Schmitt »um Recht zu schaffen nicht Recht zu haben«<sup>33</sup> brauche, stellt auch nach Agamben das entscheidende Moment einer Definition der Souveränität dar. Auch für Agamben steht die Ausnahme deshalb im Mittelpunkt, weil »das positive Recht den Normalfall nur deshalb als Bereich seiner eigenen Gültigkeit bestimmen [kann], weil die Gültigkeit des positiven Rechts im Ausnahmezustand suspendiert ist«.<sup>34</sup> Gleichzeitig geht Agamben über Schmitts Ausnahmebegriff hinaus,<sup>35</sup> wenn er konstatiert, dass die Ausnahme eine einschließende Ausschließung sei, die nicht etwa durch ein Verbot ihr Äußeres kontrollieren wolle: Gerade durch die einschließende Ausschließung, bei der »zugelassen wird, dass sich die Ordnung von der Ausnahme zurückzieht«<sup>36</sup> komme es zur »Schaffung und Bestimmung des Raumes selbst, in dem die juridisch-politische Ordnung überhaupt«<sup>37</sup> ermöglicht werde. Während Schmitt Agamben zufolge auf eine klare Abgrenzung von Ausnahme und Norm zielt, stellt Agamben die »Schaffung einer Ununterschiedenheit zwischen Innen und Außen, Chaos und normaler Situation, das heißt des Ausnahmezustands«,<sup>38</sup> in den Mittelpunkt seiner Souveränitätstheorie. Anders als Schmitt sieht Agamben die souveräne Entscheidung über die Ausnahme gerade nicht als »Ausdruck des Willens eines Subjektes«,<sup>39</sup> sondern als »Einschreibung der Äußerlichkeit in den Körper des nomos«<sup>40</sup> und somit der Rechtsstaatlichkeit selbst. Daraus folgt auch, dass Souveränität nach Agamben kein vorrechtliches oder außerrechtliches Phänomen darstellt, wie Schmitt es in der *Politischen Theologie* denkt. In diesem Sinne wendet Agamben sich sowohl von Schmitts dezisionistischem Souveränitätsbegriff als auch von der Vorstellung ab, dass »der Souverän zum Gesetz gehört«, die sich wiederum

33 Schmitt, *Politische Theologie* (2014), S. 19.

34 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 27.

35 Anders sieht dies bspw. Sergei Prozorov, der in Agambens Affirmation von Schmitts Ausnahmetheorie weder eine Korrektur noch Vervollständigung sehen will: Prozorov, in: Agamben's Philosophical Lineage (2017), S. 87.

36 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 28.

37 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 29.

38 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 29.

39 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 36.

40 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 36. Dazu auch Steinhauer, in: *Neue Theorien des Rechts* (2006), S. 199f. Dementsprechend nimmt Agamben eine Neuinterpretation von Hobbes Souveränitätskonzept vor: Naturzustand und Recht(sstaat) seien insofern nicht voneinander zu trennen, als aufgrund des permanenten Ausnahmezustands der »Bürgerkrieg und revolutionäre Gewalt, also menschliches Handeln, das jede Beziehung zum Recht abgelegt hat«, in die Souveränität integriert würden, Agamben, *Homo Sacer* (2002), S. 46, 48. Agamben hat dem permanenten Bürgerkrieg ein ganzes Buch der *homo sacer* Reihe gewidmet: Agamben, *Stasis* (2016).

»von unserer heutigen Auffassung von Demokratie und Rechtsstaat«<sup>41</sup> nicht trennen lasse: Souveränität, verstanden nach Agamben, ist »weder ein ausschließlich politischer noch ein ausschließlich juridischer Begriff, weder eine dem Gesetz äußerliche Potenz (Schmitt) noch die höchste Norm der Rechtsordnung (Kelsen): Sie ist die originäre Struktur, in der sich das Gesetz auf das Leben bezieht und durch die eigene Aufhebung in sich einschließt«.<sup>42</sup> Agamben folgt deshalb auch der These, dass die Ausnahme als das »paradigmatisch-konstitutive Wesen der Rechtsordnung« für die moderne Regierungstechnik bestimmend wird: »Die Abschaffung der Unterscheidung zwischen Legislative, Exekutive und Jurisdiktion [...] [wandelt] sich in eine ständige Praxis des Regierens«.<sup>43</sup> Der *permanente Ausnahmezustand* als Regierungstechnik rührt Agamben zufolge dabei nicht aus absolutistischen, sondern gerade aus demokratischen Regierungstraditionen.<sup>44</sup> Agamben definiert das Konzept der Souveränität demnach weniger aus dessen Funktion für ökonomische oder staatliche Prozesse heraus,<sup>45</sup> sondern mehr über seine Verortung innerhalb und außerhalb des Rechts sowie den Modus der Bezugnahme auf das Leben der Beherrschten durch den Ausnahmezustand. Dieses biopolitische Interesse bildet nicht zuletzt den Grund für die fatale Verwobenheit des Rechts in Form der Menschenrechte mit der souveränen Herrschaft.

### III. Albtraumhaftes Recht: Subjektive Rechte als biopolitisches Instrument

Souveränität erscheint bei Agamben demnach weder rein rechtlich noch rein politisch. Darüber hinaus ist sie immer auch biopolitisch: Sie knüpft nicht nur an die Körper und das Leben der Beherrschten an, sondern macht auch die Produktion des Anderen des Rechts, des nackten Lebens, zur »fundamentale[n] Leistung der souveränen Macht«.<sup>46</sup> Gerade der Entstehung der Menschenrechte, die ihrer Idee nach absolutistischen Souveränitätsbestrebungen Einhalt gebieten sollten, schreibt Agamben dabei die fatale Funktion zu, das biopolitische Interesse in die Grundfesten westlicher Rechtsstaaten einzuschreiben.

Die mit Menschenrechten ausgestattete Figur des Staatsbürgers wird in diesem Narrativ nicht deshalb problematisch, weil sie verknüpft mit der Nationalstaatlichkeit exkludierend wirkt, sondern weil sie den

41 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 41.

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

43 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 14.

44 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 12.

45 So etwa *Hardt/Negri*, *Empire* (2002), S. 83ff.

46 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 190.

biopolitischen Zugriff der Souveränität auf die Bürger verschleiert. War der *Untertan* im Ancien Régime seiner Funktion nach vom Nexus der Geburt und in der Antike schon rein begrifflich als *bíos* (politischer Bürger) von der *zoé* (dem nackten Leben) getrennt, so vereinigen sich nach Agamben im *Bürger* der französischen Erklärung der Menschenrechte »das Prinzip der Nativität und das Prinzip der Souveränität« zum »soveränen Subjekt«, <sup>47</sup> Insofern als die Entstehung der Menschenrechte vom biopolitischen Interesse an der Geburt der Bürger dominiert ist, seien die Menschenrechte dazu verdammt, ihre biopolitischen Prämissen stets zu reproduzieren. <sup>48</sup> Weil »das Recht [...] kein Dasein für sich [hat], sein Wesen vielmehr [...] das Leben der Menschen selbst [ist]«, <sup>49</sup> sind also die Menschenrechte die Rechtsnormen, mittels derer die Rechtsordnung auf das nackte Leben zugreift und die die Biopolitik moderner Staaten ermöglichen. Dabei schließt Agamben einerseits an eine den Menschenrechten immanente Ambivalenz an, die Hannah Arendt in *Ursprünge und Elemente totaler Herrschaft* dargelegt hatte. Menschenrechte, so Arendt, könnten ihrem proklamierten Ziel, alle Menschen zu schützen, insofern nie gerecht werden, als dass ihre Geltung als universelle Rechte von der Zugehörigkeit zu einer Gemeinschaft abhängt, die ihren Mitgliedern diese zugesteht. Menschenrechte ohne das »Recht auf Rechte« <sup>50</sup> verblieben insofern in dem ihnen immanenten Dilemma verhaftet, dass vermeintlich *universelle* Rechte von *partikularen* Nationalstaaten gewährt werden müssten. <sup>51</sup> Agamben ergänzt diese Verwobenheit von Menschenrechten mit nationalstaatlichen Prämissen durch die Verknüpfung von Arendts Menschenrechtsskeptizismus mit Michel Foucaults Konzept der Biopolitik. <sup>52</sup> Dabei spitzt er seine biopolitische Souveränitätsanalyse so

47 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 137.

48 In diesem Kontext verortet er auch seine Kritik an Praktiken humanitärer Hilfe, die sich parallel zu den Menschenrechten vom Politischen abgelöst haben und schicksalhaft die Absonderung des nackten Lebens reproduzieren. *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 142f. Ähnlich auch *Fassin*, Humanitarian Reason (2012).

49 Agamben zitiert hier den Juristen Friedrich Carl von Savigny: *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 37f.

50 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 614. Hierzu mehr unter B I 3.

51 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 611ff.

52 Einführend: *Fink-Eitel*, Foucault zur Einführung (1989), S. 70ff. Zum Verhältnis von Agambens Theorie zu anderen Theoretikern der Biopolitik, siehe: *Coleman/Grove*, Environment and Planning D: Society and Space 2009 (zu Foucault und Negri); *Lechte/Newman*, Agamben and the Politics of Human Rights (2013), S. 53ff. (zu Esposito). Die Genauigkeit sowohl von Agambens Arendt- als auch Foucault-Rezeption wird teilweise hinterfragt. So *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009), S. 129ff. Weniger

weit zu, dass auch die Entwicklungen hin zum NS-Staat unter das biopolitische Narrativ fallen.<sup>53</sup> Die biopolitische Komponente der Souveränität, und nicht etwa eine totalitäre Bewegung, wie Hannah Arendt es noch vermutete,<sup>54</sup> sei der eigentlich Ursprung des NS-Regimes gewesen:

Faschismus und Nazismus sind vor allem eine Redefinition des Verhältnisses zwischen Mensch und Bürger und werden, so paradox das erscheinen mag, nur vor dem biopolitischen Hintergrund, den die nationale Souveränität und Menschenrechte eröffnet haben, ganz verstehbar.<sup>55</sup>

So schreibt Agamben den Menschenrechten eine traurige Rolle in der Normalisierung eines Souveränitätskonzeptes zu, das die »souveräne Entscheidung über das tötbare Leben« ebenso wie die »Übernahme der Sorge um den biopolitischen Volkskörper« hervorbringt. Der biopolitische Zugriff auf die Menschen im Sinne eines ›Leben machen‹ kippt insofern in ein ›Sterben machen‹ im NS; die Menschenrechte tragen die Latenz der Barbarei in sich.<sup>56</sup> Die vermeintliche moderne Errungenschaft der Menschenrechte, die losgelöst von göttlichen Autoritäten lediglich an ›den Menschen‹ anknüpfen sollten, schlägt aufgrund des biopolitischen Fundaments um in die Legitimation der nationalsozialistischen Vernichtung. Einen Weg aus dem Bann des Souveräns kann Agambens Analyse der Menschenrechte jedenfalls nicht aufzeigen. Im Gegenteil: Anders als Arendt setzt Agamben den »Aporien der Menschenrechte«<sup>57</sup>

stark in der Kritik: *Frost*, Oxford Journal of Legal Studies 2010; *Muhle*, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 55.

- 53 *Geulen* sieht dies als Antwort auf Savigny: »Das Recht hat kein Dasein für sich, sein Wesen vielmehr ist das Leben der Menschen selbst, von einer besonderen Seite angesehen«. *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009), S. 61.
- 54 *Arendt*, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 627ff. Zu den unterschiedlichen Lebensbegriffen bei Foucault und Agamben siehe *Muhle*, in: Der Nomos der Moderne (2011), S. 41; *Lemke*, in: Disziplinen des Lebens (2004), S. 257ff.; *Sarasin*, Deutsche Zeitschrift für Philosophie 2003.
- 55 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 139. Diese Unterwerfung des NS unter das biopolitische Paradigma und die daher »monokausal« anmutende Erklärung historischer Verläufe stießen auf Kritik. Philosophisch: *Geulen et al.*, in: Hannah Arendt und Giorgio Agamben: Parallelen, Perspektiven, Kontroversen (2008), S. 7; *Laclau*, in: Der Nomos der Moderne (2011); *Prozorov*, in: Agamben's Philosophical Lineage (2017), S. 89f. Historisch: *Kramer*, in: Welt der Lager: Zur Erfolgsgeschichte einer Institution (2013), S. 16f.
- 56 *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 151. Daniel Loick interpretiert diese pessimistische »Latenzstruktur« in Agambens Theorie in Anlehnung an die kritische Theorie Adornos und Horkheimers. *Loick*, Kritik der Souveränität (2012), S. 13.
- 57 *Menke*, in: Hannah Arendt und Giorgio Agamben: Parallelen, Perspektiven, Kontroversen (2008).

auch kein »Recht auf Rechte«<sup>58</sup> entgegen. Vielmehr gelte es, den biopolitischen Ursprung der Menschenrechte und damit das Subjekt des Bürgers zu demaskieren, denn nur »so wird es möglich, das Feld für eine nunmehr unaufschiebbare kategoriale Erneuerung zu räumen, im Hinblick auf eine Politik, die das nackte Leben nicht mehr in der staatlichen Ordnung absondert und ausstößt, auch nicht mittels der Figur der Menschenrechte«.<sup>59</sup> Auch bei Agamben gilt es demnach zunächst, das Andere des Rechts zu offenbaren. Nur die Deaktivierung der Menschenrechte kann zudem vor der latenten Gefahr eines Umkippens in die barbarischsten Verbrechen schützen.

#### IV. Rechtswüste *permanenter Ausnahmezustand*: »Eine Leerstelle des Rechts«

Was aber genau passiert mit dem Recht im Ausnahmezustand? Der zweite Band der *homo sacer*-Reihe, *Ausnahmezustand*, gibt hierüber Aufschluss. Er beginnt mit der Erklärung, dass die Arbeit zum Ziel habe, das »Niemandland [...] zwischen Öffentlichem Recht und politischer Faktizität, zwischen Rechtsordnung und Leben«<sup>60</sup> zu untersuchen; ein Bild, das Agamben durchweg für den Ausnahmezustand zeichnet, in dem das Recht den Einzelnen verlassen hat. Das Recht »steht still«<sup>61</sup> und ist abwesend. An anderen Stellen nennt Agamben den Ausnahmezustand auch eine »Zone der Anomie«,<sup>62</sup> ein »Rechtsvakuum«<sup>63</sup> oder eine »Leerstelle des Rechts«.<sup>64</sup> Auf das Recht scheint kein Verlass mehr zu sein, stattdessen erwartet den Einzelnen eine bedrohliche Anomie oder ein Nichts. Das Verlassensein des Individuums von staatlichen Institutionen zieht sich dabei durch Agambens Werk, es findet sich nicht nur in Bezug auf das Recht, sondern spiegelt sich im Bild des »leeren Throns«<sup>65</sup> wider, bei dem der Regierung die symbolische Funktion der Herrlichkeit abhandengekommen ist und taucht auch in der leerlaufenden Ökonomie auf.<sup>66</sup>

58 Arendt, Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft (2003), S. 614.

59 Agamben, Homo sacer (2002), S. 143. Agamben zeichnet hier eine philosophisch-politische Konstante der Menschenrechte vom 18. bis ins 21. Jahrhundert, die umstritten ist: Vgl. Menke/Pollmann, Philosophie der Menschenrechte zur Einführung (2007), S. 16ff; Krajewski, Völkerrecht (2017), S. 285.

60 Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 8.

61 Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 59.

62 Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 33.

63 Agamben, Ausnahmezustand (2004), S. 12.

64 Raulff, German Law Journal 2004.

65 Agamben, Herrschaft und Herrlichkeit (2010), S. 13.

66 Agamben, Was ist ein Dispositiv? (2008), S. 41.

Souveränität muss ihre Macht gegenüber der Gesellschaft erhalten und tut dies, indem sie über die Ausnahmebeziehung an das *nackte Leben* anknüpft. Diese Ausnahmebeziehung nennt Agamben »eine Beziehung des Banns«. <sup>67</sup> So wie der Verbannte vom Gesetz *verlassen* wird, wird es das Leben unter souveräner Herrschaft vom Recht. Unter Rückgriff auf Kafkas berühmte Parabel *Vor dem Gesetz* konstatiert Agamben dabei, dass nicht die einfache Abwesenheit des Gesetzes der Kern dessen Banns sei, sondern die Tatsache, dass es wie dem Mann in der Parabel Kafkas, der vor einem geschlossenen Tor steht, unvollziehbar erscheine und gelte, »ohne zu bedeuten«. <sup>68</sup> Gerade aufgrund der »Grundlosigkeit des Rechts« <sup>69</sup> nehme es den Einzelnen in den Bann und verwirkliche seinen Geltungsanspruch. <sup>70</sup> Die erste Ausformulierung der »reine[n] Form des Gesetzes als Geltung ohne Bedeutung« <sup>71</sup> datiert Agamben dabei auf die *Kritik der praktischen Vernunft* von Immanuel Kant zurück. Dieser hatte mit der »bloßen Form des Gesetzes« beschrieben, dass »wenn man alle Materie, d.i. jeden Gegenstand des Willens (als Bestimmungsgrund) davon absondert, nichts übrig [bleibt] als die bloße *Form* einer allgemeinen Gesetzgebung«. <sup>72</sup> Ist das Gesetz aller Zwecke entleert, so bleibt den Menschen nichts anderes übrig als der »Achtung« des Gesetzes selbst nachzugehen: <sup>73</sup> »Denn das Gesetz in Ansehung des Formalen der Willkür ist ja das einzige, was übrig bleibt, wann ich die Materie der Willkür [...] aus dem Spiel gelassen habe«. <sup>74</sup> Da-

67 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 39, 190.

68 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 61. Kiesow kritisiert den Verweis auf Kafkas »Vor dem Gesetz« als unzeitgemäße Rechtskritik, ein passendere Analyse lasse sich vielmehr in Kafkas »In der Strafkolonie« und »der Prozess« finden, *Kiesow*, *Rechtsgeschichte* 2002.

69 *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 120ff.

70 In diesem Sinne kehrt Agamben in den abschließenden Thesen des ersten Bandes auf seine Interpretation des Naturzustandes zurück und erklärt, dass das eigentliche »Fundament der souveränen Macht nicht in der freiwilligen Abtretung des Naturrechts« liegt. Der Fokus auf den Hobbesschen *Naturrechtsvertrag* sei insofern irreführend, als der unfreiwillige *Bann* das eigentliche Moment souveräner Macht sei.

71 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 62.

72 *Kant*, *Kritik der praktischen Vernunft* (1974), S. 135.

73 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 63.

74 *Kant*, *Schriften zur Anthropologie, Geschichtsphilosophie, Politik und Pädagogik I* (1977), S. 135. Geltung ohne Bedeutung scheint anders als bei Kant für Agamben auch mit Willkürlichkeit einherzugehen. So gleiche das Leben unter einem Gesetz, das gelte, ohne zu bedeuten, dem im Ausnahmezustand, »in dem die unschuldigste Geste [...] die extremsten Konsequenzen haben [kann]«, *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 63. »Verlassen sein« bedeutet für Agamben dabei mit Jean-Luc Nancy sich einer »solchen Herrschaftsgewalt aussetzen, anvertrauen oder überlassen und ihrem bandon, das heißt ihrer Proklamation, ihrer Einberufung und ihrem Urteilspruch

bei verweist Agamben weiter auf den französischen Philosophen Jacques Derrida und dessen Essay *Gesetzeskraft: Der mystische Grund der Autorität*,<sup>75</sup> um die Gesetzeskraft als Gegenstück des nicht geltenden Rechts zu positionieren. So soll auch der Begriff der Gesetzeskraft in der modernen wie antiken Rechtslehre, der sich »nicht auf das Gesetz selbst bezieht, sondern auf Erlasse mit Gesetzeskraft«,<sup>76</sup> darauf hindeuten, dass es neben dem Gesetz selbst etwas gäbe, dass sich aus dem Gesetz heraustrennen ließe, und das »zu verfügen die Exekutive in manchen Fällen berechtigt sein kann, namentlich im Fall des Ausnahmezustands«.<sup>77</sup> Die Gesetzeskraft ist für Agamben demnach in Anlehnung an Derrida das Eigene an der Rechtsanwendung, das nicht einfach unter die Norm subsumiert werden kann.<sup>78</sup> Die Handlungen im Ausnahmezustand gewinnen die »Kraft« von Gesetzen, während die Gesetze selbst suspendiert werden:

Der Ausnahmezustand definiert einen Zustand des Gesetzes, in dem die Norm zwar gilt, aber nicht angewandt wird (weil sie keine Kraft hat) und auf der anderen Seite Handlungen, die nicht den Stellenwert von Gesetzen haben, deren »Kraft« gewinnen. [...] Der Ausnahmezustand ist der anomische Raum, in dem eine Gesetzeskraft ohne Gesetz (die man jedoch Gesetzeskraft schreiben müsste) zum Einsatz kommt.<sup>79</sup>

Anwendung und Norm stellten, so Agamben weiter, ihre Getrenntheit zur Schau, so dass die Unvereinbarkeit von Norm und Wirklichkeit zu einer Logik und Praxis führten, die »ihre Bestimmtheit verliert und wo reine Gewalt [...] ohne logos eine Aussage ohne jeden realen Bezug zu

ausgesetzt, anvertraut oder überlassen zu sein« (*Nancy*, Der kategorische Imperativ (2017), S. 155) und mit Heideggers Seinsverlassenheit, »dass das Seyn das Seiende verlässt, dieses ihm selbst sich überlässt und es so zum Gegenstand der Machenschaft werden lässt« (*Heidegger*, Gesamtausgabe, 65 (2003), S. 111.). Insbesondere aus Heideggers sich selbst überlassenen »Im-Bann-seienden« schließt Agamben, dass die Beziehung des Verlassens neu gedacht werden müsse bis hin zum Eingeständnis, dass tatsächlich zwischen dem verlassenen Seienden und dem Gesetz, dass ihn verlassen hat, keine Beziehung bestehe: »Deswegen muss man sich der Idee öffnen, dass die Beziehung der Verlassenheit gar keine Beziehung ist, dass das Zusammensein des Seins und des Seienden nicht die Form einer Beziehung hat«. *Agamben*, Homo sacer (2002), S. 71. Zu Kants Rechtsbegriff, der sich im 19. Jahrhundert in den Rechtswissenschaften etablieren konnte und anders als etwa Savignys Konzept des Volksgeistes als Quelle der Rechtsgeltung einen »beliebigen Willen« zur Quelle der Rechtsgeltung machte: *Vesting*, Rechtslehre (2015), S. 94.

75 *Derrida*, Gesetzeskraft (2017), S. 46.

76 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 48.

77 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 48.

78 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 50.

79 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 49.



treffen beansprucht«. <sup>80</sup> Der Raum des Anomischen ist demnach ein bedrohlicher Ort reiner Willkür.

So herrscht bei Schmitt im Ausnahmezustand »immer noch etwas anderes als Anarchie oder Chaos«, denn es bestehe »im juristischen Sinne immer noch eine Ordnung, wenn auch keine Rechtsordnung«. <sup>81</sup> Sowohl die Norm als auch die Entscheidung verbleiben auch im Ausnahmezustand im »Rahmen des Juristischen«. <sup>82</sup> Agamben möchte zwar den »Rahmen des Juristischen« übernehmen, für ihn tritt im Ausnahmezustand jedoch nicht die Schmitt'sche Ordnung an den Platz der Rechtsnorm, sondern »ein Raum des Anomischen«, der von Willkür und *reiner Gewalt* geprägt ist. In einer Weiterführung der Theorie des Rechtshistorikers Adolf Nissens zum Iustitium zeichnet Agamben jedoch den Ausnahmezustand kontrastierend zur Idee einer »quasi-Diktatur« als einen »kenomatischen Zustand, Leere und Stillstand des Rechts«. <sup>83</sup> Statt um einen Rechtsbruch oder ein Überschreiten des Rechts handele es sich vielmehr um einen »Nicht-Vollzug« des Gesetzes. <sup>84</sup> Mithilfe Walter Benjamins philosophischer Auseinandersetzung mit dem Recht beleuchtet Agamben die »Zone der Anomie« <sup>85</sup> während des Ausnahmezustands tiefergehend. Die in Benjamins prominentem Essay *Zur Kritik der Gewalt* <sup>86</sup> entwickelte Idee einer *reinen Gewalt* betrachtet Agamben als eine »Spielposition in der Auseinandersetzung um den Ausnahmezustand, das was aus ihm resultiert«. <sup>87</sup> Benjamin entwickelt in seinem Essay einen Begriff der *reinen Gewalt*, die weder zum Ziel hat, das Recht zu erhalten, noch, es zu setzen, sondern die »absolut außerhalb und jenseits des Rechts steht«. <sup>88</sup> Diese Gewalt hat kein eigentliches Verhältnis zum Recht, sie »entsetzt« <sup>89</sup> es. Schmitts *Politische Theologie* ist nach Agamben genau der Versuch,

80 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 51. Dieser Fokus auf die Ununterscheidbarkeit von Ausnahme und Recht und die damit einhergehende Skepsis gegenüber der bestehenden Struktur des Rechts(staats) ist auszeichnend für die Strömung der Poststrukturalisten bzw. Postmoderne, als deren Vertreter Agamben gelesen wird, *Volkmann*, Rechtsphilosophie (2018), S. 127; *Brunhöber*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2008, S. 113f.

81 *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 18.

82 *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 19.

83 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 59. Kritik an dieser Interpretation übt *Labusen*: Der Stillstand der Rechtspflege, Vortrag vom 07.06.2018.

84 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 61, 63.

85 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 72.

86 *Benjamin*, Gesammelte Schriften II.1 (1991), S. 179ff.

87 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 73.

88 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 65.

89 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 65. Zum Begriff der Entsetzung bei Benjamin und Schmitt: *Menke*, Recht und Gewalt (2012), S. 63ff. sowie B II 2.

Benjamins Idee der *reinen Gewalt* in die Rechtsordnung mit Hilfe des Ausnahmezustands zu integrieren.<sup>90</sup> »Rein« sei dabei eine Gewalt, die nicht als Mittel zu einem Zweck diene, sondern »vielmehr irgendwie anders sich verhalten würde.«<sup>91</sup> Eine solche Gewalt möchte nicht mehr regieren (schalten) sondern sich nur manifestieren (walten).<sup>92</sup>

Agambens Analyse des Ausnahmezustands als Raum des Anomischen soll sich demnach von dem Verhältnis, wie Schmitt es in der *politischen Theologie* gezeichnet hatte, unterscheiden. Dieser hatte den Ausnahmezustand zur Herstellung der Ordnung als Fundament der Rechtsordnung angesehen.<sup>93</sup> Agamben bestimmt jedoch gerade das Anomische zum Fundament der Souveränität: Der Ausnahmezustand ist kein auf den Zweck der Normerhaltung gerichteter Raum, es ist ein Raum ohne Richtung, ein Raum der *reinen Gewalt*, der reinen Faktizität. Ein moderner Albtraum.

90 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 66ff. Agamben sieht dabei Schmitts »Politische Theologie« als eine Auseinandersetzung mit Benjamins Philosophie. Benjamin wiederum habe sich Schmitts Idee der Integrierbarkeit der Gewalt nach Agamben verwehrt, indem er in den acht Thesen über die Geschichte die Unmöglichkeit offenbart, die »Ausnahme, die zur Regel geworden ist« in die Rechtsordnung zu integrieren. *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 70f.

91 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 74.

92 Ein solche sich manifestierende Gewalt ist etwa der Zorn, *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 75. Auch wenn Agamben Benjamin nur an dieser Stelle explizit zitiert, wird Benjamins »Zur Kritik der Gewalt« aufgrund der Verknüpfung von Gewalt, Souveränität und Recht nicht nur als Grundstein der *homo sacer*-Reihe, sondern von Agambens ganzem Œuvre gesehen, *Salzani*, in: Agamben's philosophical lineage (2017), S. 31; *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009), S. 142. Das Anomische als Gegenstück zum Recht findet Agamben schließlich schon in den römischen Verfassungsfiguren der *auctoritas* und *potestas* wieder. Diese hätten seit jeher das Rechtssystem bestimmt, das dadurch »aus zwei heterogenen und doch koordinierten Elementen [besteht]: ein normativ-rechtliches im engen Sinne, das wir hier der Einfachheit halber unter der Rubrik *potestas* fassen können und ein anomisches und metarechtliches, das wir mit dem Namen *auctoritas* benennen können«. *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 101.

93 »Die Ordnung muss hergestellt werden, damit die Rechtsordnung einen Sinn hat. Es muss eine normale Situation geschaffen werden«, *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 19.

## V. Das Geisterwesen *homo sacer*: Ein Antonym des Rechtssubjekts

Insbesondere die Entwicklung der Figur des *homo sacer* führt dabei zur intensiven Rezeption Agambens. Agamben entwirft den *homo sacer* als Materialisierung des Anderen der Souveränität par excellence und findet seine Wurzeln, wie auch die des Ausnahmezustands, in der Antike. Im Traktat über die Bedeutung der Wörter von Sextus Pompeius Festus<sup>94</sup> entdeckt er eine Figur, die zum ersten Mal die Verbindung von Heiligkeit und menschlichem Leben thematisiert, und deren Bedeutung als »Grenzbegriff der römischen Gesellschaftsordnung«<sup>95</sup> wegweisend sei: »Sacer aber ist derjenige, den das Volk wegen eines Delikts angeklagt hat; und es ist nicht erlaubt, ihn zu opfern; wer ihn jedoch umbringt, wird nicht wegen Mordes verurteilt.«<sup>96</sup> Wo bisherige Interpretationen es nicht geschafft hätten, die Gleichzeitigkeit der Straflosigkeit der Tötung mit dem Verbot der Opferung herauszuarbeiten, greift Agamben die Figur des *homo sacer* auf, und entfaltet mit ihrer Hilfe eine Theorie des Individuums im *permanenten Ausnahmezustand*. Der *homo sacer* befinde sich im Grenzbereich zwischen dem Strafrecht und der religiösen Ordnung, was ihn zu einer symmetrischen Figur zur Souveränität mache:

Beide sind in der Figur eines Handelns verbunden, das, in dem es sich sowohl vom menschlichen Recht wie vom göttlichen Recht, vom *nomos* wie von der *physis* ausnimmt, in einem bestimmten Sinn den ersten eigentlichen politischen Raum absteckt [...].<sup>97</sup>

Der *homo sacer* ist als Verkörperung des Nicht-Normierten damit die paradigmatische Figur des nackten Lebens. Wie auch die Souveränität befindet sich der *homo sacer* an der Grenze der Rechtsordnung.

Erste Untersuchungen zum *homo sacer* stellt Agamben im ersten Band der *homo sacer*-Reihe an. In den Versuchspersonen der nationalsozialistischen Konzentrationslager, aber auch in zum Tode verurteilten US-Amerikanern, denen bei Teilnahme an medizinischen Versuchen Straferlasse versprochen wurden, sieht Agamben Menschen, die sich in einer Grauzone zwischen Leben und Tod bewegen, und »so in einem Ausnahmezustand den extremsten Wechselfällen überlassen«<sup>98</sup> werden. Inwiefern

94 Kritik an Agambens Quellengenauigkeit in Bezug auf den *homo sacer* übt Gratton. Er weist auf die verschiedenen Interpretationsmöglichkeiten des Begriffs *homo sacer* im Römischen Recht sowie den beschränkten Quellenzugang von Festus selbst hin: Gratton, *The European Legacy* 2011, S. 606ff.

95 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 83.

96 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 81.

97 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 94.

98 Agamben, *Homo sacer* (2002), S. 168. Auch die Komatösen stellen für Agamben »eine extreme Inkarnation des *homo sacer*« dar, die sich innerhalb

die Figur des *homo sacer* überhaupt empirisch oder historisch haltbar ist, wird angezweifelt.<sup>99</sup> Als düsteres Bild bildet er jedoch den Schwerpunkt vom Agambens Theorie des Individuums im modernen Rechtsstaat bis hin zu der Aussage, dass es deshalb keine »vorbestimmbare Figur des *homo sacer*« gebe, »weil wir alle virtuell homines sacri sind«.<sup>100</sup>

Hier sticht eine Ohnmacht als herausragenden Charakteristikum des *homo sacer* ins Auge, die exemplarisch für die Bilder der Anteilslosen, Nicht-Normierten stehen kann. Er sei »extremsten Wechselfällen« überlassen und scheint jeder Handlungsmacht beraubt. Dieser allumfassende Fatalismus, bei dem die Individuen nur dann Gestaltungsmöglichkeiten erhalten werden, sofern das bestehende Rechtssystem allumfassend überwunden ist, ist zu einem der größten Kritikpunkte in der Rezeption von Agambens Werk geworden.<sup>101</sup> Indem das Recht bei Agamben auf das Individuum in Form der Biopolitik zugreift, eröffnet sich ein Verhältnis, das auf der Seite des Einzelnen von Passivität und Ohnmacht geprägt ist. Immer, wenn das Individuum auf das Recht zugreifen möchte, reproduziert es auch das eigene nackte Leben.<sup>102</sup> Alle anderen Verhältnisse zum Recht werden zu einem Schein, nur das nackte Leben sei »authentisch« bzw. wie auch bei Balibar »politisch«:

Im Gegensatz zu dem, was wir Modernen uns als politischen Raum in Begriffen der Bürgerrechte, des freien Willens und des Gesellschaftsvertrags vorzustellen gewohnt sind, ist vom Standpunkt der Souveränität aus gesehen allein das nackte Leben in authentischer Weise politisch.<sup>103</sup>

Das Recht erhält eine absolute Bestimmungsmacht über die Handlungsmöglichkeiten der Beherrschten, Versuche der Selbstbestimmung oder Befreiung innerhalb des bestehenden Rechtssystems sind zum Scheitern verurteilt.

der »beweglichen Grenzen« bzw. »biopolitischen Grenzen« dessen, was Leben und was Tod ist, befinden, *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 173.

99 Historisch: *Gratton*, *The European Legacy* 2011, S. 606. Empirisch: *Vasilache*, in: *Die gouvernementale Maschine: zur politischen Philosophie Giorgio Agambens* (2007).

100 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 124.

101 Exemplarisch: *Marchart*, *Die politische Differenz* (2013), S. 223; *Geulen*, *Giorgio Agamben zur Einführung* (2009), S. 32; *Gündoğdu*, *Contemporary Political Theory* 2012, S. 14.

102 Das kann man mit Adorno als die unausweichliche Produktion des Nicht-Identischen bezeichnen, *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008, S. 128. Der totale biopolitische Zugriff auf das Leben der Menschen, der den Rest des Nicht-Identischen nur im allerletzten substanziellen Arcanum des nackten Lebens findet, legt eine andere Lesart Agambens nahe, bei der Agamben für seinen Essentialismus kritisiert werden kann, siehe B III 2.

103 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 116.

Insofern lässt sich der *homo sacer* als Antonym zur Idee der Rechtssubjektivität lesen. Dies verdeutlicht sich umso mehr mit der Einführung der Figur des *Muselmann* im vierten Band der *homo sacer*-Reihe. In *Das Archiv und der Zeuge. Was von Auschwitz bleibt* wird die Judenvernichtung zum Gegenstand von Agambens historischer Analyse. »Der Jude unter dem Nazismus« wurde für Agamben schon in *Die souveräne Macht und das nackte Leben* zu einem »flagranten Fall von *homo sacer*«. <sup>104</sup> Mit der Figur des Muselmanns, als scheinotom KZ-Insassen, zieht Agamben den Begriff des *homo sacer* von seiner extremsten Seite auf. <sup>105</sup> Das nackte Leben, der *homo sacer*, ist vom Recht verlassen und der Souveränität schutzlos ausgeliefert und sprachlos. Zweifelsohne übernimmt Agamben hier Arendts Bild der »abstrakten Nacktheit« der Staatenlosen und Überlebenden der Vernichtungslager, die in das zurückgefallen seien »was die politische Theorie den Naturzustand und die zivilisierte Welt die Barbarei nannte«. <sup>106</sup>

Agambens Konzept des nackten Lebens macht ihn dabei auch für die Analyse der Migration anschlussfähig. Denn unter Agambens Paradigma des nackten Lebens fallen nicht nur die Insassen der Vernichtungslager, sondern auch Flüchtlinge. <sup>107</sup> Diese sind nach Agamben »die prototypische Figur des *homo sacer*«. <sup>108</sup> Sie werden, wie auch bei Babilas, zur Konkretisierung der Anteilslosen des Rechts. Für westliche Nationalstaaten müssen sie deshalb als Bedrohung gelesen werden: Indem sie die Verbindung von »Nativität und Nationalität [...] aufbrechen«, <sup>109</sup> bringen sie »auf der politischen Bühne für einen Augenblick jenes nackte Leben zum Vorschein«, <sup>110</sup> das durch die »Maske des Bürgers« <sup>111</sup> verdeckt werde. In diesem Sinn plädiert Agamben dafür, den Flüchtling als das anzusehen, »was er ist, nämlich nicht weniger als ein Grenzbegriff«. <sup>112</sup> Auch für Agamben werden demnach die Akteure der Migration, die Migrierenden selbst, in ihrer authentischen Nicht-Normierung als Bürger, ihrem offensichtlichen nackten Leben,

<sup>104</sup> *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 124.

<sup>105</sup> Hier sei erneut an die von Loick in Agambens Theorie identifizierte »Latenzstruktur« erinnert. *Loick*, in: *Der Nomos der Moderne* (2011), S. 13.

<sup>106</sup> *Arendt*, *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* (2003), S. 620.

<sup>107</sup> Auf die Kritik an der Vergleichbarkeit von KZ-Insassen und anderen von Agamben erkannten *homini sacri* angesprochen, antwortet Agamben stets mit dem Verweis auf die paradigmatische Form seiner Forschung, *Raulff*, *German Law Journal* 2004, S. 610.

<sup>108</sup> *Wessel*, in: *Migration, Asyl und (Post-)Migrantische Lebenswelten in Deutschland* (2014), S. 11.

<sup>109</sup> *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 140.

<sup>110</sup> *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 140.

<sup>111</sup> *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 141.

<sup>112</sup> *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 143.

zur Bedrohung der Normativität moderner Souveränität und damit zum Ausgangspunkt einer Emanzipation aus der souveränen rechtlichen Herrschaft. Auf die Reproduktion von Herrschaft verdammt, kann das Recht bei Agamben jedoch keine emanzipatorische Funktion entwickeln, es muss mittels Deaktivierung jede wirksame Funktion verlieren. Erst wenn es deaktiviert ist und sich seiner Faktizität, seines Daseins als Mittel zum Zweck entledigt hat, verliert es sein gefährliches Potenzial. In dieser Utopie wird es dann zu einem spielerischen Angebot, dessen sich die Menschen wie »ausgedienten Spielzeugen«<sup>113</sup> bedienen können – oder auch nicht.

## VI. Albtraumwelt Lager: Ausnahmeraum und Nomos der Moderne

Wenn der Kern der Souveränität die Ausnahme ist und Gegenstand souveräner Maßnahmen das Leben, dann scheint es logisch, dass Orte, die diese Beziehung offenbaren, paradigmatisch für tieferliegende gesellschaftliche Strukturen stehen. Einen solchen Ort sieht Agamben im Lager. Es stellt für Agamben die räumliche Materialisierung des *permanenten Ausnahmezustands* dar: Das Lager wird zum »Raum, der sich öffnet, wenn der Ausnahmezustand zur Regel zu werden beginnt«. <sup>114</sup> Als räumliche Einrichtung bleibt es dauerhaft außerhalb der Rechtsordnung.

Schon die rechtliche Entstehung der Lager zeige dabei, dass die Ausnahme wichtiger Bestandteil von deren Fundament ist. So sei die Einführung der ersten Lager sowohl in Kuba als auch den englischen Kolonien mit Hilfe von Kriegsrecht bzw. dem rechtlichen Ausnahmezustand durchgesetzt worden. <sup>115</sup> Insofern als das Lager sein eigenes ausnahmerechtliches Fundament als »dauerhaft räumliche Einrichtung«<sup>116</sup> normalisiert hat, wird es so »zum Hybrid von Recht und Faktum, in dem beide Glieder ununterscheidbar geworden sind«. <sup>117</sup> Anders als die einschlägige historische Literatur <sup>118</sup> definiert Agamben das Lager nicht über eine Typisierung. Für ihn gilt nur das Kriterium der Ununterscheidbarkeit. <sup>119</sup> So seien Lager

113 *Agamben*, Ausnahmezustand (2004), S. 77.

114 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 177.

115 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 175.

116 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 178.

117 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 179.

118 Exemplarisch: *Kreiner/Gramer* (Hg.), *Welt der Lager* (2013); *Bispinck/Hochmuth* (Hg.), *Flüchtlingslager im Nachkriegsdeutschland* (2014).

119 Turner entwickelt von Agamben ausgehend eine Definition des Lagers anhand der zwei Dimensionen des Raums und der Zeitlichkeit. *Turner*, *Journal of Refugee Studies* 2015.

sowohl das Stadion von Bari, in dem 1991 die italienische Polizei illegale albanische Einwanderer provisorisch zusammenpferchte, bevor sie sie in ihr Land zurückbeförderte, als auch das Wintervelodrom, das den Behörden von Vichy als Sammelstelle für Juden diente, bevor sie sie an die Deutschen auslieferten, wie auch das Flüchtlingslager an der Grenze zu Spanien, in dessen Umgebung 1939 Antonio Machado zu Tode kam und die *zones d'attente* auf den internationalen Flughäfen Frankreichs, in denen Ausländer zurückgehalten werden, die die Anerkennung des Flüchtlingsstatus beantragen.<sup>120</sup>

Insofern als das Lager »den politischen Raum der Moderne als solchen in entscheidender Weise prägt«, <sup>121</sup> wird es zu dem Ort, der die Krise der modernen Rechtsstaaten offenbart. In ihm wird der Zugriff des Souveräns auf das Leben und dessen Scheitern sichtbar. Das Lager wird somit auch zur »verborgenen Matrix der Politik«, <sup>122</sup> Es zeigt auf, wie der permanente Ausnahmezustand als »entortende Verortung« »jede Lebensform und jede Rechtsform« erfassen kann. <sup>123</sup> Das Lager bei Agamben ist der Raum, der das Verhältnis von Recht und Faktum in der Moderne offenbart und somit zu deren Nomos wird. <sup>124</sup>

So schafft Agamben mit der räumlichen Verortung der souveränen Herrschaft im Lager einen äußerst interessanten Zugriff auf das Recht: Hat er schon mit der Beschreibung der Ausnahmebeziehung als Bann den Wirkmechanismus der Souveränität zu den Beherrschten durch das

120 *Agamben*, Mittel ohne Zweck (2006), S. 40f.

121 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 184.

122 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 185.

123 *Agamben*, *Homo sacer* (2002), S. 185.

124 Agambens Lagerbegriff wurde einerseits aufgrund seiner Weite stark kritisiert. Um die heterogenen Ereignisse darunter einzuordnen, müsse dieser »völlig leer und formalistisch« gefasst sein, *Marchart*, *Die politische Differenz* (2013), S. 228. Dagegen wird eingewendet, dass die Herausarbeitung einer »tieferliegenden Verbindung« und nicht das Gleichsetzen von Vernichtungs- und Flüchtlingslagern Agambens Ziel sei. *Karakayali*, in: *Der Nomos der Moderne* (2011), S. 59. Ganz grundsätzlich kommt die empirische Forschung über den Ausnahmezustand im Lager aber zu sehr unterschiedlichen Ergebnissen. Teilweise wird von einer »potenziellen Abwesenheit des Rechts« und entsprechend einem »potenziellen Ausnahmezustand« in den Unterkünften ausgegangen, *Pieper*, *Die Gegenwart der Lager* (2013), S. 355. Andere empirische Studien haben ergeben, dass Geflüchtete auch unter den schwierigen Bedingungen des Lagerlebens Strukturen aufbauen können, die ihnen ein gewisses Maß an Freiheit und Selbstbestimmtheit erlauben, *McConnachie*, *Governing Refugees* (2014), S. 155. Zudem wird, in Abgrenzung zu Agamben, teilweise die durch die Geflüchteten in Gang gebrachte Transformation des Lagers als sozialem Raum betont, *Agier*, *Managing the Undesirables* (2011), S. 215f. Aus historischer Perspektive wird die Entstehung der Lager als modernes Phänomen jedoch angezweifelt, *Kramer*, in: *Welt der Lager* (2013), S. 16.

Recht konkret beschrieben, lässt sich dieses Verhältnis nun räumlich im Lager nachvollziehen. Die Krise, die das Andere, die Migration im Konzept territorialer Souveränität aufzeigt, so die These, lässt sich demnach im Lager lokalisieren. Agamben spannt damit den Bogen auf fulminante Art von der abstrakten Idee der Souveränität zur konkret verorteten Rechtswirklichkeit des *homo sacer* im Raum des Lagers. Damit löst sich Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* von Souveränitätskonzepten, die in rein abstrakten Logiken verharren, und taucht in die soziale Wirklichkeit moderner Souveränität ein. Sie verspricht damit nichts weniger als eine rechtssoziologische Erklärung der Wirkungsweisen des Rechts auf Migrantinnen und Migranten vor dem Hintergrund der Idee territorialer Souveränität.

## VII. Die Entzauberung der Ausnahme: Lehren und Aporien des *permanenten Ausnahmezustands* als Rechtsstaatstheorie

Die intensive Rezeption Agambens über Fachgrenzen hinweg ist entsprechend nicht verwunderlich. Mit dem *permanenten Ausnahmezustand* und dem *homo sacer* ist Agamben angetreten, die Theorie der Souveränität zu revolutionieren; ein Unterfangen, das zahlreiche Wissenschaftlerinnen und Wissenschaftler herausgefordert hat, sich zu ihm zu verhalten.

Debatten um Souveränität und deren Verhältnis zum Recht sind in der Rechtswissenschaft zunächst mit der Frage nach der Rolle der Verfassung als Ausdruck oder rechtlichem Rahmen des souveränen Willens verknüpft. Insofern nimmt Agamben international Einfluss auf verfassungsrechtliche Debatten zum Ausnahmezustand darüber, inwiefern sich die Ausnahme ins Recht bzw. in die Verfassung integrieren lässt oder integriert werden sollte. Interessanterweise wird er dabei teilweise als »Extralegalist« eingeordnet, der den Ausnahmezustand de facto nicht ins Recht integriert wissen wolle, da dieses dadurch »verkomme«. <sup>125</sup> Im anglo-amerikanischen Raum wurde Agambens Souveränitätstheorie insbesondere in der Debatte um George W. Bushs »war on terror« nach 9/11 und der Frage nach dessen verfassungsrechtlichen Schranken rezipiert. <sup>126</sup> In ähnlicher Weise

<sup>125</sup> Scheppele, in: The Oxford Handbook of Law and Politics (2008), S. 167; Gross/Aoláin, Law in Times of Crisis (2006), S. 170. Kiesow kritisiert Agambens Skandalisierung der Ununterscheidbarkeit von Ausnahme und Recht als Sehnsucht nach einem »unbefleckten Recht«: Kiesow, Rechtsgeschichte 2002, S. 60.

<sup>126</sup> Auch hier stehen sich Befürworter und Gegner von Agambens Souveränitätstheorie gegenüber. Befürwortend: Posner/Vermeule, The University of



findet Agamben in deutschsprachigen Verfassungsdiskussionen Anklang, etwa in Bezug auf das Verhältnis von Sicherheit und Freiheit,<sup>127</sup> das insbesondere nach der verfassungsgerichtlichen Entscheidung zum Luftsicherheitsgesetz 2006<sup>128</sup> debattiert wurde.<sup>129</sup> Obwohl sich der ›Flirt mit der Ausnahme‹ in unterschiedlichen Strömungen wiederfindet,<sup>130</sup> findet dabei jedoch selten eine kritische Auseinandersetzung mit Agambens Theorie statt. So wird Agambens empirische Diagnose westlicher Rechtsstaaten vielfach in der Rechtswissenschaft geteilt: Im Staatsrecht im Zusammenhang mit einem möglichen »neuen Verfassungszustand«, <sup>131</sup> in der Systemtheorie aufgrund der neuen »Gefährdungen der körperlichen und seelischen Integrität durch eine verselbstständigte kommunikative Matrix«<sup>132</sup> und in der Rechtsphilosophie wegen seines Verdienstes der Sichtbarmachung der »regelmäßigen« Verwendung des Ausnahmezustands auch in demokratischen Staaten.<sup>133</sup> In der Kriminologie findet die These der Verbreitung eines permanenten Ausnahmezustands im Zuge der Ausweitung eines Sicherheitsparadigmas Anklang,<sup>134</sup> wenn auch nicht notwendigerweise durch eine direkte Bezugnahme auf

Chicago Law Review 2013, S. 1768; *Vermeule*, Harvard Law Review 2009, S. 1100; *Humphreys*, European Journal of International Law 2006, S. 677. Stark widersprechend: *Mortenson*, Michigan Law Review 2014, S. 1018.

127 Eine exemplarische Darstellung der Debatte findet sich bei *Di Fabio*, Neue Juristische Wochenschrift 2008.

128 BVerfG, Urt. v. 15.02.2006 – 1 BvR 357/05.

129 *Finke*, Archiv des öffentlichen Rechts 2015, S. 514; *Volkman*, Merkur 2008, S. 369; *Kaiser*, Ausnahmeverfassungsrecht (2020).

130 Höfling nennt Agamben »diskussionsprägend«, *Höfling*, in: Handbuch der Grundrechte – Band 5: Einzelgrundrechte II (2013), § 121 Rn. 34 (Fn. 145); Klein zitiert ihn in Bezug auf die Möglichkeit eines »neuen Verfassungszustands« durch »dauerhafte Freiheitsbeschränkung«, *Klein*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280 Rn. 2. Frankenberg grenzt sich stark von Agambens Ausnahmezustandstheorie ab, wobei die Grenzen zu seiner Theorie der »Normalisierung der Ausnahme« nicht immer scharf gezogen werden können, *Frankenberg*, Staatstechnik (2010), S. 145, 235. Hierzu mehr unter B 1 d. Anders *Di Fabio*, der eine genuine Kritik am Ausnahmedenken für Verfassungsfragen formuliert, *Di Fabio*, Neue Juristische Wochenschrift 2008, S. 424.

131 *Klein*, in: Handbuch des Staatsrechts der Bundesrepublik Deutschland – Band 12: Normativität und Schutz der Verfassung (2014), § 280 Rn. 2. Vgl. für die europäische bzw. völkerrechtliche Rechtsordnung auch *Kotzur*, Archiv des Völkerrechts 2004; *Kanalan et al.*, Der Staat 2017.

132 *Teubner*, in: Rechtsphilosophie im 21. Jahrhundert (2008), S. 458.

133 *Kaufmann*, in: Handbuch Rechtsphilosophie (2021), S. 374.

134 *Prömmel*, Kriminologisches Journal 2006, S. 242; *Singelstein/Stolle*, Die Sicherheitsgesellschaft (2012), S. 69. Zu Agambens Definition des

Agamben.<sup>135</sup> Teilweise erfolgen Thesen zur »Normalisierung der Ausnahme« sogar in expliziter Abgrenzung zu Agamben, folgen jedoch denselben empirischen Prämissen und Analysen eines konstanten Abbaus der Rechtsstaatlichkeit aufgrund zunehmender Ausnahmebefugnisse der Exekutive.<sup>136</sup>

Agamben nimmt also »das Andere«, die Ausnahme, in den Blick und macht sie zum Grundstein seiner Theorie. Möchte man das Recht und seine Ausnahme jedoch jenseits von (alb)traumhaften Bildern verstehen, müssen beide entzaubert werden (zum entzauberten Rechtsbegriff siehe Kapitel B III). Denn mit der Ausnahme als zentraler Analysekategorie ziehen zahlreiche eigene Aporien in Agambens Theorie des *permanenten Ausnahmezustands* ein, die exemplarisch für die Suche nach dem Außen des Rechts stehen. Diese rühren zunächst vom starken Einfluss Carl Schmitts her, von dessen Ausnahmezustandstheorie sich Agamben, wie auch zahlreiche gleichgesinnte Anhänger der Ausnahme, doch nicht zu lösen vermag. Der umfassenden Kritik am Rechtspositivismus, das dieser nichts als »positivistische Gleichgültigkeit gegen jede Metaphysik«<sup>137</sup> produzieren würde, stellt Schmitt selbst eine Analyse entgegen, die auf der Entscheidung der auctoritas interpositio ruht – und aus metaphysischer Sicht viele Fragen offen lässt. So postuliert Schmitt, dass die Entscheidung über die Ausnahme »normativ betrachtet, aus einem Nichts geboren«<sup>138</sup> sei und eine Analogie zum religiösen Wunder darstelle und offenbart damit, dass seine ganze Theorie mit dem Glauben an die Ausnahme steht und fällt.<sup>139</sup> Der größte Kritiker der Idee der »Autonomie

Sicherheitsstaats: *Pile/Fisahn*, in: *Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft* (2018), S. 34ff.

135 *Legnaro/Kretschmann*, *Kriminologisches Journal* 2018, S. 204.

136 *Frankenberg*, *Staatstechnik* (2010), S. 149, 231ff.

137 *Schmitt*, *Politische Theologie* (2015), S. 54.

138 *Schmitt*, *Politische Theologie* (2015), S. 38.

139 Inwiefern sich Schmitts Ausnahmedenken rechtswissenschaftlich bewährt, bleibt umstritten. Dies zeigt sich schon exemplarisch im »Oxford Handbook of Carl Schmitt«: Meinungen reichen von Posner und Vermeule, die Schmitts Ansatz trotz mangelhaftem theoretischen Fundament für »pionierhaft« halten, da dieses auch ohne theoretische Untermauerung für sich stehen könne, *Posner/Vermeule*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 624 über Dyzenhaus, der Schmitt eine Unkenntnis liberaler Theorie vorwirft, *Dyzenhaus*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 506 bis hin zu Paulson, der Schmitts Antwort auf den Rechtspositivismus Kelsens »less than helpful« findet, *Paulson*, in: *The Oxford Handbook of Carl Schmitt* (2016), S. 519. Kaiser verweist in Bezug auf Schmitts Überschätzung der Ausnahme auf deren historische Situiertheit und warnt gleichzeitig vor der »Ästhetisierung der Ausnahme«, *Kaiser*, *Ausnahmeverfassungsrecht* (2020), S. 21ff. *Schmitt* selbst bezeichnet die Ausnahme als Analogie

des Rechts«<sup>140</sup> wird so zu einem Anhänger der Autonomie der Ausnahme – mit kritikbedürftigen Konsequenzen auch für Agambens Theorie des Ausnahmezustands: Agamben will die NS-Verbrechen aufgrund der biopolitischen Mechanismen des Ausnahme-Rechts kritisieren und orientiert sich dabei an einem Konzept, das selbst für das verbrecherische NS-Recht fruchtbar gemacht wurde.<sup>141</sup> Agambens Sicht auf die Ausnahme läuft so Gefahr sich in ähnlich verschwörungstheoretischer Manier in Schmitts Überhöhung von Ausnahme-Führern im Sinne einer totalen Ablehnung aller staatlicher Maßnahmen in Ausnahmezuständen zu spiegeln, statt sich von ihr abzugrenzen.<sup>142</sup> Wie auch bei Schmitt sind die Definitionsversuche der Souveränität bei Agamben so eher deskriptiver Natur.<sup>143</sup> Auch Agambens »Denken vom Ausnahmezustand her«<sup>144</sup> verhardt

zum »Wunder«, *Schmitt*, Politische Theologie (2015), S. 43. Ob ihn dies eher zum Theologen als zum Rechtswissenschaftler macht, fragt *Mehring*, in: The Oxford Handbook of Carl Schmitt (2016). Mehring bemerkt in diesem Zusammenhang in seiner deutschen Einführung zu Schmitts Werken: »Wenn es Gott nicht gibt, muss man ihn um der staatlichen Autorität willen erfinden«. *Mehring*, Carl Schmitt zur Einführung (2017), S. 29.

140 Zum Begriff »Autonomie des Rechts« siehe Kapitel B I 1.

141 So zeigte sich die normative Unterbestimmtheit der Ausnahme sowie der Person des Souveräns bei Schmitt spätestens dann, als er 1934 Hitler als den Führer und die Volksgemeinschaft zum Souverän erklärte: »Der Führer schützt das Recht vor dem schlimmsten Mißbrauch, wenn er im Augenblick der Gefahr kraft seines Führertums als oberster Gerichtsherr unmittelbar Recht schafft. [...] In der höchsten Not bewährt sich das höchste Recht und erscheint der höchste Grad richterlich rächender Verwirklichung dieses Rechts. Alles Recht stammt aus dem Lebensrecht des Volkes. Jedes staatliche Gesetz, jedes richterliche Urteil enthält nur soviel Recht, als ihm aus dieser Quelle zufließt. Das Uebrige ist kein Recht, sondern ein »positives Zwangsnormengeflecht«, dessen ein geschickter Verbrecher spottet«. *Schmitt*, Deutsche Juristen-Zeitung 1934, S. 945. Insofern gehen Positionen, die Schmitts Affirmation des Führerrechts als reine Fehlinterpretation der Idee des Souveräns als römischem Diktator deuten, fehl. Vgl. *McCormick*, in: The Oxford Handbook of Carl Schmitt (2016), S. 288. Auch Agamben selbst hat sich mit Schmitts nationalsozialistischen Einlassungen auseinandergesetzt: *Agamben*, in: The Oxford Handbook of Carl Schmitt (2016).

142 Dies ließ sich etwa in Bezug auf die Corona-Pandemie beobachten, bei der Agamben alle staatlichen Maßnahmen zur Eindämmung der Pandemie als totalitäre Ausnahmeinstrumente verdammt, *Gumbrecht*, Wenn das nackte Leben plötzlich zum höchsten Wert wird: Giorgio Agambens Reflexionen zur Corona-Zeit, Neue Züricher Zeitung vom 04.02.2021.

143 Geulen spricht in diesem Zusammenhang auch von einer »Apodiktik der bloßen Setzung«, *Geulen*, Giorgio Agamben zur Einführung (2009), S. 76.

144 Augsburg bemerkt hierzu: »Zusammenfassend kann man daher der echten Ausnahme zwar eine erkenntnistheoretische, nicht aber eine normative

in einer empiristischen Negativität,<sup>145</sup> bei der er die Ausnahme als analytischen Kern in der Wirklichkeit vorfindet, ohne dass die zugrundeliegende Frage geklärt werden kann, wann etwas als Ausnahme vom Recht bezeichnet wird oder werden sollte. Agamben möchte die Ununterscheidbarkeit zwischen Recht und Politik, Norm und Faktum, Innen und Außen, Chaos und normaler Situation herausarbeiten und kann sich doch nicht von der Absolutheit der Ausnahme lösen (etwas ist entweder innerhalb oder außerhalb des Rechts). Statt einer expliziten Ausbuchstabilisierung dessen, was Recht ist oder sein sollte, entfaltet sich der normative Gehalt ausschließlich in einer Negativität. Bestimmt wird, was Recht bzw. der Rechtsstaat nicht ist bzw. nicht sein sollte. Das Recht oder den Rechtsstaat von der Ausnahme her zu erforschen, bedeutet so, normative Annahmen zu tätigen, ohne die dahinterstehenden Debatten zu führen. Zu diesen Annahmen gehören etwa die Reduktion des Rechts auf die Form subjektiver Rechte oder die unbedingte Notwendigkeit seiner kausalen Wirkung. Der Ausnahmezustand wird deshalb schon dann als strukturell proklamiert, wenn etwa einzelne subjektive Menschenrechte nicht vollends zu Wirkung kommen oder einzelne Ausnahmezustände ausgerufen werden.<sup>146</sup> Der moderne Traum der normativen Autonomie des Rechts bleibt aber unberührt.

Dies hängt sicherlich auch mit Agambens starrem Rechtsgeltungsbegriff zusammen, der aufgrund der Dichotomie von Ausnahme und Norm keine wirkliche Vermittlung von Faktizität und Normativität leisten kann. Agambens Rekurs auf Kant will sich zwar von Kants formellem Gesetzesbegriff lösen, verbleibt jedoch mit der Ausnahme als Spiegel des Rechts in derselben positivistischen Perspektive auf das Recht und seines Außens verhaftet.<sup>147</sup> So erscheint die Abgrenzung zu Kant sowie klassisch rechtspositivistischen Rechtsgeltungstheorien insofern schwammig, als Agamben die Möglichkeit eines vollständigen Auseinanderfallens von Norm und Faktizität im Ausnahmezustand eröffnet. Spätestens hier wird offensichtlich, dass Agambens Rechtsgeltungsbegriff nicht haarscharf von der »normativen Geltungsbegründung« Kelsens zu trennen ist. Denn mit der Loslösung des Rechts von dessen Anwendung im Ausnahmezustand

Funktion zuerkennen«. *Augsberg*, in: Freiheit – Sicherheit – Öffentlichkeit, 48. Assistententagung Öffentliches Recht 2008 (2009), S. 33. Finke entwickelt einen Begriff der Ausnahme, der auf der Annahme basiert, »dass der Begriff der Ausnahme für sich genommen inhaltsleer ist«. *Finke*, Archiv des öffentlichen Rechts 2015, S. 517.

145 Siehe hierzu auch Marchart, der Agambens Theorie von Adornos negativer Dialektik abgrenzt: *Marchart*, Die politische Differenz (2013), S. 225.

146 So auch bei *Heller*, Mensch und Maßnahme (2018).

147 Anderer Meinung Brunhöber, die seine Theorie als Kritik an der »aufklärerische[n] Hoffnung der Gerechtigkeit durch Universalisierung« liest, *Brunhöber*, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 2008, S. 123.

verwendet Agamben selbst einen Rechtsgeltungsbegriff, der von der tatsächlichen Anwendung (dem Sein) losgelöst werden kann und lediglich in der Sphäre des Normativen (dem Sollen) verbleibt. Bei einem solchen Rechtsgeltungsbegriff muss die Faktizität als Ausnahme markiert werden. Lesarten Agambens, die ihn als Gegner einer »dichotomischen Semantik«<sup>148</sup> des Rechts sehen wollen,<sup>149</sup> verkennen insofern, dass seine Konzeption des Ausnahmezustands als Raum des Anomischen zunächst auf dem Auseinanderfallen von Norm und Faktum und der Lokalisierung eines letzten unberührten Rests aufbaut, selbst wenn Agamben in einem zweiten Schritt deren Ununterscheidbarkeit<sup>150</sup> im Ausnahmezustand betont.<sup>151</sup> Agamben hatte sich bereits im Zusammenhang mit seiner Souveränitätsdefinition in einen Streit über den (nicht-)soziologischen Begriff des Rechts eingeschrieben und knüpfte an Schmitts Konzept des Ausnahmezustands an, das Kelsens Ablehnung des Faktischen im Recht kritisieren sollte. Das Konzept der Gesetzeskraft zeigt jedoch, dass er es selbst versäumt, das Faktische zu untersuchen. Stattdessen arbeitet er mit einem formellen Rechtsbegriff, der den Einfluss der sozialen Wirklichkeit ins Recht bzw. die Rechtsgeltung ausblendet. Die Faktizität des Rechts wird mithilfe des Begriffes der »Gesetzeskraft« dem Recht im Sinne einer Formanalyse gegenüber gestellt.<sup>152</sup> Die Untersuchung des Faktischen des Rechts ohne die Einbeziehung (rechts)soziologischer Perspektiven auf bestehende Rechtsgeltungstheorien wirkt jedoch wirklichkeitsfern und bleibt dem Blick auf staatliche Herrschaft verhaftet. Sie folgt außerdem einem

148 *Steinhauer*, in: *Neue Theorien des Rechts* (2006), S. 201.

149 *Watkin*, *Agamben and Indifference* (2013); *Brunhöber*, *Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie* 2008; *Geulen*, *Giorgio Agamben zur Einführung* (2009); *Mills*, *The Philosophy of Agamben* (2008); *Teubner*, *German Law Journal* 2013.

150 *Watkin*, *Agamben and Indifference* (2013).

151 Er selbst spricht von einer »unmöglichen Vereinigung von Norm und Wirklichkeit« im Ausnahmezustand. Dass er zwei Sätze später auf das Motiv der »Schwelle« zurückkommt, wirkt in diesem Zusammenhang widersprüchlich, *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 51. Menke meint zu Agambens Rechtsbegriff, dass die souveräne Suspension des Rechts Norm und Faktum vermische, aber sie dennoch so lasse »wie sie sind«, *Menke*, *Kritik der Rechte* (2015), S. 162. Analog hierzu kann auch Marcharts Kritik an Agamben gelesen werden, der ihm im Zusammenhang mit seinem Politik-Begriff eine Differenz-Politik bzw. Sehnsucht nach der reinen Politik vorwirft, *Marchart*, *Die politische Differenz* (2013), S. 237.

152 Die mangelnde Untersuchung des Faktischen zeigt sich ebenfalls in Agambens Reduktion des Faktischen auf die Rechtsanwendungsnormen. Denn das Prozessrecht beweise bereits, dass die Anwendung der Norm keinesfalls in der Norm enthalten sei. Dass das Prozessrecht selbst der »Anwendung« bedarf, bleibt außer Acht, *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 51.

Rechtsverständnis, das die Transformation der Normativität des Rechts nicht erkennen kann, sondern lediglich seine Ausnahmen zu beschreiben vermag und so die Komplexitäten des Rechts brachial auf die Dichotomie von Recht und Ausnahme reduziert. Agambens Rechtstheorie des *permanenten Ausnahmezustands* lässt damit einen fundamentalen Teil der Rechtswirklichkeit (nämlich deren Transformationsprozesse) außer Acht.

Schließlich mangelt es Agamben mit der Figur des *homo sacer* an einem Konzept von Rechtssubjektivität, das die Ambivalenzen des Verhältnisses des Individuums zum Recht darstellen kann. Fast nebenbei beinhaltet die Analyse des zur Passivität verdammtten *homo sacer* eine allgemeine Absage an Subjektivität als Möglichkeit zum Entscheiden und erst recht eine Absage an einen anderen Begriff der Rechtssubjektivität, der sich nicht in der Idee radikaler Autonomie erschöpft. Der Theorie des *homo sacer* mangelt es aber nicht nur an der Fähigkeit, Möglichkeiten des Einzelnen zur Befreiung aus der souveränen Herrschaft zu denken.<sup>153</sup> Es fehlt auch an einem Verständnis dafür, wie Recht Individuen subjektiviert und welche Grenzen individueller Emanzipation innerhalb und außerhalb der Rechtsform bestehen bleiben. Agambens Theorie kennt nur den *homo sacer*, ein zur Passivität verdammtes Rechtsobjekt, und utopische Individuen, die »mit dem Recht spielen«<sup>154</sup> und ihm in absoluter Autonomie gegenüber treten. In beiden Fällen bleibt das Individuum gewissermaßen außerhalb des Rechts. Kritiken an der Idee der Freiheit oder Autonomie im Recht, etwa von der feministischen Rechtswissenschaft, die eine vertiefte Auseinandersetzung mit den Grundbegriffen des liberalen Rechtsstaats fordert,<sup>155</sup> bis hin zu marxistischen Analysen, die der Rechtsform an sich begrenzte Emanzipationsmöglichkeiten des Individuums zusprechen,<sup>156</sup> müssen aufgrund der Negativität der Ausnahme ausgeblendet werden. Agambens Theorie des nicht-normierten Subjekts offenbart demnach Fallstricke bei der Suche nach dem Anderen: Die Subjekte sind in Dichotomien von Normierung und Nicht-Normierung unterteilt, die Normierung selbst scheint stark repressiv und die grundsätzlichen Abhängigkeiten der Subjekte vom durchweg negativ behafteten Recht werden unsichtbar.

- 153 Versuche einer Neuinterpretation der Menschenrechte mit Agamben jenseits souveräner Biopolitik, die eine potenzielle Handlungsmacht durch die Menschenrechte als das »nicht-ontologische Primat des Anderen« retten wollen, wirken mit Blick auf die fatale Ohnmacht des *homo sacer* eher hoffnungslos, vgl. *Lechte/Newman*, *Agamben and the Politics of Human Rights* (2013), S. 179.
- 154 *Agamben*, *Ausnahmezustand* (2004), S. 77.
- 155 *Baer/Sacksofsky*, in: *Autonomie im Recht – Geschlechtertheoretisch vermessen* (2018), S. 17.
- 156 *Buckel*, *Subjektivierung und Kohäsion* (2007), S. 312ff.

## VIII. Aus dem Traum in die Wirklichkeit: Transformationen des Rechts

Die Frage nach dem Verhältnis von Faktizität und Normativität im Recht bleibt so bestehen und drängt sich insbesondere vor dem Hintergrund des Verhältnisses der Autonomie von Migrationsbewegungen zur Normativität territorialer Souveränität auf. Kann das Recht in diesem Zusammenhang tatsächlich lediglich souveräne Herrschaft reproduzieren? Wenn sowohl Normativität als auch Faktizität in ihrer Dialektik eine fundamentale Rolle für das Recht spielen, gibt es einen Weg, das Verhältnis des Rechts zu seinem Außen auf der Ebene des Staats sowie der Subjektivierung jenseits der Ausnahme zu verstehen?

Die Suche nach dem Anderen des Rechts, so zeigt Agambens Theorie, verengt die Wahrnehmung der Rechtswirklichkeit. Wer die Faktizität des Rechts und damit die Rechtswirklichkeit beleuchten will, kann nicht bei der abstrakten Analyse der Ausnahme stehenbleiben. Der Suche nach dem Anderen des Rechts liegt zunächst die Idee zugrunde, dass das Außerhalb der Normierung, gerade weil es ausgesondert wird, nicht von ihr profitiert und damit der Reproduktion von Herrschaft widersteht. Während dabei Hardt und Negri das Außerhalb rechtlicher Herrschaft etwa in abstrakter Faktizität, das heißt der Immanenz der »Multitude« lokalisieren, wird sie bei Agamben und Balibar in konkreten (Nicht-)Subjekten, wie etwa Geflüchteten bzw. Staatenlosen gefunden. Agambens Theorie zeigt hier exemplarisch, dass mit dem Fokus auf die Ausnahme zwar einerseits Dichotomien eingerissen werden sollen; andererseits steht und fällt die Ausnahme selbst aber mit der Idee eines »Anderen« oder »nackten Lebens«, dem jegliche Handlungsmacht abgesprochen wird. Hier werden in Bezug auf den letzten lokalisierbaren Punkt des Außerhalb des Rechts dann doch scharfe Grenzen von Innen und Außen gezogen, die zuweilen stark essentialistisch anmuten (hierzu mehr in Kapitel B III). Eine ganze Reihe aktueller Rechtsphilosophen folgt in ähnlicher Weise einer Formanalyse des Rechts in der Dichotomie von Berechtigung und Entrechtung als primärem Erklärungsmodell. Analysiert wird dann, wer be- und wer entrechtigt ist, nicht aber, wozu etwa berechtigt wird.<sup>157</sup> Dies führt teilweise zu Theorien, die zwar den Ursprung der Rechtsform in ökonomischen *Strukturen* verorten, aber wie Agamben zu einer *individualistischen* Lösung kommen, bei dem sich Individuen in Verweigerung der Instrumentalisierung des Rechts entziehen sollen und das Recht damit »entsetzen«. Nicht selten gehen diese Positionen mit einem expliziten oder impliziten anarchischen Impetus einher. Oftmals, das wird im Verlauf des Buches gezeigt, entwickeln sie außerdem Rechtskonzepte, die sich denkbar weit von

<sup>157</sup> Aktuell: Heller, *Mensch und Maßnahme* (2018); Loick, *Kritische Justiz* 2021.

der Rechtswirklichkeit entfernen: Die emanzipatorischen Denkfiguren des Anderen, mit denen sie angetreten sind, das Andere in eine *utopische* Version des Rechts zu integrieren, werden für die *Gegenwart* ins Außerhalb des Rechts verdrängt. Diese Denkbewegungen bleiben in der Gegenwart also einem schematischen Anderen verhaftet und können die komplexen (Subjektivierungs-)Prozesse und das untrennbare Verhältnis von Faktizität und Normativität in der Rechtswirklichkeit nicht fassen. Sie reproduzieren damit auf eine fast schon ästhetisierende Art<sup>158</sup> Rechtsbilder, die die Ohnmacht bzw. den Heroismus der etwa in den Staatenlosen lokalisierten Anderen affirmieren und gleichzeitig resignierend wirken.<sup>159</sup> Indem sie ihre Kritik mit Blick auf den Traum eines ganz anderen Rechts für die ferne Zukunft postulieren, bewegen sie sich zudem in sicherer Distanz zum aktuellen Rechtsgeschehen.<sup>160</sup>

Die vorliegende Studie ist das Unterfangen, genau das nicht zu tun. Sie stürzt sich rechtstheoretisch informiert in eben jene Widersprüche und Komplexitäten der Rechtswirklichkeit des deutschen Rechtsstaats und seines Umgangs mit Migrantinnen und Migranten im Lager. Dabei will sie zunächst den Rechtsbegriff selbst schärfen: Was ist eigentlich gemeint, wenn von »dem Recht« die Rede ist? Sie untersucht hierzu zunächst verschiedene (Alb)Träume über das moderne Recht und die Gefahr der Ausnahme. Im Laufe der Untersuchung entwickelt sie dann einen Rechtsbegriff, der mehr in Prozessen als Kategorien denkt. Das

158 Ein solcher mystischer Anklang lässt sich etwa in Benedict Vischers Beschreibung des Anderen des Rechts finden: »Die der Semantik und Form des Rechts eingeschriebene Fremdheit bezeugt den uneinholbaren Anspruch eines Anderen jenseits der Gewissheiten unseres individuellen und kollektiven Bewusstseins«. Vischer, *Die Fremdheit des Rechts: Aufzeichnungen eines fragilen Versprechens* (2021), S. 26.

159 Dies sollte spätestens dann zu denken geben, wenn etwa zur Begründung abolitionistischer Theorien sämtliche Bewohnerinnen und Bewohner des Lagers Moria mit allen ihren Ambitionen und autonomen Migrationsbegehren als »lebende Tote« bezeichnet werden, deren einzige Rettung die Abschaffung des Staats und die Etablierung von autonomen Rechtssubjekten sei, die sich der Unterwerfung des Rechts widersetzen. Die komplexe Lage der Migrantinnen und Migranten, die neben sehr wohl bestehenden rechtlichen Kämpfen ebenfalls eine Vulnerabilität und Abhängigkeit von staatlicher Versorgung beinhaltet, wird hier zynisch in den »Todeswelten« Morias begraben, Loick, *Kritische Justiz* 2021, S. 358 ff.

160 Dies lässt sich etwa in der jüngst erschienenen Abhandlung Jonas Hellers zum Ausnahmezustand und Menschenrechten nachvollziehen, bei der aus der simplen Tatsache, dass Menschenrechte nicht immer überall (faktisch) durchgesetzt werden und politische Ausnahmezustände auch in den letzten Jahren postuliert wurden, eine ganze Theorie der Verknüpfung des Ausnahmezustands mit Menschenrechten entwickelt wird: Heller, *Mensch und Maßnahme* (2018).



moderne Recht wird dabei – in Abgrenzung zum Traum der Autonomie des Rechts – zunächst als herrschaftsproduzierende und –destabilisierende, das heißt reflexive, Form positioniert (Kapitel B I). Ihre Besonderheit ist es, stets auf ihr faktisches Außen verweisen zu müssen und von ihm transformiert werden zu können. In einem zweiten Schritt beleuchtet die Studie den Albtraum der Ausnahme des Rechts als rechtloser Willkür. Als soziale Norm wird das Recht in eine Dialektik von Normativität und Faktizität gesetzt, bei der die Möglichkeit der Nicht-Anwendung des Rechts und der Devianz zum Recht als alltäglicher Bestandteil des Rechts etabliert wird (Kapitel B II). Die Einsichten in das Recht als soziale Norm wenden sich auch gegen einen staatszentrierten Rechtsbegriff, ohne die Herrschaft des Rechts zu verleugnen. Schließlich entwickelt sie einen entzauberten und damit komplexeren Rechtsbegriff. Die Subjektivierung durch das Recht wird im Sinne einer feministischen intersektionalen Rechtstheorie nicht lediglich als kategorialer Status der Berechtigung oder Entrechtung begriffen, sondern auch als steter, kontingenter Prozess, von dessen Wirksamkeit alle Individuen abhängig sind. Subjektivierungsprozesse durch das Recht spiegeln so zunächst unser aller *Prekär-Sein* wider, auch wenn die Ungleichheit produzierenden *Prekarisierungen* durch das Recht unterschiedliche Individuen unterschiedlich stark treffen (Kapitel B III). Agambens albraumhafte Bilder des modernen Rechts werden dabei teilweise in den untersuchten Theorien explizit aufgegriffen, teilweise schimmern sie implizit durch sie hindurch und machen sichtbar, dass Agambens brachialer Umgang mit dem Recht (auch in der Wissenschaft) einen Nerv zu treffen scheint.

Vor dem Hintergrund dieser Analyse widmet sich die Studie der Rechtswirklichkeit der Flüchtlingslager in Deutschland und macht damit die Komplexität des Verhältnisses von rechtlichen Regelungen und ihrer Anwendung sowie dessen, was unter »dem Recht« verstanden werden kann, sichtbar. Sie analysiert nach einem kurzen rechtsgeschichtlichen Abriss der Flüchtlingsunterbringung in Deutschland (Kapitel C I) die Rationalitäten der rechtlichen Regelung der deutschen Flüchtlingsunterbringung und deren räumliche Konstruktionen (Kapitel C II). Sie zeigt sodann die unterschiedlichen Modi auf, in denen die Behörden das Recht im Umgang mit den Lagern anwenden und den Raum der Flüchtlingsunterbringung gestalten, und analysiert die in ihnen stattfindenden Subjektivierungsprozesse anhand der Erfahrungen der Bewohnenden der Unterkünfte sowie verschiedener Rechtsaktivistinnen und -aktivisten rund um die deutschen Lager (Kapitel C III und IV). Zahlreiche Ausschnitte der für diese Studie durchgeführten Interviews untermauern hierbei die Analyseergebnisse. Weder der Traum der Autonomie der Normativität des Rechts noch der Albtraum einer rechtlosen Willkür durch institutionelle Herrschaft werden dabei als gänzlich »falsch« verworfen. Sichtbar wird hingegen die komplexe Aufgabe des Rechts: Es muss sich zugleich

autonom zu seinem Außen fingieren und ist doch in ständiger Beeinflussung durch sein Außerhalb sowie durch die Varianzen in seiner Anwendung Prozessen der Transformation ausgesetzt. Diese Komplexität, so die These, ist Fluch und Segen des Rechts sowie der Möglichkeiten einer vom Recht ausgehenden Handlungsmacht zugleich. Das Recht der Rechtswirklichkeit, so wird die empirische Forschung der Studie zeigen, darf in seinen Herrschaftsmechanismen nicht unterschätzt werden. Es darf aber auch nicht als totalitäres System verstanden werden, das die Gesellschaft in Bann schlägt und keinerlei Möglichkeiten eines selbstbestimmten Umgangs mit ihm offenlässt. Vielmehr birgt die Idee einer durchgreifenden Verrechtlichung gesellschaftlicher Belange, ein Recht also ohne Ausnahmen, totalitäre Gefahren. Die Studie ist insofern zugleich kritisch und hoffnungsvoll. Sie dokumentiert für den Forschungszeitraum von 2015 bis 2023 das Leid, das die rechtliche Rationalität der territorialen Souveränität im Lager, beispielsweise in Bezug auf die Corona-Pandemie, produziert. Gleichzeitig wirft sie aber auch einen Blick auf Verweigerungs- und Organisationsmomente der Bewohnenden der Lager sowie die zahlreichen vielschichtigen Handlungen unterschiedlicher Akteure und insbesondere der Aktivisten im und gegen das Recht. Die Akteure, so wird gezeigt, bewegen sich dabei in einem komplexen Netz rechtlicher Rationalitäten, das von Kollisionen und Paradoxien durchzogen ist. Vor dem Hintergrund dieser komplexen Rechtswirklichkeit hofft das vorliegende Buch einen Beitrag zu den gegenwärtigen rechtspolitischen Debatten über den Ausnahmezustand und das deutsche Migrationsregime zu leisten, um nicht zuletzt wichtige Impulse aufgreifen und theoretische und praktische Fehlentwicklungen kritisch kommentieren zu können.