

# I. Berechtigung und Befähigung

Um den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung in der transnationalen Konstellation evaluieren zu können, ist es nötig, ihn zuerst für das Gebilde des demokratischen Rechtsstaates zu entfalten. Hier konnte er sich in gesellschaftlichen Verfassungskämpfen wenigstens annäherungsweise herausbilden und in staatlichen Verfassungsnormen und -institutionen Form annehmen. Über die spezifischen historischen und institutionellen Weichenstellungen hinaus stehen jedoch in der transnationalen Konstellation die Prämissen des Rechtsstaates und damit die Rahmenbedingungen demokratischer Legitimation infrage: sowohl die Einheit der Herrschaft als auch die Einheit des Rechts sind als Voraussetzungen entfallen. Sobald das Recht sich als porös erweist, kann ein Verfahren allgemeiner Rechtserzeugung nicht mehr den Anspruch erheben, die Ausübung von (vormals staatlich gebündelter) Herrschaft auf umfassende Weise zu normieren. Das Recht als Medium der Demokratie wird fraglich. Im Vorgriff auf diese Diagnose, die noch ausführlicher zu plausibilisieren ist,<sup>1</sup> soll nun zuerst die demokratische Funktion der Rechte entlang einer prozeduralen Konzeption der Demokratie rekonstruiert werden. Denn um zu erforschen, ob der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung in der transnationalen Konstellation noch einmal etabliert werden kann, gilt es ihn zunächst für den demokratischen Rechtsstaat auf eine Weise zu entfalten, die diese prinzipielle Möglichkeit auszuweisen in der Lage ist. Im Kontrast zu einem staatlich begründeten Demokratieverständnis kann ein prozedurales Modell offen lassen, welche Verfahren einen demokratischen Legitimationszusammenhang im Wege des Rechts etablieren. Rechte können somit in diesem prozeduralen Verständnis die Gleichberücksichtigung der Einzelnen im Prozess der Rechtserzeugung auch jenseits der souveränitätszentrierten Figur der Selbstgesetzgebung abbilden.

Die Debatte um die Rolle und Funktion der Rechte in der Konstellation des demokratischen Rechtsstaates wird vielfach als ein Streit zwischen liberalen und republikanischen Ansätzen geführt. Sie ist in dieser Form auf den Charakter oder die Natur der Rechte ausgerichtet. Ausgehend von der Frage, wie Rechte beschaffen sind, werden sodann die Kompetenzen und maßgeblichen Institutionen demokratischer Herrschaft bestimmt. Rechte sind dabei entweder, wie liberale Positionen behaupten, Grenze und Schranke der Herrschaft oder, wie republikanische Positionen argumentieren, Gegenstand und Scharnier derselben. Sie sind demnach der Ausübung von Herrschaft entweder vorgegeben oder aufgetragen. In beiden Ansätzen steht damit die Frage, was es heißt, Rechte

1 Siehe dazu Einleitung zu *Teil II*.

zu besitzen, am Beginn der Diskussion.<sup>2</sup> Im liberalen Verständnis sind Rechte demokratischer Herrschaft vorgegeben, weil der Besitz von Rechten die Garantie individueller Freiheiten bedeutet. Im republikanischen Verständnis ist dagegen die Formulierung und Ausgestaltung der Rechte der Auftrag demokratischer Herrschaft, weil deren Inanspruchnahme immer schon ein reziprokes Verfahren der Rechtsbegründung impliziert. Die Institutionen und Verfahren demokratischer Herrschaft werden damit jeweils aus der Natur der Rechte abgeleitet. Je nachdem, ob die Konkretisierung von Rechten als ein Akt der Bestätigung oder als ein Akt der Herstellung gleicher Freiheiten aufgefasst wird, wird die Frage, wie ein demokratischer Prozess der Rechtserzeugung eingerichtet sein soll, unterschiedlich beantwortet. Diese unterschiedlichen Antworten kristallisieren in der Regel im Streit um die Befugnis von Verfassungs- bzw. Höchstgerichten, Entscheidungen der legislativen Instanzen unter Rekurs auf Grundrechtsnormen invalidieren zu können.

In dieser Untersuchung wird hingegen die Rechtserzeugungsfunktion thematisch, die mit der Gewährleistung von Rechten verbunden ist. Es geht also nicht zuerst darum, *wie* Rechte beschaffen sind. Statt zu fragen, ob sie als Gegenstand oder als Grenze demokratischer Herrschaft fungieren, rückt in den Fokus, *was* Rechte in Bezug auf die Ausübung von Herrschaft tun können. Es geht also um Rechte nicht als Zwecke, sondern als Mittel demokratischer Legitimation, als etwas, mit dem und durch das Herrschaft rechtsförmig eingerichtet und gestaltet werden kann. Das setzt wiederum voraus, das Recht nicht nur als ein Thema, sondern als Medium der Demokratie genauer in den Blick zu nehmen.

Ich kontrastiere eingangs, um den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung in dieser Hinsicht auszuloten, ein staatlich begründetes und ein prozedurales Demokratiemodell. Sie beziehen jeweils die Gewährleistung von Rechten auf den Prozess demokratischer Rechtserzeugung und interessieren sich also für die mit Rechten einhergehenden Ver-Mittelungen von Herrschaft. Entlang dieser schematischen Gegenüberstellung möchte ich zeigen, dass allein ein prozedurales Demokratiemodell in den transnationalen Kontext übertragen werden kann, weil es den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung nicht auf Verfahren allgemeiner Rechtserzeugung – auf die Chance zur Teilhabe an selbstbezüglichen Verfahren der Gesetzgebung – beschränkt. Im prozeduralen Modell wirken also nicht nur politische Rechte als *politische* Rechte.

Ein staatlich begründetes Demokratiemodell stellt die Idee der Selbstgesetzgebung in den Mittelpunkt. Es beruht auf einem radikalen, weil

- 2 Vgl. die entgegenstehenden Konzeptionen von Dworkin (»Rechte *sind* politische Trümpfe« [Dworkin 1977: xi, Herv. J.H.]) und Bellamy (»Rechte *sind* immer eine Dreiecksbeziehung« [Bellamy 2013: 133, Herv. J.H.]).

vor-rechtlichen und von Verfahren der Autorisierung unabhängigen Verständnis von Volkssouveränität. Dementsprechend unterscheidet es kategorial zwischen den Autor:innen und den Adressat:innen gesetzlicher Regelungen mit dem Ziel der Programmierung staatlicher Herrschaft. Die Autor:innenschaft ist dabei mit der Funktion der *Rechtsetzung* identisch, während die Adressat:innenschaft die Verfahren der regelbundenen *Rechtsanwendung* betrifft. Dieses Modell ist insofern staatlich begründet, als es demokratische Herrschaftslegitimation entlang der strikten Opposition zwischen dem staatlichen Gewaltmonopol einerseits und einer unbedingten, der rechtsstaatlichen Ordnung vorausliegenden und zugleich auf die Gestaltung dieser Ordnung bezogenen Souveränität des Volkes andererseits versteht. Im Unterschied dazu betont ein verfahren-bezogenes Demokratiemodell den prozedural zerstreuten Charakter der Volkssouveränität. Die Souveränität des Volkes bildet hier nicht den normativen Vorraum von kategorial differenzierten Verfahren der Rechtsetzung und -anwendung, sondern entfaltet sich in der Gesamtheit der rechtserzeugenden Verfahren.

Im staatlich begründeten Demokratiemodell kann nur die Teilhabe an inklusiven Verfahren der Rechtsetzung demokratisch befähigen. Das betrifft auch und insbesondere die Formulierung und Konkretisierung von subjektiven Rechten. Die Verfassung- und Gesetzgebung wird in diesem Modell als alleiniger Ort der Manifestation von Volkssouveränität betrachtet, so dass unter Aspekten demokratischer Legitimation die Beteiligung an legislativen Verfahren von ausschließlicher Bedeutung ist. Der Gehalt ebenso wie die Reichweite der Rechte müssen deshalb an die Ergebnisse dieser Verfahren effektiv zurückgebunden sein. Andernfalls besteht die Gefahr der Usurpation durch die exekutiven und judikativen Instanzen. Somit ist im staatlich begründeten Demokratieverständnis »[n]ur von den Grundrechten aus [...] das Terrain der Volkssouveränität nicht zu betreten.« (Maus 2011: 367) Im Unterschied zur Identifikation von Teilhabe mit allgemeiner Beteiligung kann im prozeduralen Modell die Mobilisierung von Rechten auch abseits von Verfahren der Selbstgesetzgebung demokratisch funktional werden. Weil hier der Unterschied zwischen Rechtsetzung und -anwendung als ein gradueller Unterschied aufgefasst wird, bedeuten Rechte »partielle Rechtserzeugungsbefugnisse« (Sheplyakova 2016: 47), ohne dass diese Befugnisse mit den Anforderungen der Gewaltengliederung und der Gesetzesbindung staatlicher Herrschaft in Konflikt geraten müssen.

Sowohl ein staatlich begründetes als auch ein prozedurales Demokratiemodell verstehen unter Recht allein positives Recht, also einen Zusammenhang inhaltlich ungebundener Normen. In Abkehr von einer naturrechtlichen Auffassung ist die Existenz von Recht nicht von dessen inhaltlicher Richtigkeit, sondern von einer Entscheidung über dessen Geltung abhängig. Ein materiell gesättigter Rechtsbegriff scheidet

schon deshalb aus, weil nur aufgrund seiner Änderbarkeit das Recht als Medium der Demokratie dienen kann: es muss vollumfänglich zur Disposition stehen, um demokratische Legitimation umsetzen zu können. Ein staatlich begründetes Demokratiemodell, das von der Entgegensetzung zwischen Volk und Staat Ausgang nimmt, bewegt diese Zuständigkeit, »letzte« Entscheidungen über geltendes Recht zu treffen. Es geht ihm um die Kraft, die Recht hervorbringt, und damit um den Grund oder den Ursprung rechtlicher Normen.<sup>3</sup> Zwar unterliegt jene Zuständigkeit selbst selektiven (prozeduralen) Normen und ist derart reflexiv verfasst. Dennoch besteht in diesem Modell ein Verhältnis der einseitigen Abhängigkeit: Geltendes Recht soll allein und ausschließlich aus den gesetzesförmigen Rechtsentscheidungen des Volkes hervorgegangen sein. Dass die Aktivitäten der judikativen und exekutiven Instanzen dem Willen des Volkes zugerechnet werden können, reicht zur Legitimation dieser Aktivitäten nicht aus. Sie müssen die legislativen Beschlüsse streng befolgen, weil nur so die Souveränität des Volkes im Wege des Rechts wirklich wird. Ein prozedurales Modell versteht hingegen die Allokation von rechtlich relevanten Argumenten nicht anhand der kategorialen Trennung zwischen gesellschaftlicher Basis und staatlichen Herrschaftsinstitutionen und dadurch die Gesetzgebung nicht als einzigen authentischen Ausdruck der Volkssouveränität. »Letzte« Entscheidungen kann es demnach schon deshalb nicht geben, weil sich die Herrschaft des Volkes und das Rechtsmedium *wechselseitig* konstituieren.

Unter den Bedingungen der transnationalen Konstellation kann nur noch ein prozedurales Demokratiemodell Halt finden. Diese Einschränkung betrifft nicht, wie manchmal behauptet wird, das Legitimationssubjekt.<sup>4</sup> Ein staatlich begründetes Demokratiemodell kann, entgegen einer kulturellen oder völkischen Definition, das Volk abstrakt bestimmen und allein auf die Teilhabe an der Gesetzgebung hin definieren. Der Begriff der Volkssouveränität *muss* somit nicht ein konkretes Subjekt voraussetzen, an dessen bereits bestehenden Willen dann die Ausübung von Herrschaft geknüpft wird.<sup>5</sup> Wohl aber muss ein einheitliches,

3 Die Formulierung der »hervorbringenden Kraft« des *pouvoir constituant* stammt von Böckenförde (1991a: 91), mit deutlichen Anklängen an Schmitt, für den die konstituierende Gewalt »Quelle aller Kraft« ist, die »immer neue Formen und Organisationen aus sich herausstellt, selber jedoch niemals ihre politische Existenz einer endgültigen Formierung unterordnet.« (Schmitt 2017b: 79)

4 Zur empirischen Möglichkeit einer globalen Demokratie unter diesem Aspekt vgl. Koenig-Archibugi (2010).

5 Das befürchtet etwa Raimondi (2014: 13): »Indem der Begriff der Volkssouveränität den Anspruch des Volkes in den geschlossenen Zirkel einer (identitären) Selbstbestimmung hineinzwängt, muss er das Subjekt der Selbstbestimmung entweder als Nation oder als völkische Substanz denken.«

»gebundenes« Objekt der Legitimation angenommen werden. Die Souveränität des Volkes, die auf die Begründung und Begrenzung (staatlich) gebündelter Herrschaft ausgerichtet ist, muss darüber hinaus das Recht als ein einheitliches Medium der Herrschaftslegitimation voraussetzen. Bezogen auf die Normenhierarchie des Rechts ist in diesem Modell der Wille des Volkes vor-rechtlicher Art und drückt, wiederum in Bezug auf das Recht (im Singular), ein unbeschränktes Können aus. Der Begriff der Souveränität bezeichnet demnach die Befugnisse der rechtsetzenden Gewalten, Herrschaft (im Singular) zu binden und zu kontrollieren. Ein staatlich begründetes Demokratiemodell geht somit von der Entgegensetzung und antagonistischen Trennung von Volk und Staat aus, die rechtlich als ein Verhältnis einseitiger Determination manifest werden kann und soll. Hingegen ist, wie in den folgenden Abschnitten nun ausführlicher erklärt wird, im prozeduralen Demokratiemodell die Idee der Volkssouveränität von Anfang an rechtsförmig gebunden und prozedural aufgespalten. Es kann deshalb in seinen Grundzügen auf den Fall der transnationalen Konstellation übertragen werden.

Im ersten Kapitel wird mit den Überlegungen von Jürgen Habermas zuerst der Versuch thematisch, den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung anhand der formalen Eigenschaften des Gesetzgebungsprozesses zu fassen. Die Auseinandersetzung mit Habermas ist deshalb relevant, weil dessen Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates einerseits an der Figur der Selbstgesetzgebung festhält. Die Idee der Volkssouveränität wird diskurstheoretisch gewendet und, auf diese Weise »subjektlos« geworden (Habermas 1994: 170), als Gleichheit der Teilhabe an legislativen Verfahren konzipiert. Bei Habermas wird exemplarisch deutlich, dass Rechte als ein Mittel demokratischer Herrschaftslegitimation wirksam werden. Die Form der Rechte steht zwar nicht zur Disposition. Ein inklusiver Prozess der Rechtsetzung kann Habermas zufolge aber dieses Mittel derart in sich aufnehmen, dass es die Idee der Volkssouveränität nicht verletzen muss. Rechte können sodann nur in Bezug auf die Teilhabe an Verfahren der Gesetzgebung Legitimation vermitteln, in deren Zuge die Hinsichten rechtlicher Gleichbehandlung durch die Rechtsadressat:innen selbst formuliert werden. Zugleich und andererseits geht Habermas aber von der gegenseitigen Konstitution von Volkssouveränität und Rechtsmedium aus – eine Verhältnisbestimmung, die schließlich das Verfahren der Gesetzgebung als einzigen Ort demokratischer Rechtszeugung relativieren muss. Ein derart eingeschränktes Primat der Gesetzgebung folgt bei Habermas aus der Unterscheidung zwischen rechtsbegründenden und rechtsanwendenden Diskursen, die an die Stelle der kategorialen Trennung von Rechtsetzung und -anwendung tritt. Habermas' Demokratiekonzeption ist also deshalb hier zu berücksichtigen, weil sie sich gewissermaßen auf der Grenze zwischen einem staatlich begründeten und einem prozeduralen Demokratiemodell bewegt.

Schließlich bleibt für Habermas zwar nicht das Verfahren der Gesetzgebung selbst, aber umso mehr dessen Anspruch auf Allgemeinheit ausschlaggebend. Die Auseinandersetzung mit den Überlegungen von Catherine Colliot-Thélène und Karl-Heinz Ladeur soll dementsprechend einen ganz anders gelagerten Ansatz akzentuieren, dem zufolge der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung unmittelbar von den Eigenschaften subjektiver Berechtigung her zu verstehen ist. Damit wird das Panorama des prozeduralen Demokratieverständnisses über Habermas hinaus (und oftmals gegen ihn) um Positionen erweitert, die das Ideal der Volkssouveränität sowie Verfahren der Selbstgesetzgebung als Fluchtpunkte der Herrschaftslegitimation konsequent aufgeben. Demokratisch befähigen Rechte hier, weil und wenn sie zur Ausweitung rechtlicher Gleichheit dienen (Colliot-Thélène) oder einen Prozess gesellschaftlicher Selbstorganisation abstützen (Ladeur). Von zentraler Bedeutung ist dabei jeweils die Unbestimmtheit der Rechte. Es wird sich jedoch zeigen, dass jene Positionen die Gleichverteilung von Teilhabemöglichkeiten entweder normativistisch überspannen oder funktionalistisch deflationieren.

Angesichts dieser unbefriedigenden Alternativen geht es im darauffolgenden Kapitel darum, mit Hilfe von Claude Lefort die Gewährleistung fundamentaler Rechte als ein Medium demokratischer Repräsentation zu entwickeln und so den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung noch einmal anders zu fassen. Diese Rekonstruktion greift Einsichten der vorausgegangenen Diskussion auf. Denn zum einen kann aufgezeigt werden, dass, *pace* Habermas, die demokratietheoretische Forderung der wechselseitigen Konstitution von Volkssouveränität und Recht nicht allein auf den Pfaden der Gesetzgebung eingelöst werden kann. Zum anderen wird deutlich, dass sich, *pace* Colliot-Thélène und Ladeur, der Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung nicht ohne Weiteres auf die Form der Rechte übertragen lässt. Das Verständnis der Rechte als ein Medium demokratischer Repräsentation, das mit Lefort tiefer ausgeleuchtet wird, geht hingegen davon aus, dass die Souveränität des Volkes allein in rechtserzeugenden Verfahren Ausdruck findet, ohne aber in diesen Verfahren vollends ausgedrückt werden zu können. Die Volkssouveränität ist also, wie Albrecht Wellmer betont, »gleichsam als überall und nirgends im demokratischen Rechtsprozeß lokalisiert [zu] denken« (Wellmer 1998: 276). Sie ist *überall*, weil Volkssouveränität »in jedem Akt der Gesetzgebung und Rechtsprechung anwesend gedacht werden muß.« (ebd.) Entgegen einer eindeutigen Differenzierung zwischen Verfahren der Rechtsetzung und Verfahren der (bloßen) Anwendung von Recht ist politische Selbstbestimmung demnach nicht eindeutig zu lokalisieren. Auch in exekutiven und judikativen Verfahren, die die legislativen Entscheidungen in der Form von administrativen Vorgängen und juridischen Urteilen

konkretisieren, wird die Souveränität des Volkes manifest.<sup>6</sup> Zugleich ist die Herrschaft des Volkes zwingend auf Akte der Repräsentation angewiesen und kann deshalb »niemals in reiner Form gegenwärtig sein« (ebd.). Volkssouveränität ist nicht als solche vorhanden, weil ein singulärer Wille des Volkes weder praktisch noch epistemisch unabhängig von den Verfahren seiner (rechtsförmigen) Herstellung bestehen kann. Praktisch ist Volkssouveränität ein Produkt der Autorisierung. Vor der Auszeichnung von Personen und Institutionen, die im Namen des Volkes sprechen, kann allein die pure Vielfalt der »Menge« (Hobbes) existieren. Doch selbst wenn ein ursprünglicher Volkswille, etwa in der imaginären Gestalt des nationalen Volkes (Schmitt), existieren sollte, kann dessen normativer Gehalt nur mittels Verfahren ermittelt werden, die ihn immer nur vorläufig ausdrücken.

In dieser Differenz zwischen der Souveränität des Volkes und den rechtserzeugenden Verfahren, die den jeweiligen Willen des Volkes formulieren wie formieren, ist für Lefort der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung begründet. Als ein Medium demokratischer Repräsentation mobilisieren Rechte ein formales Gleichheitsprinzip gegen die Selbstsetzungen der Herrschaft des Volkes. Weil, wie auch Wellmer hervorhebt, die rechtsförmigen Manifestationen volkssouveräner Herrschaft nicht auf Verfahren der Gesetzgebung beschränkt sind, kann dieser Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung *überall* im Recht wirksam werden. Zugleich kann diese Entgegensetzung gleicher Rechte nicht selbst den Ausdruck objektiver Allgemeinheit annehmen: Das Potential demokratischer Befähigung besteht vielmehr darin, die substantiellen Bestimmungen der Volkssouveränität mit der Gleichberücksichtigung der Einzelnen als deren eigenen, uneingelösten Anspruch zu konfrontieren und auf diese Weise offen zu legen, dass die Souveränität des Volkes *nirgends* ist. Fundamentale Rechte können die Souveränität des Volkes gegen sie selbst wenden – und zwar überall im Recht.

Mit Lefort ist somit der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung nicht auf Verfahren der Gesetzgebung begrenzt: So verstanden können Rechte nur dann demokratisch befähigen, *wenn*, wie Habermas sagt, die Hinsichten der Gleichberechtigung durch die Rechtsträger:innen selbst formuliert werden. Der Zusammenhang wird mit Lefort aber auch nicht aus dem Horizont der Volkssouveränität herausgelöst: In dieser Perspektive können Rechte deshalb demokratisch befähigen, wie Colliot-Thélène und Ladeur argumentieren, *weil* sie notwendigerweise unterbestimmt sind. Im Kontrast zu diesen beiden Alternativen sind Rechte in der Lage, Volkssouveränität egalitär zu

6 Wie Möllers (2008: 176) festhält, sind hinsichtlich der Distanz zum Volk alle Gewalten »gleich nah«.

durchbrechen und die Substanz institutionalisierter Herrschaft zu »leeren«. Die Garantie und Inanspruchnahme von fundamentalen Rechten wendet der Herrschaft *des* Volkes ein formales Prinzip demokratischer Repräsentation entgegen. Rechte wirken auf diese Weise als ein generatives Prinzip der Demokratie.

# 1. Eine Demokratie der Rechte

*»Das Recht ist zugleich Thema und Medium der Demokratie.«<sup>1</sup>*

## 1.1 Die Allgemeinheit des Gesetzes

Ein »System der Rechte« steht am Anfang der Auseinandersetzung mit der Frage, wie subjektive Rechte ein Potential demokratischer Befähigung erzeugen können. Es steht hier am Anfang, weil Habermas mit diesem System ein auf die Garantie von Rechten ausgerichtetes Recht mit diskursiven Verfahren der Gesetzgebung als Modell egalitärer Teilhabemöglichkeiten verbindet. Jene Verbindung ist bei Habermas auf Verfahren der *Rechtsetzung* ausgerichtet, ohne jedoch den fraglichen Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung mit der Figur der Selbstgesetzgebung schlichtweg zu identifizieren. Sein Ansatz stellt so einen geeigneten Ausgangspunkt dar, um die normativen Herausforderungen zu vermessen, diesen Zusammenhang in den transnationalen Kontext zu übertragen. Die Idee subjektiver Freiheit in Form der Rechte und die Idee der Volkssouveränität »bestimmen« Habermas zufolge das »Selbstverständnis demokratischer Rechtsstaaten bis heute.« (Habermas 1994: 124) In Habermas' Rekonstruktion dieses Selbstverständnisses wird die Verknüpfung der beiden Dimensionen als ein gegenläufiger Prozess aufgefasst, in dessen Zuge sich das Rechtsmedium und die Souveränität des Volkes wechselseitig konstituieren. Das Recht und insbesondere die Gewährleistung von Rechten soll der Idee der Volkssouveränität nicht vorausliegen oder *vice versa*, vielmehr geht es um den »gleichwertig[en]« Schutz individueller und kollektiver Selbstbestimmung (ebd.: 163). Dabei explizieren die Verfahren kollektiver Selbstbestimmung den strikt artifiziellen Charakter einer um den Schutz individueller Selbstbestimmung zentrierten Rechtsordnung.<sup>2</sup> Zum einen können somit für Habermas Rechte allein bezogen auf das Verfahren der Gesetzgebung demokratisch befähigen. Nur dort hat der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung einen Platz, weil nur dort die Unterwerfung unter ein bestimmtes Programm der Rechte zugunsten der Selbstbestimmung der Rechtsträger:innen aufgebrochen wird. Infolge der konsequenten Ausrichtung auf die Bedingungen freiheitlicher Rechtsetzung erweist

1 Günther (1994: 471).

2 Modernes Recht bezeichnet »ein Stück artifiziell erzeugter sozialer Realität [...], die nur auf Widerruf existiert« (Habermas 1994: 57).

sich Habermas aber zum anderen (zumindest in Teilen) als Vertreter einer prozeduralen Demokratiekonzeption, die Rechte auch abseits legislativer Verfahren als demokratisch befähigend erachtet. Gerade weil das Verhältnis von Recht(en) und Volkssouveränität als ein Verhältnis der wechselseitigen Konstitution aufgefasst wird, reicht bei Habermas, so möchte ich im Folgenden zeigen, der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung über die Idee und Verfahren der Selbstgesetzgebung hinaus.

### 1.1.1 Funktionalität und Legitimität

Die Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates,<sup>3</sup> die Habermas in *Faktizität und Geltung* unternimmt, geht von den spezifischen Eigenschaften modernen Rechts aus. Dazu gehört, dass das Recht auf die Garantie subjektiver Freiheiten festgelegt ist. Es stellt in dieser Form die Lösung für ein grundsätzliches Problem sozialer Integration bereit. Das Problem besteht darin, dass mit der zunehmenden Komplexität des Sozialen ein andauerndes wie tiefgreifendes Konfliktpotential einher geht. Unter den »profanisierten« Umständen sozialer Reproduktion (Habermas 1994: 42) kann Gesellschaft ausschließlich auf den ungewissen Pfaden sprachlicher Verständigung gelingen. Das bedeutet, dass die Koordination von Handlungen und Zielen allein durch den freiwilligen Austausch von Gründen und durch ein objektiv hergestelltes Einvernehmen bewerkstelligt werden kann. Zugleich machen aber Entwicklungen der gesellschaftlichen Differenzierung gemeinsame Regelungen erforderlich, die das Vermögen ausschließlich illokutionärer Verpflichtungen übersteigen und deshalb das Recht als Instrument sozialer Organisation alternativlos werden lassen. Es ist in dieser rudimentären Form einer universellen (moralischen) Begründung nicht zugänglich, sondern wird historisch vorgefunden (vgl. ebd.: 143).<sup>4</sup> Dabei ist der »Bezug« auf das Recht der Rechte dasjenige Merkmal, das den klassischen und den modernen Demokratiebegriff voneinander trennt (Habermas 2009a: 154). Die Geschichte des Rechts und die Geschichte der Demokratie sind miteinander verknüpft.

In der diskurstheoretischen Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates, die Habermas unternimmt, ist demnach in der Funktionalität des

3 Zur Methode der »rationalen Rekonstruktion« vgl. Patberg (2018: 112 ff.).

4 Zur Kritik einer (bloß) funktionalen Begründung der Rechte bei Habermas vgl. z.B. Forst (1999). Siehe außerdem Habermas' (2011a) neuere Überlegungen zum Zusammenhang der Menschenrechte mit dem Konzept der Menschenwürde. Vgl. dazu auch Hoesch (2017) sowie zur systematischen Verknüpfung von Menschenrechts- und Würdediskurs neuerdings Pollmann (2022).

Rechts dessen Legitimität enthalten. Legitimes Recht ist funktionales Recht, denn Rechtsnormen erlauben einen angemessenen Umgang mit dem Zuwachs strategischer Interaktionen im Hinblick darauf, dass sich Sozialintegration und die Koordination von gesellschaftlichen Zielen nur noch auf Ressourcen der intersubjektiven Überzeugung stützen können. »Angemessen« bedeutet dabei, dass das Recht dazu in der Lage ist, Relationen intersubjektiver Normbegründung auf die Ebene der sozialen Organisation zu übertragen.<sup>5</sup> Das wiederum ist nur möglich, weil das Recht, analog zur sprachlichen Praxis, ein faktisches und ein kontrafaktisches (ideales) Element miteinander verbindet, es also »gleichzeitig auf der Androhung äußerer Sanktionen wie auf der Unterstellung eines rational motivierten Einverständnisses beruht.« (Habermas 1994: 23) Das Recht kann demnach integrativ wirken, weil und insofern es ein faktisches und ein ideales Moment voneinander unterscheidet *und* miteinander verbindet. Durch und durch illegitimes Recht kann es demnach schon aus funktionalen Gründen nicht geben: Das Recht empfiehlt sich als Mittel der Vergesellschaftung gerade deshalb, weil es die Spannung zwischen sozialer Geltung und normativer Gültigkeit ausdrückt, es also die (moderne) Spannung zwischen dem, wie es ist, und dem, wie es sein sollte, exponieren kann.

Im Rechtsmedium verständigen sich die Adressat:innen selbst über die verbindlichen Regelungen strategischer Interaktionen. Weil Recht sowohl zwingend als auch zwanglos »gilt«, kann es Handlungen koordinieren, ohne die praktische Reichweite kommunikativer Verständigung einzuschränken. Positives Recht wird also genau dann als Medium der Sozialintegration funktional, wenn es sich um legitimes Recht handelt, d.h. wenn jede Norm die Revision einer strategischen Perspektive zugunsten der Perspektive reziproker Normbegründung aufgrund der realen Beteiligung an den Verfahren erlaubt, die das Recht setzen. Die Auseinandersetzung über das richtige Recht muss geführt werden (können), um die Herrschaft des Gesetzes von seinen paternalistischen Konnotationen zu befreien (vgl. ebd.: 154). Die Gleichheit der Teilhabe steht auf diese Weise ganz im Zeichen des rationalen, Vergesellschaftung ermöglichenden Diskurses. Das erklärt, warum für Habermas die Gesetzgebung »im Rechtssystem den eigentlichen Ort der sozialen Integration [bildet].« (ebd.: 50) Sie stellt ein ergebnisoffenes Verfahren der Kommunikation über Recht dar, das für die jeweiligen Ergebnisse einen Anspruch der diskursiven Akzeptabilität etabliert. So ist dann auch zu verstehen,

5 Dies im Unterschied zur früheren Unterscheidung zwischen »Recht als Medium« und »Recht als Institution« (Habermas 1981: 522 ff.). Zum Recht als Vermittlungsinstanz zwischen System und Lebenswelt vgl. Marxsen (2011: 124 ff.), insbesondere zur Stabilisierung intersubjektiver Normbegründung vgl. Flynn (2003).

dass das Recht zur Wahrnehmung seiner gesellschaftlichen Funktion legitim sein »muß« (ebd.: 49).

Die Legitimität (oder: Funktionalität) des Rechts ist für Habermas demnach allein von den gleichverteilten Möglichkeiten, am Prozess der Gesetzgebung teilzunehmen, und damit von spezifischen Verfahren der Rechtskommunikation abhängig. Nur im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses kann der Wechsel von der strategischen Perspektive der bloßen Akzeptanz zur Perspektive der Akzeptabilität gelingen. Die Gewährleistung gleicher Freiheiten allein reicht dazu nicht aus. Die heteronome Garantie sowie die Durchsetzung von Recht und Rechten ist vielmehr auf die autonome Hervorbringung der fraglichen Normen angewiesen. Dass funktionales (oder: legitimes) Recht die Verbindung gegenläufiger Perspektiven darstellt, zeigt sich nicht zuletzt daran, dass die Teilhabe an der Gesetzgebung, in deren Zuge die Hinsichten der Gleichberechtigung bestimmt werden, selbst subjektiv-rechtlich strukturiert ist und also die Orientierung an individuellen (»subjektiven«) Interessen eine Option bleibt. Es geht demnach um die »paradoxe Entstehung von Legitimität aus Legalität« (ebd.: 110), die nur aufgrund einer Revision der strategischen Perspektive und – zumindest auf den ersten Blick – nur mittels Verfahren, die eine solche Revision der strategischen Perspektive forcieren, möglich ist.

Das Rollenverständnis der Diskursteilnehmer:innen und die Eigenschaften der rechtserzeugenden Verfahren bedingen sich für Habermas gegenseitig. Den gegenläufigen Perspektiven der Akzeptabilität und der Akzeptanz werden die rechtsetzenden Verfahren auf der einen und die rechtsanwendenden Verfahren auf der anderen Seite zugeordnet. Nur durch die Teilhabe an der Gesetzgebung können die Betroffenen als Autor:innen wirken *und sich deshalb* als solche verstehen. Dieser Unterschied der subjektiven wie der objektiven Stellung erweist sich Habermas zufolge an unterschiedlichen Kategorien der Rechte. So geht es bei Abwehr- und sozialen Teilhaberechten um Ansprüche, »die *nur* auf Willkürfreiheit [...] abstellen« (ebd.: 51, Herv. J.H.). Von paradigmatischer Bedeutung sind dabei Regelungen der Vertragsfreiheit (vgl. Habermas 1996a: 391). Solche Rechte stellen bereits die Gründe für deren Inanspruchnahme frei und befreien dadurch in legalistischer Manier von den Verpflichtungen kommunikativer Freiheit. Rechte der politischen Teilhabe – Rechte zur Rechtsetzung also – können hingegen Verständigung zumindest »ansinnen« (Habermas 1994: 165). Ein Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung besteht daher bloß im Rahmen der »kommunikative[n] Struktur der Selbstgesetzgebung« (ebd.: 135). Allein politische Rechte führen eine Revision der strategischen Perspektive auf Fragen der sozialen Organisation herbei.

Die Unterscheidung verschiedener Anspruchstypen spiegelt sich in den Eigenschaften verschiedener Verfahrenstypen, also unterschiedlichen

Formen der Rechtskommunikation, wider. Wie Klaus Günther im Anschluss an Habermas betont, tritt für diejenigen, die nicht am Verfahren der Gesetzgebung teilnehmen können, das Recht »allein als eine Zwangsordnung auf, deren Begründung ebenso verschlossen bleibt wie ihre Kritisierbarkeit.« (Günther 2008: 359) Und erst die Bindung der exekutiven und judikativen Instanzen an den Output dieser legislativen Verfahren kann die Selbstbestimmung der Rechtsträger:innen wirklich werden lassen. Hier also die Autor:innen des Gesetzes, die über das Recht in inklusiven und ergebnisoffenen Verfahren der Rechtsetzung entscheiden, dort die Adressat:innen des Gesetzes, die diesen legislativen Bestimmungen buchstäblich folgen müssen. Habermas betont, dass Verfahren sich »auf die Präferenzen der Beteiligten auswirken; sie sortieren die Themen und Beiträge, Informationen und Gründe so, daß idealerweise nur die ›gültigen‹ Eingaben [...] für die Beschlußfassung ins Gewicht fallen.« (Habermas 1994: 414) Vor Gericht etwa zählen nur solche Gründe, die Rückhalt im geltenden Recht finden. Von einer *Rechtsetzung* durch den Gang vor Gericht kann also für Habermas weder dem Selbstverständnis nach<sup>6</sup> noch hinsichtlich der tatsächlichen Folgen die Rede sein, denn schließlich finden sich die Teilnehmer:innen hier – objektiv wie subjektiv – auf die »Rolle von Klienten der Rechtsprechung« festgelegt (ebd.: 476). Es gilt hier, das Gericht von etwas zu überzeugen, das gelten, aber nicht für alle gültig sein muss. Die Kläger:innen können eben kein Recht setzen, und deshalb, so legt es Habermas' Auffassung von Verfahrenstypen als Formen der Rechtskommunikation nahe, ihre partikularen Interessen nicht transzendieren. Nur durch die Beteiligung an der Gesetzgebung können die Rechtsadressat:innen ein »richtiges Verständnis« (ebd.: 154) der geltenden Normen erwerben, weil sie nur hier als Autor:innen derselben Normen auftreten.

Der Zusammenhang zwischen gesellschaftlicher Funktionalität und diskursiver Normbegründung schlägt sich auch in Habermas' Konzeption der Verfassung nieder. So ist für Habermas die Forderung der Gleichberechtigung für das Recht ebenso konstitutiv wie die Forderung, der moralischen Norm der Gleichbehandlung der Einzelnen zu entsprechen.<sup>7</sup> Doch jene normativen Vorstellungen von Verallgemeinerbarkeit, die sowohl Recht als auch Moral zugrunde liegen, sind jeweils nur die ungesättigten Forderungen eines diskursiven Prozesses der egalitären Teilhabe.

6 In Rechtsanwendungsdiskursen treten für Habermas (1994: 280) die »Bezüge [auf die Interessen aller möglicherweise Betroffenen] hinter den Interessen der unmittelbar beteiligten Parteien zurück.« Vgl. ganz ähnlich die Beobachtung von Loick (2011: 199), dass »Gerichtssäle nicht gerade Schauplätze reziproker Anerkennung, sondern strategischer Übervorteilungsversuche« sind.

7 Zum komplementären Verhältnis von rechtlichen und moralischen Normen vgl. Habermas (1994: 135 ff.).

Dieser Prozess kann deshalb bei der effektiven Garantie gleicher Rechte nicht stehen bleiben, wie es liberale Theorien der Verfassung tun.<sup>8</sup> Inter-subjektiv begründet, muss das Recht stets einer Verselbstständigung der staatlichen Institutionen entgegenarbeiten, auf die wiederum das Recht als ein zwingendes Medium der Sozialintegration nicht verzichten kann. Jede Rechtsnorm muss als eine Entscheidung des *demos* über sich selbst verstanden werden können. Deshalb kann mit Blick auf den Vorrang der Verfassung nur von einer »relative[n] Fixierung« (ebd.: 163) höherrangiger Normen ausgegangen werden. Die Verfassung muss, anders gesagt, durchweg an den Normalprozess der Gesetzgebung zurückgebunden sein. Zwar unterliegt die Gesetzgebung (verfassungsrechtlichen) Bindungen. Das unterstreicht auch Habermas, versteht die Verfassung aber zugleich als andauernden Prozess der Rechtsetzung. In diesem »dynamischen Verfassungsverständnis« findet sich »die Schwelle zwischen Verfassungsnormen und einfachen Gesetzen ein[geeignet]« (Habermas 2009a: 167). So hat dann auch das System der Rechte, das die Vermittlung von kollektiver und individueller Selbstbestimmung erbringt, den evaluativen Sinn, dass »jeder Rechtsakt [...] als Element eines auf Dauer gestellten verfassungsgebenden Prozesses verstanden werden kann.« (Habermas 1994: 494) Schließlich befinden allein die Bedingungen seiner Genese über die Legitimität (und somit die Funktionalität) des Rechts.

Diese Bedingungen erstrecken sich auch auf die informellen Foren der Willensbildung, die dazu beitragen, das System der Rechte zu

- 8 Im liberalen Verständnis sieht die Verfassung zugunsten des Schutzes individueller Freiheiten von der Idee der Volkssouveränität als Horizont demokratischer Herrschaftslegitimation ab. Dieses Verfassungsverständnis legt Habermas seinen späteren Überlegungen zur Konstitutionalisierung des Völkerrechts zugrunde (vgl. Habermas 2005; 2009c; 2009d; 2011b), denn die Verfassung der »dezentrierten Weltgesellschaft« (Habermas 2009c: 336) muss sich vom Staat als institutioneller Rahmen der gesetzlichen Formulierung und Konkretisierung des Rechts der Rechte verabschieden. Damit wird deutlich, dass der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung für Habermas in der transnationalen Konstellation – in Ermangelung echter gesetzgeberischer Verfahren – nicht länger aufgefunden werden kann. Die Berücksichtigung von fundamentalen Rechten, z.B. im Rahmen der Welthandelsorganisation (WTO), kann nicht die Gleichheit der Teilhabe kompensieren (vgl. Habermas 2009c: 341). Noch viel offenkundiger ist diese Abstraktion der Verfassung von den Bedingungen freiheitlicher Rechtsetzung im Fall der Durchsetzung der Menschenrechte unter Mandat der Vereinten Nationen. Nur im liberalen Verfassungsverständnis reichen nämlich die »medial verstärkten Reaktionen einer immer wieder punktuell erregten Weltöffentlichkeit« zur Rechtfertigung aus (ebd.: 344). Der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung findet sich hier auf die Garantie von »elementare[n] Rechte[n]« (ebd.: 379) umgewendet.

konkretisieren. Das Zusammenwirken von zivilgesellschaftlichen und parlamentarischen Teilhabemöglichkeiten soll wiederum die »Entwurzelung« des Rechts vom »Boden legitimer Rechtsetzung« vermeiden (ebd.: 518). Ein subjektiv-rechtlicher Schutz kommunikativer Freiheiten soll dabei seinerseits ein »Potential der Selbsttransformation« der Öffentlichkeit befestigen (ebd.: 452). Aber andererseits kann die deliberative Öffentlichkeit Verfahren der Rechtsetzung nicht ersetzen. Die Foren intersubjektiver Verständigung, die sich zu Netzwerken der Öffentlichkeit verdichten, biegen deshalb in Habermas' Rekonstruktion stets in die Gesetzgebung ein, die erst die Rolle der Autor:innenschaft und den Anspruch der tatsächlichen Allgemeinheit des Gesetzes einlösen kann. Informalität muss zur Formalität, und das bedeutet für Habermas, notwendigerweise zum legislativen Verfahren führen. Nur hier, im Rahmen der Gesetzgebung, wird der Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung wirklich und erhält das Recht erst seinen »vollen normativen Sinn«.<sup>9</sup>

### 1.1.2 *Das Recht der Volkssouveränität*

Modernes Recht ist, wie Habermas durchweg betont, ein um Rechte zentriertes Recht. Die Form der Rechte ist dabei auf den Schutz der »private[n] Lebensführung der einzelnen Personen« ausgerichtet (Habermas 1998: 185). »Privat« bedeutet hier, dass Rechte es erlauben, sich aus kommunikativen Beziehungen des Austausches von Gründen zurückzuziehen. Sie schützen vor dem Druck, Stellung zu nehmen, und sind in dieser Hinsicht individualistisch orientiert. Diese Form der Rechte ist der Souveränität des Volkes vorgegeben, denn in Habermas' funktionaler Begründung des Rechts »gibt« es kein modernes Recht ohne den derartigen Schutz individueller Freiheiten (Habermas 2009b: 149). Recht ist ohne Rechte nicht zu haben. Deshalb ist die Herrschaft des Volkes in der Form gleicher Rechte *engerichtet* und zugleich darauf *ausgerichtet*, Recht in der Form gleicher Rechte zu erlassen. Präziser ausgedrückt, resultiert ein mit dem Diskursprinzip verschränktes, subjektiv-rechtlich strukturiertes Recht in ein »System der Rechte«, das den gleichen Schutz individueller Freiheiten mit Verfahren der Gesetzgebung verbindet, die wiederum den »Kern« (Habermas 1994: 155) dieser systematischen Verschränkung bilden. Berechtigung und demokratische Befähigung sind also für Habermas sowohl voneinander unterschieden als

9 »Seinen vollen normativen Sinn erhält das Recht nicht per se durch seine *Form*, auch nicht durch einen a priori gegebenen moralischen *Inhalt*, sondern durch ein *Verfahren* der Rechtsetzung, das Legitimität erzeugt.« (Habermas 1994: 169)

auch miteinander verbunden, weil sich die »Idee der Selbstgesetzgebung [...] im Medium des Rechts selbst Geltung verschaffen [muß].« (ebd.: 160) Die Volkssouveränität ist auf das Rechtsmedium und also die basale Form der Rechte verpflichtet.

Die Souveränität des Volkes befindet sich deshalb in einer ambivalenten Position, denn sie ist sowohl Objekt als auch Subjekt rechtsförmiger Herrschaft. Einerseits *muss* sich die Idee der Selbstgesetzgebung gegen das Rechtsmedium Geltung verschaffen. Ansonsten untergräbt die Rechtsförmigkeit der Herrschaft den Anspruch der Demokratie. Andererseits ist die Idee der Selbstgesetzgebung auf das Recht verpflichtet und an dessen Form gebunden, sie muss sich also gegen *dieses* Medium Geltung verschaffen. Die Volkssouveränität muss sich (selbst) verrechtlichen. Der Hinweis, dass die Verwendung der Rechtsform wiederum als ein selbstbestimmter Entschluss zu verstehen ist (vgl. Günther 1994: 478), kann diese Ambivalenz hinsichtlich der faktischen Alternativlosigkeit des Rechts als Medium der Vergesellschaftung nicht aus der Welt schaffen.<sup>10</sup> Ohne Recht geht es in modernen Gesellschaften für Habermas schlichtweg nicht. Aufgrund dieser wechselseitigen Konstitution fungiert die Souveränität des Volkes eher als »Scharnier« (Habermas 1994: 209) denn als Begründungsprinzip der Demokratie. Die Gleichverteilung der Rechte auf den Pfaden des rationalen Diskurses muss dann jedoch die Entgegensetzung von rechtsetzenden und rechtsanwendenden Verfahren aufweichen, die für die Idee der Selbstgesetzgebung eigentlich von entscheidender Bedeutung ist.

Der Schutz individueller Selbstbestimmung darf für Habermas die Reichweite des Gesetzgebungsprozesses nicht von außen begrenzen. Das zeigt sich vor allem an der Frage der Menschenrechte. Die Souveränität des Volkes untersteht zwar der Figur der subjektiven Berechtigung. Im Kontrast zu einem »von der Moral zum Recht fortschreitende[n] Gang der Begründung« (ebd.: 131),<sup>11</sup> ist aber ausschließlich die Entscheidung über die Form der Rechte den Verfahren kollektiver Selbstbestimmung entzogen. Die »Substanz der Menschenrechte« steckt hingegen allein »in den formalen Bedingungen der rechtlichen Institutionalisierung jener Art diskursiver Meinungs- und Willensbildung, in der die Souveränität des Volkes rechtlich Gestalt annimmt.« (ebd.: 135) Denn nur mit Blick auf ein allgemeines wie symmetrisches Verfahren der Rechtsetzung können die Betroffenen die Hinsichten der Gleichberechtigung selbst spezifizieren. Menschenrechte sind somit nur dem Anschein nach moralisch begründete Rechte, die von Verfahren der gesetzlichen Definition,

10 Siehe dazu *Kapitel 1.1.1.*

11 Ein »Gang der Begründung«, den Habermas mit Kant verbindet. Zur Kritik an dieser, den Aspekt demokratischer Herrschaftslegitimation verkürzenden, Kant-Rezeption vgl. Brandt (2002), Maus (2011: 212 ff.).

Ausgestaltung und Konkretisierung unabhängig sind (vgl. Habermas 1996b: 220). Der Sinn der Menschenrechte impliziert vielmehr das Anrecht auf ein inklusives Verfahren der Gesetzgebung, das sie selbst vollumfänglich zum Gegenstand der Deliberation der Rechtsträger:innen machen kann. Zugleich müssen Verwaltung und Justiz von der Gesetzgebung getrennt werden, damit die Gleichberücksichtigung der einzelnen Rechtsträger:innen sichergestellt ist.

Dabei deutet Habermas auf folgenreiche Weise die Funktionen der rechtsstaatlichen Gewaltengliederung als ein diskursives Feld. Gesetzgebung, Justiz und Verwaltung lassen sich in dieser Interpretation nicht nach verschiedenen Zuständigkeiten oder institutionellen Zusammenhängen, vielmehr nach »Potentialen von Gründen« unterscheiden (Habermas 1994: 235). Anhand der parlamentarischen Institutionen oder der semantischen Kennzeichen des Gesetzes kann also die Legislativgewalt nicht von weiteren Gewalten abgegrenzt werden. Die Gesetzgebung ist vielmehr durch einen unbeschränkten Zugriff auf die Ressourcen normativer Verpflichtung gekennzeichnet. Hingegen kann die Justiz zwar einerseits nicht im »hermetisch abgeschlossenen Universum« der geltenden Bestimmungen allein operieren (ebd.: 282), andererseits darf sie nur in eingeschränkter, nämlich rekonstruktiver Weise, über die legislativ begründeten Normen verfügen. (Die administrativen Instanzen dürfen in keinem Fall eigene Entscheidungsprämissen zur Diskussion stellen.) Es ist dabei wichtig zu erkennen, dass die Gemeinsamkeit von rechtsetzenden und rechtsanwendenden Diskursen, auf Fragen der rationalen Akzeptabilität eingestellt zu sein, die Grenze zwischen Verfahren der Autor:innenschaft und der Adressat:innenschaft des Rechts nicht überspülen darf. Ein immer nur vorläufiges System der Rechte wird zwar sowohl durch die Gesetzgebung als auch in juristischen Verfahren ausgestaltet (vgl. ebd.: 287). Von einer Beteiligung an der *Rechtsetzung* – also von Momenten der rechtlichen Konstruktion – durch die Rechtsprechung darf aber bei Habermas nicht die Rede sein. Die Justiz darf das Bündel der Gründe aufschneiden, die den legislativen Entscheidungen zugrunde liegen, ohne ihm jedoch etwas hinzuzufügen.

Jedoch geht mit dieser Interpretation der rechtsstaatlichen Gewaltengliederung, so möchte ich argumentieren, ein erster Schritt auf das Terrain eines prozeduralen Demokratieverständnisses einher, das den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung über die Gesetz- und Verfassungsgebung hinaus auf andere Verfahren erstreckt. Es wird sich zeigen, dass Habermas' Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates die Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und Rechtswendung bzw. zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen nicht konsequent verfolgen kann – gerade um die Allgemeinheit des Gesetzes und den Anspruch der diskursiven Akzeptabilität aufrechterhalten zu können. Habermas will zwar die Idee der Volkssouveränität »unverkürzt« zur

Geltung bringen (ebd.: 118) und muss dazu die Herrschaft des Volkes als inhaltlich ungebundenen Prozess der *Rechtsetzung* entfalten, der sich auf jede Norm erstrecken kann. Der *Prozess* der Rechtsetzung darf aber nur als Abfolge von einzelnen legislativen Entscheidungen abgebildet werden. Obwohl Habermas den reflexiven Charakter des Rechts betont und zudem herausstellt, dass »alle geltenden Normen [...] von Haus aus unbestimmt« sind (ebd.: 266), muss das Recht als statisch oder diskontinuierlich aufgefasst werden, als Summe von aufeinanderfolgenden Gesetzesentscheidungen, die dann auf den einzelnen Fall angewendet werden. Dass aber an dieser kategorialen Unterscheidung nicht festgehalten werden kann, demonstriert Habermas selbst hinsichtlich der institutionellen Absicherung des (nur relativ fixierten) Vorranges der Verfassung. Hier, in der Auseinandersetzung mit der Befugnis, Gesetzesnormen aufzuheben, wird deutlich, dass der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung auch abseits legislativer Verfahren wirksam werden kann und sich derart ein staatlich begründetes Demokratiemodell eingeklammert findet. Denn anhand der Befugnis, ein beschlossenes Gesetz invalidieren zu können, werden schließlich Fragen der Rechtsgeltung im Rahmen des (verfassungs-)gerichtlichen Anwendungsdiskurses explizit. Hier wird über Recht befunden, ohne dass diese Entscheidung aus einer gesetzgeberischen Handlung resultiert. Dabei geht Habermas davon aus, dass jene »weitgehenden Kompetenzen« zwar restriktiv eingesetzt werden sollen, sie aber per se »die Logik der Gewaltenteilung nicht gefährden [müssen]« (ebd.: 299).

Dass die Idee der Volkssouveränität im Rahmen der verfassungsgerichtlichen Normenkontrollen gegen ein Gesetz wirksam werden kann, wendet Habermas affirmativ, solange damit ein Vorgriff auf den Anspruch der diskursiven Akzeptabilität einhergeht – solange also Fall und Urteil für die Funktionstüchtigkeit des demokratischen Prozesses relevant sind.<sup>12</sup> Der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung erstreckt demnach auch auf diejenigen rechtserzeugenden Verfahren, die zur Einrichtung des demokratischen Legitimationszusammenhangs und somit zur Funktion des Rechts als Medium

- 12 Diese Bejahung der (eingeschränkten) verfassungsgerichtlichen Befugnisse wird einerseits dafür kritisiert, im Kontrast zum »demokratischen Charakter der Rechte« zu stehen (Bellamy 2013: 141) sowie die »Asymmetrien der radikalen Konzeption von Volkssouveränität hinter sich [zu lassen]« (Maus 2011: 265). Zudem stellt, andererseits, die Einschränkung auf den Schutz allein des demokratischen Prozesses ein gleichursprüngliches Verhältnis von individueller und kollektiver Selbstbestimmung infrage (vgl. Lieber 2007: 197; Grimm 2021a: 202). Letztere Gewichtung ist jedoch insofern konsequent, als es dabei um den »wichtigsten Aspekt« der Herrschaftslegitimation geht (Habermas 2009a: 171), also um den »Kern«, um den Habermas' System der Rechte ausgerichtet ist.

der Vergesellschaftung beitragen. Wenn die Autor:innenrolle für Habermas dadurch gekennzeichnet ist, an Verfahren teilzunehmen, die legitimes (und also: funktionales) Recht erzeugen, so kann dies auch für ein juristisches Verfahren gelten. Die Autor:innenrolle kann demnach, entgegen der ursprünglichen Unterscheidung von Verfahrenstypen, auch im legalistischen Gewand wahrgenommen werden. Über die Gesetzgebung hinaus können für Habermas alle Rechte dann als demokratisch befähigend bezeichnet werden, sobald deren Inanspruchnahme die Aufrechterhaltung oder Wiederherstellung der Bedingungen zur Folge hat, unter denen geltendes Recht als Entscheidung der Rechtsgemeinschaft über sich selbst verstanden werden kann.

In Habermas' Rekonstruktion betrifft die Idee der Volkssouveränität die Teilhabe an Diskursen der Rechtsbegründung. Weil die Egalität der Teilhabe im Grunde einen Anspruch rationaler Akzeptabilität rechtfertigen soll, kann die Ausgestaltung der Verfassung auch ein kooperatives, »gemeinschaftliches« Unterfangen<sup>13</sup> zivilgesellschaftlicher, legislativer und judikativer Instanzen sein. Es ist eine Mehrzahl von Verfahren, die zur wechselseitigen Konstitution von Rechtsmedium und Volkssouveränität einen Beitrag leisten und den Kreis schließen können, den modernes Recht zwischen individueller Selbstbestimmung – sichergestellt durch die Gewährleistung gleicher Rechte – und kollektiver Selbstbestimmung – sichergestellt durch die Gleichberücksichtigung der Einzelnen im Gesetzgebungsprozess – zeichnet. Im Hinblick auf die Legitimität (bzw. Funktionalität) des Rechts ist für Habermas nicht zuerst und nicht allein die Garantie formal-gleicher Teilhabemöglichkeiten ausschlaggebend. Somit ist der Vorrang der Gesetzgebung zwar ein ausgeprägter, aber dennoch nur noch ein relativer. Anders gesagt, ist die Autor:innenrolle, entgegen eines staatlich begründeten Demokratieverständnisses, mit der Wahrnehmung *und* der Institutionalisierung rechtsförmiger Kommunikationsfreiheiten verknüpft. Um zugleich die Unterscheidung zwischen Begründungs- und Anwendungsdiskursen nicht generell infrage zu stellen, weist Habermas zudem auf die Eigenschaften von spezifischen »Gesetzesprogrammen« hin,<sup>14</sup> die jene Abgrenzung zwischen legislativen und judikativen Verfahren auch jenseits von verfassungsrechtlichen Streitfällen zusehends relativieren. Doch dass die Unterscheidung beider Diskurstypen notwendigerweise gradueller Natur ist, wird schon daran deutlich, dass sich, wie Habermas selbst bemerkt, die

13 Vgl. den mehrfachen Verweis von Habermas (1994: 274, 340) auf die Überlegungen von Häberle (u.a. 1975).

14 »Soweit Gesetzesprogramme auf eine rechtsfortbildende Konkretisierung in dem Maße angewiesen sind, daß der Justiz [...] Entscheidungen in der Grauzone zwischen Gesetzgebung und Rechtsanwendung zufallen, müssen die juristischen Anwendungsdiskurse auf eine erkennbare Weise um Elemente von Begründungsdiskursen ergänzt werden.« (Habermas 1994: 530)

Rechtsprechung »gegenüber den im Gesetzgebungsprozeß zur Geltung gebrachten und im Legitimitätsanspruch von Rechtsnormen gebündelten pragmatischen, ethischen und moralischen Gründen offenhalten [muß].« (Habermas 1994: 282f.) Zwischen den Resultaten der Gesetzgebung und dem »Legitimitätsanspruch von Rechtsnormen« ist also zu differenzieren. Entsprechend dieser aufgeweichten Trennung zwischen legislativen und judikativen Verfahren darf dann, wie Habermas auch festhält, die »Gewährleistung gleicher subjektiver Handlungsfreiheiten [...] nicht den Entscheidungen einer (wie auch immer sozialwissenschaftlich angeleiteten) Justiz *allein* überlassen bleiben.« (Habermas 1996a: 391, Herv. J.H.) Wenigstens mit Blick auf die Bedingungen freiheitlicher Rechtsetzung ist der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung mit Habermas also auch anderswo als nur in Verfahren der Gesetzgebung zu lokalisieren.

Über diese Interpretation des demokratischen Rechtsstaates im Zeichen des rationalen Diskurses hinaus wird unter systematischen Aspekten deutlich, dass die (Selbst-)Verrechtlichung der Volkssouveränität notwendigerweise in ein prozedurales Demokratiemodell einmündet, das die kategoriale Trennung zwischen Rechtsetzung und -anwendung infrage stellt. Denn sobald das Verhältnis von Rechtsmedium und Volkssouveränität das der *wechselseitigen Konstitution* ist, kann der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung nicht mehr ausschließlich den formalen Eigenschaften der Gesetzgebung überantwortet werden. Selbstbestimmung gibt es nur durch Verfahren. Und so wie das Recht für Habermas auf ein Verfahren kollektiver Selbstbestimmung angewiesen ist, gibt es Verfahren kollektiver Selbstbestimmung nur im Rahmen der Rechtsform. Dieses Verhältnis des Instandsetzens darf nicht mit inhaltlichen Bindungen aufgeladen werden, um zu vermeiden, dass das Recht der Rechte der Souveränität des Volkes vorgeordnet wird. Dennoch ist für die Idee und Praxis der Volkssouveränität das Recht immer zugleich Rahmen und Ergebnis. Als Thema *und* Medium der Demokratie ist es auf eine Weise vielgestaltig, dass eine Mehrzahl rechtserzeugender Verfahren als ein Moment (der Bedingungen) des demokratischen Legitimationszusammenhanges in Betracht kommen kann. Dieser Einsicht arbeitet Habermas' Konzeption der Gewaltengliederung zu. Der Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung besteht nicht allein aufgrund der Teilhabe an der Gesetzgebung, sondern entlang von rechtserzeugenden Verfahren, die Volkssouveränität *sowohl* manifestieren *als auch* herstellen.

## 1.2 Die Unbestimmtheit der Rechte

In Habermas' Rekonstruktion des demokratischen Rechtsstaates spielt die Idee der Selbstgesetzgebung und demnach die Unterscheidung zwischen Rechtsautor:innen und Rechtsadressat:innen eine tragende Rolle. Der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung ist hier auf die Arenen der Öffentlichkeit und insbesondere auf die Teilhabe an legislativen Verfahren ausgerichtet. Nur in Bezug auf solche Verfahren der (allgemeinen) Rechtsetzung kann demokratische Legitimation vermittelt werden. Ein vertikales Modell der Gewaltengliederung wird zwar der rechtsförmigen Konstitution der Volkssouveränität schließlich nachgeordnet, aber letztere bildet weiterhin den normativen Horizont einer Demokratie der Rechte.

Die in der Folge diskutierten Positionen bestreiten diesen Horizont der Volkssouveränität. Sie identifizieren vielmehr den demokratischen Legitimationszusammenhang direkt mit den formalen Eigenschaften (des Rechts) der Rechte. Die Rollenverteilung zwischen Autor:innen und Adressat:innen des Gesetzes und die Unterscheidung verschiedener Verfahrenstypen wird so auf die Form der Rechte übertragen. Ich konzentriere mich im Folgenden auf die in dieser Hinsicht exemplarischen Positionen von Catherine Colliot-Thélène und Karl-Heinz Ladeur. Während Colliot-Thélène die Ausweitung und Vertiefung rechtlicher Gleichheit als wesentliches Moment einer demokratischen Legitimation von Herrschaft versteht, rückt Ladeur den Beitrag der Rechte für einen anonymen Prozess der gesellschaftlichen Selbstregulierung in den Fokus. Die beiden Positionen teilen die Prämisse einer *intrinsischen Politik der Rechte*. Für Ladeur wie auch für Colliot-Thélène ist dabei der unmittelbare Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung in der Unbestimmtheit der Rechte fundiert. Sie verfolgen diese Politik der Rechte jedoch aus entgegengesetzten Richtungen: Die Forderungen der Gleichheit bestreiten genau jene Bestimmungen, die Rechte im Zuge des gesellschaftlichen Prozesses der funktionalen Differenzierung annehmen.

### 1.2.1 Die Forderung der Gleichheit

Die Idee der Selbstgesetzgebung betrifft nicht nur die Teilhabe an verbindlichen Entscheidungen. Sie beschreibt vielmehr einen Prozess der wechselseitigen Konstitution von Volkssouveränität und Rechtsmedium. Er reicht so weit, dass, wie Habermas betont, das System der Rechte »nicht nur eine vernünftige politische Willensbildung institutionalisieren [soll].« Es soll zudem auch »das Medium selbst gewährleisten«, durch das der Wille des Volkes Ausdruck findet (Habermas 1994: 143). Habermas' System der Rechte wird deshalb zuerst intersubjektiv gerechtfertigt

und danach auf die Institutionen des Staates übertragen. Der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung wird somit zuerst in selbstbezüglichen Verfahren der Gesetzgebung manifest und orientiert sich auch in der Folge an dieser Gleichheit der Teilhabe. Hingegen versteht ein um die Ausweitung der Rechtsgleichheit zentriertes Demokratiemodell diese Abfolge aus intersubjektiver Rechtsbegründung und gesetzlicher Lizenzierung der staatlichen Herrschaft, wie sie Habermas seinen Überlegungen zugrunde legt, als eine illusorische. Die Rechtsgemeinschaft des *demos* geht hier der Ausübung von Herrschaft nicht voraus. Vielmehr wird das Volk als ein Kollektiv gleichgestellter Rechtsträger:innen erst durch die Herrschaft des Staates hervorgebracht. Colliot-Thélène spricht in dieser Hinsicht vom »Mythos der Selbstgesetzgebung« (Colliot-Thélène 2011: 17) und drängt die Unterscheidung zwischen Rechtsautor:innen und -adressat:innen weitgehend zur Seite. An dessen Stelle tritt das Rechtssubjekt als »Grundform« der Demokratie (ebd.: 22). Während das Ideal der Volkssouveränität und der Begriff der konstituierenden Gewalt einen eindeutig bestimmten *demos* voraussetzen, ist die »streng individualistische Logik der subjektiven Rechte« (ebd.: 157) von der Mitgliedschaft in einer spezifischen Rechtsgemeinschaft unabhängig. Nur diese »Logik der Rechte« kann, spätestens wenn sich die Idee der Selbstgesetzgebung vor den empirischen Entwicklungen blamiert hat, als Angelpunkt demokratischer Legitimation dienen. Demokratie ist sodann die Forderung gleicher Rechte, nicht die Gleichheit der Teilhabe in Bezug auf eine Rechtsgemeinschaft.

Unter empirischen Aspekten wird die Illusion der Selbstgesetzgebung durch die Vervielfältigung des Rechts offenbar. Schließlich ist die Souveränität des Volkes nur verständlich als Befugnis, allein (das) Recht zu setzen. Sobald dieses Monopol der Rechtserzeugung und mit ihm »die Perspektive einer Normenhierarchie« in Frage gestellt ist (Colliot-Thélène 2018a: 231), wird deutlich, dass das Gebilde des demokratischen Rechtsstaates nur ein »institutioneller Rahmen« (Colliot-Thélène 2011: 28) für die Forderungen gleicher Rechte gewesen ist. Die Fragmentierung des Rechts erscheint hier als Resultat der Zersplitterung der Herrschaft, die nun durch ein Verfahren der Gesetzgebung nicht mehr auf umfassende Weise programmiert werden kann. Sobald die eigene Rechtsgemeinschaft aber nicht mehr die einzige Adresse für Forderungen der Gleichheit ist, gerät die Souveränität des Volkes unter den Druck der historischen Entwicklungen. Mit dieser Idee verschwindet Colliot-Thélène zufolge auch eine Auffassung von Legitimation im Sinne der egalitären Beteiligung an der Gesetzgebung. Die Idee der Volkssouveränität ist für Colliot-Thélène aber bereits von Anfang an fehlgeleitet, denn sie beruht auf der Vorstellung eines einheitlichen Volkes, das – mit Hilfe des Rechts – »in der Lage ist, selbst über sein Schicksal zu bestimmen.« (ebd.: 113) Die Entgegensetzung zwischen der Gemeinschaft des *demos* einer- und dem Staat als

Objekt der Legitimation andererseits geht jedoch, so Colliot-Thélène weiter, von einer falschen Relation aus. Sie versteht das Legitimationssubjekt als primär, obwohl der *demos* allein der Effekt staatlicher Herrschaft ist. Die Einheit des Volkes ist die Folge, nicht der Ursprung der Herrschaft des Staates, denn sie spiegelt die Einheit der Herrschaft lediglich wider. Deshalb sind die Herausforderungen der transnationalen Konstellation nur illustrativ. Weil Herrschaft immer zuerst ist, ist die Idee der Selbstgesetzgebung notwendigerweise widersprüchlich. Die »Pluralisierung des *kratos*« (ebd.: 30) führt dann bloß noch vor Augen, dass die Idee der Selbstgesetzgebung immer schon ein Mythos gewesen ist.

An dieser Stelle ist es sinnvoll, noch einmal ein staatlich begründetes und ein prozedurales Demokratiemodell zu unterscheiden. Die Unterscheidung beruht nicht, wie die Bezeichnung »prozedural« unter Umständen nahelegt, auf der verschiedenen Wertschätzung von Verfahren in beiden Modellen. Ein staatlich begründetes Demokratieverständnis, wie es vor allem Ingeborg Maus vertritt (vgl. Maus 1992; 2011), betont gerade die Notwendigkeit, Verfahren voneinander zu differenzieren, um so einen demokratischen Legitimationszusammenhang im Wege des Rechts einrichten und aufrechterhalten zu können. Wie Maus kaum müde wird zu erklären, müssen die judikativen und exekutiven Instanzen von der Mitwirkung an der Gesetzgebung ausgeschlossen werden. Zugleich dürfen die legislativen Instanzen den Einzelfall, auf den sodann das Gesetz angewendet wird, genauso wenig kennen, wie der konstituierenden Gewalt die konkreten Gesetzesvorhaben nicht bekannt sein dürfen. Die basale »Idee der Einheit und Unteilbarkeit der Volkssouveränität« (Maus 2011: 43) wird gerade von diesen strikten Differenzierungen getragen. Dass, wie Maus betont, der Volksbegriff »überhaupt nur aus der Entgegensetzung zum staatlichen Gewaltmonopol verständlich [ist]« (ebd.: 268), betrifft hier keinen existenziellen, vielmehr den legitimatorischen Zusammenhang, dass die Souveränität des Volkes auf Verfahren der Gesetz- und Verfassungsgebung beschränkt ist, von denen wiederum die exekutiven und judikativen Institutionen ausgeschlossen sein sollen. Demgegenüber bezweifelt ein prozedurales Demokratiemodell jene kategoriale Unterscheidung von rechtsetzenden und rechtsanwendenden Verfahren und die Möglichkeit einer gesetzesförmigen Determination der Herrschaft. Vielmehr ist in diesem Modell die Souveränität des Volkes von Beginn an prozedural aufgespalten.

Die hier diskutierten Positionen bilden insofern den Extremfall eines prozeduralen Demokratieverständnisses, als die Idee der Volkssouveränität und die Gemeinschaft des *demos* als Bezugsrahmen der Demokratie konsequent aufgegeben werden. Alle Verfahren und Institutionen, die aus den Adressat:innen des Rechts deren Autor:innen machen sollen, können Colliot-Thélène zufolge die Kluft zwischen dem Volk als Legitimationssubjekt und dem Volk als Herrschaftsobjekt nicht überwinden.

Die Verselbständigung der staatlichen Institutionen, die Maus (und Habermas) problematisieren, ist deshalb nicht per se kritikwürdig, sondern ein notwendiges, irreduzibles Moment. Erst jene Distanz bringt die Einheit des Volkes hervor. Aufgrund dieser »unüberbrückbaren Kluft« (Colliot-Thélène 2011: 80) kann von der Souveränität des Volkes oder Verfahren der Selbstgesetzgebung nicht ausgegangen werden. Vielmehr soll die Garantie und Inanspruchnahme der Rechte Herrschaft möglichst egalitär ausgestalten. Die Vertiefung und Ausweitung der Gleichheit, nicht das Ende der Herrschaft ist das Telos der Demokratie.

Weil die Einheit des Volkes der Ausübung rechtsförmiger Herrschaft nachträglich ist, sind auch Rechte immer nur als Gewährleistungen der Herrschaft, insbesondere des Staates, verständlich. Ihre Existenz beruht nicht, wie bei Habermas, auf Verfahren intersubjektiver Normbegründung. Sie sind das Resultat der Kämpfe gegen die Institutionen des Staates, die Befugnisse internationaler Organisationen oder die Macht der Unternehmen. Am Ursprung der Rechte befindet sich niemals die (politische) Selbstbestimmung, primär ist niemals die (politische) Gemeinschaft. Die demokratische Funktion der Rechte ist demnach nicht an einen legislativen Prozess der egalitären Teilhabe gebunden, in dessen Rahmen wiederum über die Hinsichten der Gleichberechtigung entschieden wird. Von zentraler Bedeutung ist vielmehr die Unbestimmtheit der Rechte, denn sie eröffnet die Chance der »Eroberung« (ebd.: 67) von neuen und der Ausweitung von bestehenden Ansprüchen. Die Forderungen der Rechtsgleichheit zielen, anders formuliert, auf die Nivellierung von Vorrechten, auf das Ende der Privilegien. Dabei geht es sowohl um Auseinandersetzungen vor Gericht als auch um die Interventionen sozialer Bewegungen (vgl. Colliot-Thélène 2018b).<sup>15</sup> Spielarten der rebellierenden Öffentlichkeit sind auf diese Weise nicht nur als Vorfeld des Gesetzgebungsprozesses bedeutsam,<sup>16</sup> ohne dass jedoch Colliot-Thélène das Recht als Medium der Demokratisierung relativieren möchte.<sup>17</sup> Weil die Form der subjektiven Berechtigung sowohl basal als auch unbestimmt ist, kann das Recht, unabhängig von seinen herrschaftlichen Ursprüngen, durch die Inanspruchnahme der Rechte egalitär transformiert werden. An die Stelle der wechselseitigen Konstitution von Volkssouveränität und Rechtsmedium treten die Behauptungen der Gleichheit, denn in

- 15 Insgesamt geht es um Formen und Verfahren der Rechtsgestaltung, die »sich am Rande der verfassungsmäßig festgelegten Verfahrensweisen entwickelt haben« (Colliot-Thélène 2011: 28).
- 16 So bei Habermas, siehe dazu *Kapitel 1.1.1*. Vgl. dazu auch die Unterscheidung von »konstitutioneller Demokratie« und »demokratischem Konstitutionalismus« durch Wollin (2016).
- 17 Das trennt die Position von Colliot-Thélène von Ansätzen, die solche Proteste als *acts of citizenship* verstehen (vgl. dazu programmatisch Isin 2008).

der Forderung gleicher Rechte »liegt der ganze Sinn der modernen Demokratie beschlossen.« (Colliot-Thélène 2011: 196)

Es ist dabei die Allgemeinheit des Gesetzes, die diese abstrakte Gleichheit der Rechte erst einsetzt. Das Gesetz »öffnet« die Herrschaft (vgl. ebd.: 91), weil und insofern es keinen konkreten Fall adressiert. So hält auch Hans Kelsen fest, dass mit Rechtsgleichheit immer nur die Gleichheit vor dem (formalen oder abstrakten, jedenfalls generellen) Gesetz bezeichnet sein kann. Mit dieser Gleichheit ist allein ein »immanente[s] Prinzip der Gesetzmäßigkeit der Gesetzanwendung, also nur statuiert, daß Normen normgemäß anzuwenden sind.« (Kelsen 1960: 146) Rechtsgleichheit ist auch für Colliot-Thélène nicht die Folge einer naturrechtlichen Begründung. Es ist erst die Herausbildung des Staates, die jene Gesetzmäßigkeit der Herrschaft etabliert: Ein von spezifischen Qualifikationen unabhängiger und insofern gleicher Besitz der Rechte ist das Produkt des »Gesetz[es] einer Territorialmacht, das unterschiedslos für alle Menschen gilt.« (Colliot-Thélène 2011: 56)<sup>18</sup> Der Zusammenhang von staatlicher Herrschaft, bürgerlicher Revolution und Gleichheit der Rechte besteht aber für Colliot-Thélène nur historisch. Er kann sich in der transnationalen Konstellation, in der die Einheit von Staat und Recht aufgebrochen ist, entlang der Garantie (und der Forderung) gleicher Rechte von neuem befestigen.

Entscheidend für dieses Projekt der Demokratisierung irreduzibler Herrschaft ist dabei der Abstand zwischen formaler und inhaltlicher (»wirklicher«) Gleichheit. Ein Gesetz ist insofern abstrakt, als es nicht für eine besondere Person oder eine besondere Situation gilt. Gleichheit ist hier die Eigenschaft einer unpersönlichen Regel. Die Forderungen der Gleichheit sind einerseits bezogen auf diesen formalen Aspekt der *Gleichbehandlung*, d.h. auf die »normgemäße« (Kelsen) Anwendung einer Regel entlang der Abstraktionen, die aus der Regel ein allgemeines Gesetz machen. Dabei ist die Allgemeinheit der Regel mit der Definition von spezifischen Vorrechten im Sinne personeller und sachlicher Qualifikationen durchaus vereinbar. Welche das sind, und wie diese Qualifikationen re-formuliert werden sollen, damit sich Gleichheit wirklich realisiert findet, ist, andererseits, ebenso Gegenstand der Gleichheitsforderungen. Sie beziehen sich also auf die normativen Eigenschaften einer Regel und interpretieren diese Regel anders. Die Forderung der

18 Erst im Fortgang des 19. Jahrhunderts wird die Gleichstellung der Einzelnen von der nationalen Zugehörigkeit absorbiert. In der Interpretation durch Colliot-Thélène läuft dieser Prozess – der von Arendt als die »Eroberung des Staates durch die Nation« (1986: 575) bezeichnet wurde – dem historischen Pfad der Individualisierung entgegen, also dem »Umstand, dass das Individuum in der Neuzeit als freies Subjekt betrachtet wird, das als solches Rechte besitzt« (Colliot-Thélène 2011: 38).

Gleichbehandlung geht demnach über die Allgemeinheit der Regel hinaus, um eine andere Gleichheit (oder andere Verallgemeinerungen) zu etablieren.

Unter den normativen Maßgaben der Herrschaft des Volkes wird der Abstand zwischen formaler und inhaltlicher Gleichheit durch das Verfahren der Gesetzgebung überbrückt, das die Gleichbehandlung der Einzelnen durch die Allgemeinheit der Teilhabe sicherstellt. Wie Habermas gegen Rousseau einwendet, kann von der »grammatische[n] Form« des Gesetzes allein nicht auf demokratische Legitimation geschlossen werden (Habermas 1994: 133). Nur durch die Inklusion der Rechtsträger:innen in den Prozess der Gesetzgebung kann über die Hinsichten der Gleichbehandlung so entschieden werden, dass dabei alle Einzelnen gleich viel zählen. An dieser zweifachen Gleichbehandlung – Resultat und Prozess – kann ein Demokratiemodell, das die Idee der Volkssouveränität verabschiedet hat, nicht festhalten. Hier soll, ohne Rekurs auf ein allgemeines Verfahren der Rechtsetzung, Inhaltsgleichheit aus formaler Gleichheit (immer wieder neu) hervorgebracht werden. Es geht demnach nicht um die *Konstruktion*, sondern um die *Rekonstruktion des Gesetzes*. Der praktische Modus dieser Rekonstruktion ist die Forderung gleicher Rechte.<sup>19</sup> Sie ist die Behauptung, dass ein Gesetz nur unvollkommen allgemein ist: dass die Gleichheit fälschlicherweise weiterhin, auf eine einzelne Gruppe etwa, begrenzt ist, die »Öffnung der Herrschaft« also noch nicht gelungen ist und vertieft werden muss, um wirklich Gleichheit zu erreichen. Das betrifft natürlich auch den Inhalt der Rechte selbst. Die Garantie subjektiver Rechte kombiniert, so Colliot-Thélène, die Unterwerfung der Einzelnen unter das Gesetz mit einer »Veränderbarkeit von Macht« durch dieselben Einzelnen (Colliot-Thélène 2011: 95), die als Rechtsträger:innen die Abstraktionen der Rechtsgleichheit neu und anders bestimmen können.

Modernes Recht besteht wesentlich aus Rechten, mit der Konsequenz, dass auch die Ausübung von Herrschaft, sobald sie auf das Recht zurückgreift, auf Rechten basieren muss. Dabei sind Rechte ein gestalten-des und ein ungemein gestaltbares Element des Rechts. Colliot-Thélène spricht deshalb im Hinblick auf die Figur der subjektiven Berechtigung von einer »leere[n] Form« (ebd.: 68), die entsprechend für die Demokratisierung von Herrschaft, d.h. für andere Bestimmungen der Rechtsgleichheit, eingesetzt werden kann. Diese Unbestimmtheit der Rechte erlaubt es, den jeweiligen *status quo* egalitär zu übertreten. Die Andersbestimmbarkeit subjektiver Rechte stellt das Potential bereit, die bestehenden Rechtsverhältnisse in die Richtung einer Ausweitung der Rechtsgleichheit zu überschreiten. Aufgrund dieser »Leere« sollen demnach die

19 Zur Performanz der Rechtsgleichheit vgl. bspw. Butler/Spivak (2007: 41 ff.), Balibar (2003: 94 ff.), Rancière (2011).

Rechte selbst als Bedingungen demokratischer Rechtserzeugung fungieren können. Der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung wird der Form der Rechte übertragen.

Selbstverständlich sind alle Rechtsnormen insofern auf eine moderate Weise unbestimmt, als sie auf einen konkreten Fall erst angewendet werden müssen.<sup>20</sup> Normen oder Regeln können die eigene Anwendung nicht determinieren, sondern sind auf ein »entscheidendes« Moment angewiesen. Der Vorgang der Anwendung kann nicht allein als ein deduktives Verfahren, also als die Subsumtion eines konkreten Sachverhaltes unter die Bestimmungen der Norm, erklärt werden. Rechtsanwendung ist nicht die mechanische Applikation der Norm auf den jeweiligen Fall, vielmehr beinhaltet jede Rechtsentscheidung ein »Moment inhaltlicher Indifferenz«, denn es »[muß] ein konkretes Faktum konkret beurteilt werden [...], obwohl als Maßstab der Beurteilung nur ein rechtliches Prinzip in seiner generellen Allgemeinheit gegeben ist. So liegt jedesmal eine Transformation vor.«<sup>21</sup> (Schmitt 2021: 36f.) Die Unbestimmtheit genereller Normen ist aber gleichzeitig ein graduelles Phänomen. Die Reichweite der »Transformation« ist unterschiedlich ausgeprägt, und es ist leicht einzusehen, dass die Unbestimmtheit der (Grund-)Rechte größer ist als bei anderen Rechtsnormen: Sie haben einen »lapidaren und, gesetzestechisch gesehen, durchaus fragmentarischen Charakter« (Böckenförde 1991b: 116) und bedürfen deshalb einer »ausfüllenden Interpretation« (ebd.: 115). Das betrifft sowohl den Kreis der Träger:innen als auch den Inhalt der gewährleisteten Berechtigungen.

Die Formulierung einer »leeren Form« der Rechte schließt an solche Beobachtungen der weitgehenden Unbestimmtheit an und betont davon ausgehend ein »dynamisches Potential« und den »emanzipatorischen Charakter« (Colliot-Thélène 2011: 68, 142) der Garantie und Inanspruchnahme der Rechte. Um »emanzipatorisch« zu sein, darf die Form der Rechte für den Prozess der Demokratisierung (für die Demokratie als Ausweitung der Rechtsgleichheit) nicht als Beschränkung wirksam werden. Im Anschluss an die Formulierung von Habermas sind demnach die Bedingungen freiheitlicher Rechtsetzung – ist die »Substanz der Menschenrechte« – für Colliot-Thélène in der Form der Rechte enthalten. Während Habermas zwischen verschiedenen Anspruchs- und

20 Die These einer »radikalen« – im Unterschied zur »moderaten«, sich auf die Notwendigkeit der Interpretation beziehenden – Unbestimmtheit, die von den *Critical Legal Studies* vertreten wird (vgl. Unger 2015: 26 ff.) geht über dieses Moment hinaus (vgl. Kress 1989). Die Leistung der Rechtsprechung, »Unbestimmbarkeit in Bestimmbarkeit [zu] transformieren«, betont Luhmann (1993: 320).

21 Diese Einsicht ist analytisch von dem Beharren auf einer »letzten Instanz« (vgl. z.B. Schmitt 2021: 38) der Souveränität in Form einer personalen Entscheidung zu differenzieren.

Verfahrenstypen unterscheidet, richtet Colliot-Thélène den Blick auf die offene Form der Rechte. Die Gleichberechtigung zur Rechtsetzung, die Habermas mit legislativen Verfahren allein verknüpft, kann so für Colliot-Thélène überall im Recht relevant werden. Dennoch möchte Colliot-Thélène an der normativen Qualifikation einer *demokratischen* Befähigung durch Rechte festhalten. Dazu soll, wie nun gezeigt wird, aus der Not der aufgeweichten Unterscheidung zwischen Rechtsetzung und -anwendung eine Tugend der Gleichheit werden.

Subjektive Rechte stellen das Motiv der Inanspruchnahme frei. Deshalb muss ein diskurstheoretisches Verständnis des Rechtsstaates die Teilnehmer:innen an der Gesetzgebung »mit den normativen Erwartungen der Gemeinwohlorientierung konfrontieren.« (Habermas 1994: 111) Obwohl es der Form nach genauso um Ermächtigungen zur Verfolgung subjektiver Interessen geht, dürfen für Habermas politische Freiheiten explizit »nicht *wie* von vereinzelt Privatrechtssubjekten [...] wahrgenommen werden.« (ebd.: 50) Auch Colliot-Thélène möchte die normativen Erwartungen an die Demokratie der Rechte aufrechterhalten. Die Demokratisierung der Herrschaft mittels Forderungen der Rechtsgleichheit darf kein richtungsloses Andersgestalten sein. Weil die Unterscheidung zwischen Autor:innen- und Adressat:innenrolle und die entsprechenden prozeduralen Abstufungen jedoch entfallen sind, muss sich die Tugend der Gemeinwohlorientierung auf die Rechte und Verfahren *in toto* erstrecken. Habermas kann die normativen Anforderungen der Demokratie zum großen Teil an die Eigenschaften der Gesetzgebung weiterleiten. Insofern kann er argumentieren, dass »die Kosten der angesonnenen staatsbürgerlichen Tugenden gering bleiben« (ebd.: 165). Das Selbstverständnis der Teilnehmer:innen und die Ausgestaltung von Verfahren bedingen einander, so dass die Gesetzgebung einen Wechsel von der strategischen zur performativen Einstellung zwar nicht erzwingen, aber motivieren kann. Die moralischen Konnotationen sind, entlang des komplementären Verhältnisses von Recht und Moral, auf ein geringes Maß zurückgenommen und auf das Verfahren der Gesetzgebung bzw. auf die Rolle der Autorin begrenzt. Hingegen muss Colliot-Thélène diese normativen Anforderungen generalisieren, so dass schließlich der Wille zur egalitären Abstraktion immer dann entscheidend wird, wenn es um das Recht geht.

Das Bild der Eroberung, das Colliot-Thélène bemüht, ist hier einschlägig. Von unterschiedlichen Angriffspunkten aus wird eine gegebene Ausgestaltung der Rechtsgleichheit und eine konkrete Verteilung der Rechte infrage gestellt, ohne dass über die Hinsichten der Gleichbehandlung von einem allgemeinen Standpunkt aus entschieden werden könnte. Allein die Gleichheit selbst gibt der Rekonstruktion des Gesetzes aus der Vielzahl von Perspektiven eine Richtung vor: »Das Prinzip der Rechtsgleichheit setzt fest, was *als demokratisch legitimes Recht gelten soll*.«

(Colliot-Thélène 2018a: 240) Zwischen der Gleichverteilung der Rechte und dem Anspruch der egalitären Berücksichtigung – zwischen formaler und inhaltlicher Gleichheit also – klafft eine prozedurale Lücke, die mit Intentionen und Zielen aufgefüllt wird. Die Rechtsträger:innen treten hier durchweg als Gesetzgeber:innen auf, denn die Einstellung der Allgemeinheit soll das Verfahren der gleichgewichtigen Berücksichtigung der Einzelnen ersetzen. So kann, wie Colliot-Thélène betont, eine »Klage vor juristischen Instanzen« dann und nur dann als ein Akt der Demokratisierung gelten, »wenn sie [die Klage] die Durchsetzung der Rechtsgleichheit intendiert.« (ebd.: 242) Das Motiv der Gleichstellung, die Intention der Gleichberücksichtigung wird maßgeblich, um die demokratische Qualität einer spezifischen Rechtsentscheidung zu bewerten. Weil die Auseinandersetzung um die Hinsichten der Gleichbehandlung ohne Rekurs auf den übergreifenden Bezugsrahmen des *demos* auskommen muss, wird Habermas' Unterscheidung zwischen verschiedenen Kategorien der Rechte und verschiedenen Formen der Rechtskommunikation zugleich eingeebnet und gesteigert. Sie wird eingeebnet, weil der Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung über die Gesetzgebung hinaus mit Colliot-Thélène in einer Vielfalt von Verfahren zu lokalisieren ist. Zugleich wird die Unterscheidung gesteigert, weil das Telos der Demokratie in die Bereitschaft der einzelnen Rechtsträger:innen zur Einnahme eines Standpunktes der Allgemeinheit zurückverwiesen wird. Die Eigenschaften spezifischer Verfahren können hier nicht mehr als Geländer der Rechtskommunikation dienen. Für den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung müssen die Einzelnen vielmehr selbst dem »Ziel« der Gleichheit »gerecht« werden (Colliot-Thélène 2018a: 242, 235). Es ist jedoch nicht leicht ersichtlich, wie dieser Fokus auf die Intentionen der Rechtfordernden mit der Zentralstellung der Rechte zusammengebracht werden kann, ohne zugleich die Trennung von rechtlichen Freiheiten und moralischen Pflichten zu revidieren, die in dieser Zentralstellung auch zum Ausdruck gelangt.

Darüber hinaus, so möchte ich nun argumentieren, steht infrage, inwiefern die Idee der Gleichheit als ein selbstverständliches Kriterium, hier: als Kriterium der demokratischen Legitimation von Rechtsentscheidungen fungieren kann, wenn es doch selbst auf einen Maßstab der Gleich- bzw. Ungleichbehandlung, also auf Hinsichten der Gleichheit angewiesen ist, um diese Orientierung bieten zu können. Die Feststellung von Ungleichheit (oder Gleichheit) ist von den konkreten Hinsichten abhängig, die eben dieser Feststellung zugrunde liegen. Deshalb ist, wie Kelsen betont hatte, die Rechtsgleichheit immer nur der Effekt der Gesetzesform. Dass Gleichheit, als ein »Reflexionsbegriff« (Geuss 2011: 106), von bestimmten Maßstäben abhängig ist, bedeutet, dass die Forderung der Gleichheit für sich genommen nichts besagt. Um keinen

Unterschied zu machen (Gleichbehandlung), muss zuerst ein Unterschied gemacht werden (Ungleichbehandlung), z.B. zwischen natürlichen und juristischen Personen oder zwischen Staatsbürger:innen und denjenigen, die von den ungerechtfertigten Vorrechten der Staatsbürger:innenschaft ausgeschlossen sind. Gleichheit allein ist ein tautologisches Unterfangen. Deshalb evoziert, so hält Cornelia Vismann fest, die »Idee der ursprünglichen, natürlichen Gleichheit [...] die Rhetorik des Dritten, eines Anderen, Fremden.« (Vismann 2012: 373) Welche Bestimmungen der Gleichheit die relevanten sind, muss entschieden, es muss unterschieden und getrennt werden. Als Leitidee ist die Gleichheit selbst funktionslos, d.h. sie kann nicht als Norm fungieren, die umstandslos anzuwenden wäre.<sup>22</sup> Die Entscheidung über diese Unterscheidungen wird von Colliot-Thélène nicht der Gemeinschaft der Rechtsträger:innen übertragen. Sie soll und – weil die Idee der Volkssouveränität als Bezugsrahmen aufgegeben wurde – muss von den Einzelnen selbst getroffen werden.

Die Forderungen der Gleichheit erscheinen hier somit als das Resultat der *subjektiven Rekonstruktion des Gesetzes*. Das zeigt sich insbesondere dann, wenn Colliot-Thélène zur Erläuterung des (direkten) Zusammenhangs von Berechtigung und demokratischer Befähigung auf die Praxis der Desidentifizierung zurückgreift, die Jacques Rancière als wesentlich für politische Handlungen bestimmt. Rancière versteht unter Desidentifizierung jene Handlungen, die den »Unterschied zwischen der ungleichmäßigen Verteilung der gesellschaftlichen Körper und der Gleichheit der sprechenden Wesen« inszenieren (Rancière 2002: 50). Politik ist für Rancière demnach die Konfrontation einer (»polizeilichen«) gesetzesförmigen Logik der je bestimmten Verteilung von Rechten oder Ressourcen mit der Forderung der Gleichheit. Wie Colliot-Thélène bemerkt, ist die Gleichheit für Rancière eine »Leitidee [...], die jene Bewegungen inspiriert und beflügelt, die die institutionalisierte Ordnung in Frage stellen.« (Colliot-Thélène 2011: 188) Die Forderung der Gleichheit ist demnach von grundlegender Bedeutung für politische Handlungen und Subjektivitäten. Aber die Gleichheit selbst ist – wie Rancière explizit sagt – gerade nicht das »Ziel« der Politik, »das sie sich zu erreichen vornimmt.« (Rancière 2002: 45) Dies nicht deshalb, weil die Politik insgesamt ziellos ist, sondern weil die Logik der Gleichheit als solche nicht zur Unterscheidung zwischen verschiedenen Ausprägungen des (»polizeilichen«) Gesetzes dienen kann. Sie kann das nicht tun, weil die Forderung der Gleichheit eben von bestimmten Hinsichten der Gleichbehandlung ausgehen muss, die Konfrontation dieser bestimmten, bestimmenden Hinsichten mit der Forderung der Gleichheit aber das Kennzeichen der Politik im Unterschied zur polizeilichen Identifizierung

22 »[D]as Prinzip der Gleichheit gibt es in jedem Moment nur *in* seinen verschiedenen und veränderlichen Anwendungen.« (Menke 2004: 50)

darstellt.<sup>23</sup> Deshalb bestreitet Rancière nicht, dass die Ausprägungen der Polizei unterscheidbar sind: die eine kann, aufgrund einer Vielzahl von Gleichheitsforderungen über die Zeit, besser sein als die andere. Aber die Polizei »bleibt deswegen nicht weniger das Gegenteil der Politik« (ebd.: 42), weil sie immer entlang von spezifischen Aufteilungen oder Verteilungen der Gleichheit, also durch Formen der Ungleichbehandlung, operiert.<sup>24</sup> Jede Evaluation unter Gesichtspunkten der Gleichheit ist strikt perspektivisch verfasst und nicht ohne Gemeinsamkeiten und also Gemeinschaften denkbar. Ohne die Bezugnahme auf eine Gemeinschaft (z.B. der Staatsbürger:innen oder der Menschen) – die Colliot-Thélène aus der Definition und Praxis der Demokratie heraushalten möchte – kann das Gleichheitsprinzip die Demokratisierung der Herrschaft gerade nicht anleiten.

So ist für Rancière, der Politik als die Disruption der Polizei konzipiert, die (politische) Praxis der Desidentifizierung von normativen Orientierungen und Gewichtungen gerade zu unterscheiden. Politische Akte bezeichnen hier vielmehr die »Konfrontation der Form mit dem Formlosen« (Menke 2015: 390) und also nicht Verfahren oder Handlungen, die Ordnungen der Ungleichheit an einer Idee der Gleichheit messen, die bislang verleugnet oder missachtet wurde. Politik ist nicht einfach die Denunziation einer »Lüge des Universellen« (Rancière 2002: 53) und bringt nicht ein den polizeilichen Unterscheidungen entgegenstehendes Prinzip von Normativität in Anschlag (vgl. Muhle 2012: 12). Deshalb handelt es sich bei der Prämisse der Gleichheit, wie Rancière festhält, um einen »leeren Anspruch« (Rancière 2002: 47). Die Logik der Gleichheit ist gleichbedeutend mit der »reine[n] Zufälligkeit der Ordnung« (ebd.: 42), also selbst Ausdruck fundamentaler Unbestimmtheit. Sie kann als Annahme oder Anspruch dienen, um eine gegebene Verteilung der Rechte infrage zu stellen und bestimmte Ungleichheiten auffällig zu machen. Auf Gleichheit kann man sich, wie auch Colliot-Thélène festhält, »berufen« (Colliot-Thélène 2011: 34). Aber die Forderung der Gleichheit selbst kann den Standpunkt des Allgemeinen nicht ersetzen. Denn Gleichheit als solche ist nur die Hinsicht einer anderen Regel, einer weiteren Verteilung, ohne selbst über den Maßstab dieser Neubestimmungen Auskunft geben zu können. Die Demokratie der Rechte, die Colliot-Thélène entwirft, ist daher normativistisch: Sie kann ihre normativen Grundlagen

23 Es ist demnach nicht einem bloßen Desinteresse geschuldet, dass in den Überlegungen von Rancière die »Bedeutung der Anerkennung von Rechten« für die Demokratie außer acht gelassen wird, wie Colliot-Thélène (2011: 20) bemängelt. Vielmehr ist ernst zu nehmen, dass Rancière (2011: 484) zufolge die Demokratie »die Macht derer [ist], die keine Berechtigung zur Machtausübung haben.«

24 Der »Grundsatz« der Gleichheit ist der Politik »nicht eigen« (Rancière 2002: 43), und gehört damit (auch) zur Polizei (vgl. Balke 2010).

nicht ausweisen und deshalb den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung nicht fassen.

### 1.2.2 Die Lernfähigkeit des Rechts

Die Eigenschaft der Rechte, sowohl für modernes Recht strukturbildend als auch weitgehend unbestimmt zu sein, soll ein Potential demokratischer Befähigung abseits von Verfahren der Gesetzgebung befestigen können. Rechte stehen Colliot-Thélène zufolge einer endlosen Vielfalt von Interpretationen und Interventionen in einer Mehrzahl von Verfahren offen, die deren Inhalt anders bestimmen und darüber die bestehenden Rechtsverhältnisse transformieren können. Karl-Heinz Ladeur entwickelt eine solche *intrinsische Politik der Rechte* unter ganz anderen Vorzeichen. In dessen Überlegungen wird die Idee der Volkssouveränität und damit die Figur der Selbstgesetzgebung ebenso problematisch. Die Unbestimmtheit der Rechte garantiert Ladeur zufolge aber nicht Möglichkeiten einer egalitären Rekonstruktion des Gesetzes, vielmehr forciert sie einen »spontanen« Prozess gesellschaftlicher Selbstorganisation.<sup>25</sup>

Der unmittelbare Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung ist hier, in den nun diskutierten Überlegungen, auf die Reproduktion der funktional differenzierten Gesellschaft ausgerichtet. In seiner ausdrücklich *postmodernen* Konzeption der juristischen Dogmatik und demokratischen Legitimation möchte Ladeur »von einer Philosophie der Gesetzgebung [...] Abschied [nehmen].« (Ladeur 1995: 85) Zwar gerät auch für Ladeur die (Idee der) Souveränität des Volkes unter den Druck der historischen Entwicklung. Doch dieser Abschied wird nicht, wie in der normativistischen Konzeption der Demokratie, die Colliot-Thélène entwirft, mit der Irreduzibilität der Herrschaft erklärt. Der Anlass der Verabschiedung ist ein Wandel der epistemologischen Bedingungen,<sup>26</sup> die Recht und Demokratie zugrunde liegen. In einer »a-zentrisch gewordenen Gesellschaft« (ebd.: 103) kann von keiner Stelle aus mehr die Komplexität sozialer Ordnung überblickt werden und muss die unitaristische Idee der Selbstbestimmung einer unbeschränkten Summe von Beobachtungsperspektiven Platz machen. Eine solche Gesellschaft ist, in einer Formulierung von Niklas Luhmann, auf dessen Einsichten sich Ladeur vielfach stützt, »ohne innere Repräsentanz« (Luhmann 1981b: 22). Weil eine Verständigung über gemeinsame Problembeschreibungen

25 »Spontan« ist allerdings nicht gleichbedeutend mit »selbstverständlich« oder »natürlich«! Im Gegenteil!« (Ladeur 2000: 75)

26 Diesen historischen Wandel beschreibt Ladeur als Übergang von der »Gesellschaft der Individuen« zur »Gesellschaft der Organisation« und weiter zur (gegenwärtigen) »Gesellschaft der Netzwerke« (vgl. z.B. Ladeur 2013a).

unmöglich geworden ist, kann die Gesetzgebung nicht mehr als organisatorisches wie (rechts-)normatives Zentrum der Gesellschaft auftreten. »Die demokratische Legitimation des Gesetzes kann nicht darüber hinwegtäuschen«, hält Ladeur fest, dass ein »für die Gesetzgebung erforderliche[s] Entscheidungswissen [...] nicht verfügbar ist.« (Ladeur 2004: 16) Aufgrund der funktionalen Differenzierung in eine Vielzahl von Teilsystemen wird Ungewissheit zum entscheidenden Faktor der Vergesellschaftung. Analog dazu kann ein einheitliches rechtsetzendes Subjekt, in individueller oder kollektiver Form, nicht mehr die Lasten der Erkenntnis und der problemadäquaten Entscheidung tragen. Das Subjekt bezeichnet, und das betrifft Ladeur zufolge insbesondere das Legitimationssubjekt des Volkes, nur den »pluralen Ort der Inszenierung« von Entscheidungen (Ladeur 1995: 44) unter den Umständen der Ungewissheit.

Jene spezifischen Bedingungen moderner Vergesellschaftung erklären den Vorrang von Ansprüchen der systemspezifischen Selbstregulierung vor den Steuerungsansprüchen der Gesetzgebung. Das Primat der Selbstorganisation von sozialen Subsystemen wiederholt sich in der Gegenüberstellung von privatem und öffentlichem Recht bzw. in der Dichotomie von Gesellschaft und Staat, die im Werk von Ladeur die systemtheoretische Perspektive im Anschluss an Luhmann ergänzt. Diese liberale Perspektivierung wird etwa daran deutlich, dass Ladeur den Prozess der gesellschaftlichen Selbstorganisation und die »Eigenrationalität« der Grundrechte mit der »Rationalität des Staates« kontrastiert (Ladeur 2004: 44, 60). Hingegen stellt der Staat bei Luhmann gerade kein eigenständiges Funktionssystem dar. Aufgrund der sozialen und epistemischen Komplexität müssen die Institutionen des demokratischen Rechtsstaates den opaken Charakter der funktional differenzierten Gesellschaft und die privat-rechtlichen Koordinationsleistungen als eigene Grenze anerkennen. Ein Demokratiemodell, das auf Verfahren der gesellschaftsweiten Selbstbestimmung und eine »Logik des Öffentlichen« (Ladeur 2000: 311) zurückgreift, ist somit aufzugeben. An dessen Stelle müssen die Problembeschreibungen von verschiedenen Sozialsystemen und »transsubjektiven«<sup>27</sup> Netzwerken rücken. Dabei wird zwar entlang der systemspezifischen Operationen der Beobachtung und Unterscheidung ein »übergreifender Gesamteffekt« hergestellt. Dieser Gesamteffekt ist »aber seinerseits nicht mehr der ›sensus communis‹ einer einheitlichen Weltsicht« (Ladeur 1995: 140). Die unterschiedlichen Beobachtungen kondensieren vielmehr in heterogene Formen gesellschaftlicher Rationalität,<sup>28</sup> die einerseits aufrechterhalten und geschützt werden

27 Vgl. zur Entgegensetzung von intersubjektiver und »transsubjektiver« Rationalität Ladeur (2000: 79f.).

28 Siehe zum systemtheoretischen Begriff der Rationalität auch *Kapitel 3.3.1.*

müssen. Deshalb, um den Prozess funktionaler Differenzierung zu erhalten, sollen aber – andererseits – die jeweiligen Binnenrationalitäten der Politik, der Wirtschaft oder der Wissenschaft einander irritieren und sich darüber im Laufe der Zeit transformieren. Diese beiden Funktionen des Schutzes und der Adaption gesellschaftlicher Selbststeuerung können Ladeur zufolge durch das Rechtssystem und insbesondere durch die Form der Rechte sichergestellt werden.

Ein angemessener Umgang mit der Ungewissheit und Unbestimmtheit des Sozialen besteht in der Multiplikation dieser Selbstbeobachtungen und Selbstbeschreibungen. Entgegen der Luhmann'schen Annahme einer weitgehend stabilen System/Umwelt-Unterscheidung betont Ladeur<sup>29</sup> den transitiven Charakter der jeweiligen Systemgrenze (vgl. Vesting/Augsberg 2013). »Das System befindet sich zwar nicht ständig in einem Prozeß grundlegender Neubestimmung«, dennoch ist ihm »gerade durch die Implikation der Beobachtung und der Beschreibung/Interpretation ein prozeßhaftes, zeitabhängiges Moment der Dauervariation eingeschrieben« (Ladeur 1995: 130). Unter den verschiedenen gesellschaftlichen Teilsystemen hat sodann das Rechtssystem im Allgemeinen und die Figur der Rechte im Besonderen die Funktion, eine solche Variabilität über die Zeit zu ermöglichen. Das betrifft vor allem das Verhältnis von normativen und kognitiven Operationen. Das Recht soll »Ungewissheit binden« (Ladeur 2000: 158) und muss dazu vom Prozess der gesellschaftlichen Evolution »lernen«.<sup>30</sup> Aus dieser kognitivistischen Perspektive<sup>31</sup> muss das Recht für Ladeur nicht begründungsfähiges, sondern anwendungsfähiges, kurz: es muss »selbstorganisationsgerecht[es]« Recht sein (Ladeur 2000: 93). Die Auszeichnung von in dieser Hinsicht geeigneten Verfahren und Mechanismen ist dabei bloß im Nachhinein, hinsichtlich der Auswirkungen auf den Prozess der gesellschaftlichen Selbstorganisation, möglich; mit Ausnahme der Faustregel allerdings, dass die fraglichen Regelungen möglichst »einfach« und »eher abstrakt« sowie geeignet für »Variation durch Anwendung« sein sollen (ebd.: 91, 131, 225). Das Verfahren der Gesetzgebung, das mit dem Anspruch einer detaillierten Gestaltung der zukünftigen Gesellschaft einhergeht, ist mit dieser Orientierung hingegen unvereinbar. Statt die legislativen

- 29 Unter der Überschrift »Das Rechtssystem als autopoietisches System?« hält Ladeur (1995: 162f.) gegen Luhmann am Beispiel des Rechts an der Möglichkeit flächiger intersystemischer Beziehungen fest: »Auch wenn das Rechtssystem natürlich nicht die Wirklichkeit abbildet und nur mit seinen Entscheidungen operieren [...] kann, so muß es sie doch auf die Selbstmodifikationsprozesse einstellen, die ständig in anderen Systemen erzeugt werden.«
- 30 Lernfähiges Recht: »[...] ein Begriff, dem N. Luhmann stets mit großer Skepsis begegnet ist.« (Ladeur 2013b: 106)
- 31 Die Bezeichnung »kognitivistisch« ist übernommen von Cappel (2006). Vgl. zum Demokratiebegriff auch Augsberg/Gostomzyk/Viellechner (2009: 72f.).

Verfahren mit sozialen Steuerungsaufgaben zu betrauen, geht es Ladeur gerade darum, variable Regulierungsformen zu institutionalisieren, die jene »a-zentrische« Selbstorganisation erlauben. Für das Rechtssystem bedeutet das, dass sich die kognitiven und die normativen Dimensionen der Rechtserzeugung miteinander verschränken müssen.<sup>32</sup> Die Verschränkung von Norm und Wirklichkeit beschreibt Ladeur als zirkulären Prozess der »Verschleifung« (Ladeur 1995: 212), in dessen Zuge ein post-modernes Recht »der Rückwirkung der Regelanwendung auf die Regel selbst« erzeugt wird.<sup>33</sup>

Ein soziales System besteht allein aus den selbstreferentiellen Operationen, die es von der Systemumwelt unterscheiden. Auch das Recht ist, als ein Sozialsystem, »nichts anderes [...] als die Geschichte seiner eigenen Bewegung« (Luhmann 1997: 116f.). Nur das Rechtssystem entscheidet darüber, was Recht ist, und es entscheidet nur darüber, was Recht ist. Aber die Rechtsproduktion beruht, so wendet Ladeur ein, auf epistemischen und kulturellen Voraussetzungen, ohne die ein fortlaufender Systemzusammenhang – die Erzeugung von Recht allein durch Recht – nicht stabilisiert werden könnte. Recht ist immer auch Konvention (vgl. Ladeur 2013c: 48). Weil ein Durchgriff der Gesetzgebung auf die ökonomischen oder wissenschaftlichen Binnenrationalitäten unter Bedingungen moderner Vergesellschaftung ausgeschlossen ist, besteht die Aufgabe des Rechts darin, solche Verfahren und Normen bereitzustellen, die für die »Fortsetzung der Selbstorganisation« erforderlich sind (Ladeur 1995: 212). Für Habermas fungiert das Recht als Medium, um Relationen der Reziprozität auf das Gefüge einer funktional differenzierten Gesellschaft zu übertragen. Die Gesetzgebung soll ihm zufolge die Eigenlogik von Sozialsystemen derart in den Griff bekommen, dass die einzelnen Rationalitäten zumindest stellenweise unterminiert werden – um auf diese Weise etwa »das kapitalistische Wirtschaftssystem zu zähmen« (Habermas 1994: 494). Im Ansatz von Ladeur ist die Gesetzgebung dagegen von nachrangiger Bedeutung, um Gesellschaften rational einzurichten. Das Recht kann die Selbstorganisation der Gesellschaft eben dadurch unterstützen, dass es auf Konventionalität bezogen bleibt. Das Recht ist und soll immer auch Konvention sein. Es geht dann in seinen Operationen von den etablierten Sozialnormen und Problembeschreibungen aus (vgl. u.a. Ladeur 2016a). Obwohl das Rechtssystem normativ geschlossen ist, ist es zugleich von einem »Rahmen des Vor-entschiedenen« abhängig

32 Der Netzwerkbegriff soll deshalb auch den Begriff der Verfassung und dessen Ausrichtung an zeitstabilen normativen Vorrangrelationen ersetzen (vgl. Ladeur 2011).

33 Die Bezeichnung als »post-modern« erklärt Ladeur unter Hinweis auf das »verstärkte Auftreten von Phänomenen der Selbstreferenz [...], insbesondere der Rückwirkung der Regelanwendung auf die Regel selbst.« (Ladeur 1995: 211)

(Ladeur 2013d: 81). Erst aufgrund von vorausliegenden epistemischen Prägungen und sozialverbindlichen Strukturen besteht das Recht als ein eigenständiges Funktionssystem. Es muss deshalb »mit der Erfahrung übereinstimmen« (Ladeur 2000: 150), um zu sein, was es ist, und um zu tun, was es tun soll. Rechts- und Sozialnormen sollen einerseits miteinander kooperieren. Dazu sind Verfahren für den »Wandel des Rechts« diesseits der expliziten Veränderung« (Ladeur 2018: 75), also diesseits der Gesetzesform, von zentraler Bedeutung.<sup>34</sup> Zugleich und andererseits sind Rechts- von weiteren Sozialnormen letztendlich nicht eindeutig zu unterscheiden, denn, wie Thomas Vesting im Anschluss an Ladeur erklärt, es »geht im Begriff der gesellschaftlichen Konventionen [...] um mit Recht vergleichbare Normen, um einen Fall von Normativität« (Vesting 2015: 113). Das Gesetz und das Gesetzmäßige nähern sich an. Konvention ist hier also nicht, wie im klassischen Rechtspositivismus, der Grund, sondern der Modus – die Art und Weise der Reproduktion – des Rechts. Im Recht verbinden sich das Gesetz und das Gesetzmäßige, die Norm und das, was normal ist.

Hinsichtlich dieser profunden Abhängigkeit von gesellschaftlichen Konventionen kann das Rechtssystem nicht länger einen spezifischen Zustand aufrechterhalten oder bestimmten Zielen wie der Gerechtigkeit dienen.<sup>35</sup> Es soll vielmehr einen anonymen Prozess der funktionalen Differenzierung forcieren, auf dem es selbst beruht. Dazu muss es *unvollständig* sein: Die »Unvollständigkeit« des Rechts ist »angesichts der Kontinuität der Selbstmodifikation der Gesellschaft nicht das Problem, sondern die Lösung« (Ladeur 1995: 235). So erlaubt das Recht einen angemessenen Umgang mit der Komplexitätssteigerung des Sozialen vor allem dann, wenn es darauf ausgerichtet ist, die eigene »Unvollständigkeit systematisch in Rechnung [zu] stellen.« (Ladeur 2000: 243) Dazu müssen die fraglichen Regelungen »immer stärker in ›Echtzeit‹ entstehen« (Ladeur 2016a: 20). Erforderlich sind, z.B. mit Blick auf die normativen Interaktionen zwischen Rechts- und Wirtschaftssystem, solche Formen der Verknüpfung, durch die das Recht »Funktionsbedingungen des Wirtschaftssystems an sich selbst abbildet.« (Ladeur 2000: 223) Hinsichtlich des Zusammenhanges zwischen sozialen (ökonomischen) und rechtlichen Normen muss diese »Verschleifung« immer unmittelbarer erfolgen. Verbunden mit dieser offenen Dynamik der Rechtspraxis ist ein Bedeutungszuwachs von Rechtsprechung und Rechtswissenschaft. An die Stelle der *Internalisierung* demokratischer Legitimation, wie noch bei Colliot-Thélène, tritt bei Ladeur deren *Externalisierung* im Rahmen

34 Ladeur spricht dabei von einer »Prozeduralisierung zweiter Ordnung« (vgl. Ladeur 2003; 2018).

35 »[...] der unmittelbare Durchgriff auf Gerechtigkeit [ist] unmöglich« (Ladeur 2014: 475).

einer sozialwissenschaftlich informierten Dogmatik, die ihrerseits an den gesellschaftlichen Wandel »anzupassen« ist (vgl. Ladeur 2007a: 169 ff.). Legitimes Recht ist also nicht zuerst egalitäres, sondern sozialadäquates Recht. Darauf wird gleich, entlang der frühen Überlegungen von Luhmann zur Rolle der (Grund-)Rechte, noch einmal zurückzukommen sein.

Subjektive Rechte sind insbesondere dazu geeignet, den Prozess gesellschaftlicher Selbstorganisation rechtsförmig freizusetzen. Sie fungieren Ladeur zufolge als ein Mechanismus der dynamischen Verschleifung von Rechts- und Sozialnormen. Jene Variationen im Gebrauch, die neues Recht generieren, unterstützen die Ausgestaltung und die wechselseitige Adaption der unterschiedlichen sozialen Rationalitäten und befestigen derart den Fortgang der funktionalen Differenzierung. Rechte fungieren als ein »Medium der gesellschaftlichen [...] Regelerzeugung« (Ladeur 2008: 110). Das gilt vor allem für »negative« Rechte, die einen großen Handlungsspielraum und darüber Möglichkeiten der Teilhabe an der gesellschaftlichen (im Kontrast zur allein legislativen) Regelerzeugung einrichten. Zur Begründung dieser prominenten Rolle der Rechte greift Ladeur auf klassische und neuere liberale Konzeptionen der Gesellschaftskritik zurück.<sup>36</sup> Negative Abwehrrechte deutet er dabei nicht vorrangig als Vorrichtungen zum Schutz der Individuen vor staatlichen Eingriffen,<sup>37</sup> vielmehr als Ermöglichungsbedingungen der nicht-hierarchischen (»privaten«) Koordination und Kooperation. Das »liberale Rechtsmodell« ist für Ladeur nämlich gerade dadurch gekennzeichnet, dass es auf die Idee der Souveränität gänzlich verzichtet:

Statt dessen akzeptiert es, daß nur im Meinen der Leute, nicht in der politischen Gemeinschaft eines »Volkes«, ein (unsicherer) Halt gefunden werden kann. Es »vergesellschaftet« Ordnungsbildung durch eine a-zentrische Distribution von Entscheidungsrechten, die die Selbsterzeugung [der Gesellschaft] [...] mit der Praxis der Selbstkoordination der Individuen verknüpft. (Ladeur 2000: 60)

Rechte dienen also nicht allein der Garantie subjektiver Freiheiten. Sie helfen vielmehr bei der »Gewährleistung einer experimentellen Selbstorganisation« der Gesellschaft (Ladeur 2013f: 532). Dabei bringt Ladeur die Garantie und Inanspruchnahme von Rechten explizit mit Deutungen des kapitalistischen Marktes als ein »Entdeckungsverfahren« (Hayek)

36 Ladeur greift, wie Brugger (2005: 266f.) erklärt, auf einen Strang des Liberalismus zurück, der jene mit der »Stärkung der Individuen [...] einhergehenden Vermittlungen und Aufbauleistungen in sozialem Handeln und gesellschaftlichen Wissen thematisiert«, die wiederum »im egoistischen, mechanistischen oder monadischen Liberalismus etwa bei Jeremy Bentham und James Mill« außen vor bleiben.

37 Vgl. dazu auch den Anschluss an Ridders Theorie »inpersonaler« Grundrechte bei Ladeur (2013e; 2022).

in Zusammenhang, das die Koordination von Handlungen dadurch erreicht, dass die Partikularinteressen der Teilnehmer:innen forciert werden (vgl. Ladeur 2000: 115 ff.).<sup>38</sup> Rechte erlauben es unter Umständen der Ungewissheit neue Konventionen herauszubilden: Die »Grundrechte selbst institutionalisieren ein vom demokratischen Verfahren der Selbstgesetzgebung zu unterscheidendes a-zentrisches Ordnungsprinzip« (Ladeur 2006: 348, Herv. J.H.). Weil (Grund-)Rechte Normativität und Konventionalität verbinden, bedeuten sie ein Potential gesellschaftlicher Selbstorganisation. Sie sind in dieser Hinsicht *politische*, weil auf die Ordnung der Gesellschaft bezogene, Rechte.

Durch die Gewährleistung von Rechten wird zugleich eine umfangreiche Politisierung, werden also die legislativen Ambitionen der expliziten Steuerung und Gestaltung, beschränkt. Das »a-zentrische Ordnungsprinzip« der Rechte kann dabei entlang der Schmitt'schen Unterscheidung zwischen »Normen« und »Normierungen« konzipiert werden. Zwar drücken sowohl Normen als auch Normierungen ein generelles Sollen aus. Doch während Normen eine Bandbreite möglicher Handlungen beinhalten, sind Normierungen »vorherbestimmt[]« und derart ein »[t]ypischer Ausdruck des Gesetzgebungsstaates.« Sie etablieren ein geschlossenes »Legalitätssystem«, das das »Leben« des Staates in seiner Gesamtheit erfassen soll (Schmitt 2012: 9). Man muss nur den Begriff des Staatslebens durch den Prozess gesellschaftlicher Selbstorganisation ersetzen, um die Argumentation von Ladeur wiederzufinden. Die Bedeutung der in Form der Rechte geschützten individuellen Freiheiten liegt darin, gegen die vorherbestimmenden Normierungen der Gesetzgebung die »Erzeugung des Neuen« (Ladeur 2000: 129) aus der vielgestaltigen Mitte der Gesellschaft heraus zu ermöglichen.

Durch (negative) Rechte wird, so die systemtheoretische Formulierung dieses Zusammenhanges, die Gesellschaft der funktionalen Differenzierung abgestützt. Um dieser zweifachen Funktion der Rechte nachzuspüren, Freiheiten auch als Institutionen und Verfahren gesellschaftlicher Selbstregulierung zu befestigen, ist es sinnvoll, die Überlegungen von Luhmann zur sozialen Funktion der Grundrechte miteinzubeziehen. Rechte wirken in dieser Interpretation als Schranken, die »gegen Tendenzen zu simplifizierender Entdifferenzierung schützen, die vom politischen System ausgehen können« (Luhmann 1965: 135). Sie schützen also nicht nur die Einzelnen vor staatlicher Herrschaft, sondern ebenso die Ausgestaltung der modernen Gesellschaft in eine Vielzahl von Funktionssystemen. Das beinhaltet Luhmann zufolge insbesondere den Schutz der Religion, der Wirtschaft oder der Wissenschaft – aber auch der »Systeminteressen der Persönlichkeit« (ebd.: 68) – vor einer unbeschränkten

38 Vgl. zur »Ermöglichung der Verfolgung von Eigeninteressen« im Rahmen einer post-modernen Verfassungstheorie auch Ladeur (2013d, hier: 96).

Politisierung. Dass es solche Rechte gibt, ist ihrerseits die Folge eines gesellschaftlichen Prozesses,<sup>39</sup> denn sie sind »zunächst ein faktisches Geschehen« generalisierter Erwartungen, »die im Zusammenhang einer sozialen Rolle aktuell werden und durchweg auf sozialen Konsens rechnen können.« (ebd.: 13) Rechte sind also selbst ein Effekt der gesellschaftlichen Entwicklung in Richtung funktionaler, rollenspezifischer Differenzierung. Sie werden nicht oktroyiert. Die Positivierung dieser Erwartungen ist vielmehr der sozialen Evolution nachträglich und tritt als »eine Art Sicherheitsverstärker« hinzu (ebd.: 185).<sup>40</sup> Grundrechte tragen zur Durchsetzung der modernen Gesellschaft bei und rechtfertigen so das eigene Dasein.<sup>41</sup> In der Form von Rechtsansprüchen, die am Vorrang der Verfassung teilnehmen, wird durch die Grundrechte also nur die Tatsache manifest, dass Rechte »keineswegs nur individuellen Interessen [dienen]« (Luhmann 1999a: 361).<sup>42</sup> Sie sind auch und zugleich funktional für die Entwicklung der Gesellschaft, deren Folge sie sind.

Die Funktionalität der Rechte beruht auf Vorgängen der Abstraktion. Subjektive Rechte erlauben es, Rechtsbeziehungen zusehends von reziproken Sozialbeziehungen abzuziehen, so dass auch Beziehungen der bloßen Komplementarität durch das Recht formuliert werden können. Sie eröffnen somit unbestimmte, unvorhersehbare (in der Terminologie von Ladeur: »unvollständige«) Ordnungsmuster. Denn bei komplementären Beziehungen geht es allein um korrespondierende Erwartungen, bei reziproken Beziehungen hingegen außerdem um Leistungen, die füreinander erbracht werden.<sup>43</sup> Reziprozität bedeutet die »unmittelbar-konkrete Verzahnung von Rechten und Pflichten als Bedingung für Rechtllichkeit schlechthin« (ebd.: 368). Von diesen gleichläufigen Beziehungen sehen Rechte ab und sind dadurch selbst wiederum für das Rechtssystem funktional. Weil das Recht in Form der Rechte von konkreten Verpflichtungen unabhängig wird, kann es sich als ein eigenständiges, von reziproken Beziehungen unabhängiges System erst herausbilden (vgl. Luhmann 1993: 483). Die Einzelnen können sich durch die Figur der Rechte auf einen individualisierten (»subjektiven«) Anspruch beziehen, um für Handlungen Rückhalt im Rechtssystem zu finden. Es werden

39 Luhmann unterscheidet demnach zwischen der *sozialen Institutionalisierung* und der *rechtlichen Positivierung* der Grund- bzw. Menschenrechte (vgl. Verschraegen 2006; Dammann 2011; Japp 2015).

40 Das schließt an die Funktion der »zeitstabilen« Sicherung von Erwartungen an, die für das Recht insgesamt zentral ist (vgl. Luhmann 1993: 124 ff.).

41 Luhmann (1965: 197) spricht explizit von einer »Daseinsrechtfertigung«.

42 Zur abstrahierenden und zugleich individualisierenden Funktion subjektiv-rechtlicher Personalisierung vgl. die hilfreiche Rekonstruktion bei Heller (2018: 303 ff.).

43 Die Leistungen müssen nicht gleichwertig sein, es muss aber die »die Möglichkeit einer inneren Gerechtigkeit« bestehen (Luhmann 1999a: 363).

Beziehungen möglich, die allein auf Rechten (oder auf Pflichten) basieren – Beziehungen, die kein konkretes Gegenüber mehr kennen und damit, sozial betrachtet, für sich allein stehen.

Aufgrund der Rechte kann also ein verbindlicher Anspruch entlang von weiter gefassten, lockeren Verhältnissen der bloßen Komplementarität existieren. Im Wege des Rechts der Rechte kann dadurch eine bislang unbekannte Vielfalt von Sozialbeziehungen geknüpft werden, mit der Folge der Emanzipation der Einzelnen von primären Formen gemeinschaftlicher Zugehörigkeit und der Orientierung an feststehenden Gemeininteressen. Diese Individualisierung ist ein Ausweis der sozialen Funktionalität der (Form der) Rechte. Die rechtsförmigen Sozialbeziehungen werden nun allein durch den »im Recht vorausgesetzten Interessenausgleich« getragen (Luhmann 1981a: 68). Vor der Abstraktion von Reziprozität konnte etwas nur unter Bezugnahme auf bereits bestehende Bindungen rechtens heißen. Von derartigen vorausliegenden Bindungen sehen die Form und Semantik der Rechte ab. Bedeutsam für das Zustandekommen von Rechtsbeziehungen sind nur die »Selektionen« der Rechtsträger:innen, die mit dem »bloßen Erleben« der Verpflichteten korrelieren (ebd.: 75). Anders formuliert, erlauben subjektive Rechte die Abstraktion von substantiellen Kriterien der Rechtsträger:innenschaft. Luhmann beschreibt die Wirkungen dieser sozialen Innovation als *Elastizität* (vgl. Luhmann 1981a: 73; 1999a: 371). Damit ist gemeint, dass die Figur der subjektiven Berechtigung »mehr sozialen Beziehungen Rechtsqualität verleihen [kann]« (Luhmann 1999a: 365). Das Recht wird elastisch, kann über den Horizont der bestehenden Sozialbeziehungen und Ordnungsmuster ausgedehnt werden. Es hat, aufgrund der Form der Rechte, ein »höheres Potential für Komplexität« (ebd.) und kann auf diese Weise zur Differenzierung und Interdependenz von gesellschaftlichen Teilbereichen und sozialen Rollen beitragen.

Dass die Individuen mittels Rechten aus Beziehungen der Reziprozität herausgelöst werden, ist also sowohl Folge als auch Grund der funktionalen Differenzierung. Eine nach Funktionssystemen geordnete Gesellschaft ist auf den effektiven Schutz spezifischer Sozialrollen angewiesen, denn es »kann [...] kein soziales System ohne Inklusion zustande kommen.« (Luhmann 1989: 162) Dabei bedeutet Inklusion die Möglichkeit, an der systemspezifischen Kommunikation teilzunehmen. Diese Kommunikation darf nicht aufhören, wenn das System weiter existieren will.<sup>44</sup> Es muss Kläger:innen, Forscher:innen oder Verbraucher:innen geben (können). Es ist aber nicht nötig, dass alle Rollen durch alle übernommen werden können. Wie Luhmann in seiner Diskussion

44 »[...] ein soziales System, das nicht in der Lage wäre, neue Kommunikationen zu generieren, wäre als System zum Verschwinden bestimmt« (Baraldi/Corsi/Espósito 1999: 30, unter dem Eintrag »Autopoiesis«).

des Wohlfahrtsstaates formuliert, ist die Ungleichheit der Teilhabemöglichkeiten nur dann problematisch, wenn »sie durch das Differenzierungsschema der Gesellschaft nicht mehr getragen [...] wird.« (Luhmann 1981b: 27) Der Schutz sozialer Rollen zum Zweck der Systemreproduktion kann also durchaus mit der ungleichen Verteilung dieser Teilhabemöglichkeiten einhergehen. Dass für das Rechtssystem Kläger:innen existieren müssen, bedeutet nicht, dass alle vor Gericht ziehen können müssen. Solange solche Ungleichheiten nicht »funktionslos« sind (ebd.), besteht für Luhmann kein Handlungsbedarf (bzw. ist die Ungleichverteilung der Teilhabe »gerechtfertigt«). Die Organisation dieser Rollenvielfalt kann wiederum ein elastisch gewordenes Recht übernehmen. Es bietet, durch die Abstraktion von Reziprozität, die nötige Variabilität für die Formalisierung einer Mehrzahl sozialer Rollen derselben Person. Die Inklusion der Individuen wird – obwohl Luhmann zu Beginn noch von der Funktion der gesellschaftlichen »Integration« spricht (Luhmann 1965: 200) – strikt als Teilhabe an den verschiedenen Funktionssystemen verstanden.<sup>45</sup> (Grund-)Rechte können somit als Kompensation für den Verlust stabiler sozialer Positionen aufgefasst werden. Während in der Ständegesellschaft die einzelnen Personen gesellschaftlichen Schichten exklusiv zugewiesen sind, muss unter Bedingungen der funktional ausgerichteten Differenzierung »die Beteiligung des Einzelnen an der Gesellschaft in andere Formen gebracht werden« (Luhmann 1981a: 83). Die »Symbolik« von subjektiven Rechten ist dafür insbesondere geeignet (ebd.: 84), denn der Bezug auf Subjektivität bringt zum Ausdruck, dass die Einzelnen als Individuen, d.h. unabhängig von die eigene Rechtsstellung determinierenden sozialen Positionen und Beziehungen einen Anspruch auf Inklusion geltend machen können.

Die konkreten Rechte auf und die präzisen Regelungen der Inklusion werden jedoch systemintern bestimmt. Die Bestimmungen über die Teilhabe am Bildungs- oder am Rechtssystem werden ebenso wie die Voraussetzungen zur Teilhabe am System der Wirtschaft durch das System selbst festgelegt. Diese Bestimmungen spezifizieren die Gleich- bzw. Ungleichbehandlung der Einzelnen aus der jeweiligen Systemperspektive. Luhmann spricht deshalb auch von »systemspezifische[n] Allgemeinbegriffe[n]« (1993: 415). Nur diejenigen, die einen bestimmten Schulabschluss vorweisen können, bekommen Zugang zum Bildungssystem und werden somit in dieser spezifischen Hinsicht gleich behandelt. Zugleich stellt das Recht Mechanismen bereit, um diese Gleichbehandlung der Individuen entlang der systemspezifischen Definitionen zu überprüfen und Diskriminierungen zu sanktionieren. Die Gleichheit vor dem Gesetz ist deshalb mit dem »allgemeine[n] Strukturgesetz sozialer Differenzierung« verbunden (Luhmann 1965: 180). Nur wenn die systeminternen

45 Hingegen taucht der Begriff bei Ladeur (vgl. 2013d: 96) durchaus auf.

Kriterien der Gleichbehandlung auch tatsächlich angewendet werden, kann schließlich die Spezifizierung sozialer Rollen gelingen. Die Inklusion der Schülerin in das Bildungssystem darf auf Dauer nur aufgrund des Abschlusses, nicht aufgrund der wirtschaftlichen Potenz der Eltern erfolgen. Eine solche Ökonomisierung würde der Entwicklung funktionaler Differenzierung entgegenstehen, denn sie bringt in der Luhmann'schen Terminologie eine »funktionslose« Ungleichbehandlung hervor. Aus diesem Grund ist das »Recht auf Gleichheit« von fundamentaler Bedeutung für die Idee der Grund- bzw. Menschenrechte (Luhmann 1993: 115), die ihrerseits als Mittel der Inklusion in eine Vielzahl von gesellschaftlichen Teilbereichen fungieren.

Die Elastizität der Rechte trägt auf diese Weise zur Aufrechterhaltung von sozialen Systemen und den korrespondierenden Funktionsrollen bei. Mindestens ebenso relevant ist die systemeigene Adaption an die jeweiligen Umwelten. Auch in dieser Hinsicht ist die Form der Rechte sozial-funktional. Denn durch die Formulierung und Institutionalisierung subjektiv-rechtlicher Freiheiten wird in den einzelnen Systemen ein »Bereich der Indifferenz« eingerichtet (Luhmann 1965: 35). Hier können dann systemfremde Orientierungen wirksam werden. Rechte sind also nicht nur Mittel der Entflechtung und Trennung von gesellschaftlichen Rollen. Sie dienen auch der »wechselseitige[n] Beeinflussbarkeit und Anpassungsfähigkeit« von Teilsystemen (Luhmann 1965: 36) und somit dem »Offenhalten von Zukunft« (Luhmann 1993: 116). Entscheidend ist hier wiederum die Unbestimmtheit der Rechte. Denn Rechte-als-Freiheiten bedeuten ein Nicht-Festgelegtsein (vgl. Luhmann 1965: 36). Unbestimmte subjektive Rechte stellen auf diese Weise »Möglichkeiten abstrakter Systemsteuerung« dar (Luhmann 1999a, Herv. J.H.), die die Aufmerksamkeit für die Systemumwelten steigern, weil sie es erlauben, den etablierten Eigenlogiken entgegenzuarbeiten. Diese Funktion der systeminternen Adaption an die Anforderungen der Umwelt ist deshalb relevant, weil für Luhmann wie für Ladeur Vergesellschaftung nur auf »a-zen-trische« Weise, also nicht allein im Rahmen des Gesetzgebungsprozesses, erfolgen kann.

Um jene Adaptionleistungen auch wirklich erbringen zu können, müssen Rechte in gewisser Hinsicht zwecklos sein. Nur durch die Gewährleistung von weitreichenden, wenig normierten Freiheiten kann die Funktion der Rechte sichergestellt werden, dass »zwanglos und in bunter, widerspruchsreicher Fülle Normen, Rollen und Institutionen gebildet und ausprobiert werden [können].« (Luhmann 1965: 102) Dieses Verständnis der sozialen Funktionalität der Rechte-als-Freiheiten legt nahe, dass Inklusion durchaus auch »positiv« herbeizuführen ist. Es geht also nicht allein um den Abbau von Zugangsbeschränkungen und den Schutz von »negativ« konzipierten Freiheiten. Es muss sichergestellt sein, dass Institutionen gebildet und Rollen probiert werden können. Doch Rechte

müssen für Luhmann und Ladeur zuerst Freiheiten schützen, um den zukunfts offenen Zusammenhang zwischen subjektiver Berechtigung und der Anpassung der Umweltbeziehungen nicht stillzustellen. »Die Garantie von Freiheiten ist nichts anderes als eine Garantie von Kommunikationschancen.« (ebd.: 23) Als *Chancen* der Kommunikation bedürfen Rechte der Institutionalisierung. Als Chancen der *Kommunikation* müssen Rechte ermöglichen, etwas Neues oder Anderes zu sagen. Sobald Inklusion vor allem politische (bzw. politisierende) Eingriffe bezeichnet, die, wie Luhmann mit Blick auf den Ausbau wohlfahrtsstaatlicher Leistungen beobachtet,<sup>46</sup> in einer »immensen Zahl von neu geschaffenen subjektiven Rechten« Niederschlag finden (Luhmann 1981a: 88), steht dieser systemtheoretische Zusammenhang infrage. Denn Rechteals-Freiheiten werden hier »durch eine Vielzahl von Regulierungen eingeschränkt« (ebd.) und können, so legt es Luhmann nahe, aufgrund dieser Determinationen, aufgrund von detaillierten Normierungen, nicht länger zur »Anpassungsfähigkeit« von Sozialsystemen beitragen.

Die elastische Form der Rechte stützt den Pluralismus der sozialen Rollen und Systemrationalitäten ab. Ladeur greift die Luhmann'sche Beobachtung, dass (Grund-)Rechte den Prozess funktionaler Differenzierung abbilden und ausgestalten, ausdrücklich mit einer »normativen Wendung« auf (Ladeur 2013f: 532, Fn. 79). Im Kontrast zu Luhmann ist dabei die Funktionalität der Rechte allerdings nicht allein auf die Abwehr von Bestrebungen der Politisierung beschränkt. Grundrechte können zum Beispiel auch jene privat-rechtlichen Ordnungsmuster »irritieren« (Ladeur/Vielnecker 2008: 677), die allein wirtschaftlichen Rationalitätskriterien folgen. Ihre Funktion bleibt aber, wie bei Luhmann, auf die Gleichverteilung von systemspezifischen Teilhabemöglichkeiten bezogen. Im Hinblick auf den pluralen Prozess der gesellschaftlichen Selbstorganisation etablieren Rechte »ein Verhältnis der Partizipation, ohne ein Verhältnis der Zugehörigkeit zu sein« (Ladeur 1995: 149). Weil ein direkter Zugriff auf die Organisation des Sozialen unmöglich (geworden) ist, spricht Ladeur mit Blick auf diese Teilhabemöglichkeiten von einem »Recht auf Mit-Konstruktion« (ebd.: 210) und einer »nicht-hierarchischen Variante der Demokratie« (Ladeur 2013g: 632). Mittels der Institutionalisierung grundrechtlicher Freiheiten finden die einzelnen Sozialteilnehmer:innen Berücksichtigung, ohne dass deshalb – aufgrund der Unbestimmtheit der Rechte – die Selektivität der Systemoperationen und das Primat der Selbstregulierung infrage gestellt wird.

Der Fokus auf die »Negativität« der Rechte akzentuiert diesen Zusammenhang zwischen gesellschaftlicher Selbstregulierung und der Unbestimmtheit der Rechte. Weil ein auf den Schutz von individuellen

46 »Wohlfahrtsstaat, das ist realisierte politische Inklusion.« (Luhmann 1981b: 27)

Freiheiten ausgerichtetes Recht durchaus »Selbstblockierungen der Gesellschaft« (Ladeur 2013f: 539) nach sich ziehen kann, betont Ladeur zwar die Notwendigkeit von inhaltlich stärker determinierten Teilhabeansprüchen. Die Selbstkoordination der privaten Individuen und die Selbstorganisation von Sozialsystemen kann sich auch selbst gefährlich werden. Grundrechte können deshalb, als Reaktion auf diese Gefährdungen, auch als positive Rechte konzipiert und praktiziert werden. Aber mit Blick auf die Funktion der Rechte, Möglichkeiten der gesellschaftlichen Regelerzeugung zu institutionalisieren, müssen solche substantiellen Inklusionsgarantien wiederum – vor allem durch die Rechtswissenschaft und Rechtsprechung – auf eben jene Funktionalität hin untersucht werden.<sup>47</sup> Es muss, so Ladeur, das »Problem der Wechselwirkung zwischen der Selbstorganisation der privaten Gesellschaft und der staatlichen Schaffung von sozialen Rechten« adressiert werden (Ladeur 2000: 256). Denn subjektive Rechte im Rahmen des Sozialstaates operieren so, dass ein spezifischer Zustand oder ein konkretes Ziel normativ ausgezeichnet wird und stehen damit, wie schon Luhmann beobachtet hatte, im Widerspruch zur »Anpassungsfähigkeit einer komplexen Gesellschaft« (Ladeur 2007b: 86). Die »a-zentrische« Gesellschaft ist Tatsache und Norm, Sein und Sollen. Nur solche Rechte, die den Prozess sozialer Evolution reflektieren, ohne ihn zu überformen, können zum funktionalistischen Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung beitragen.

Die demokratische Funktion der Rechte basiert somit schlussendlich sowohl für Colliot-Thélène als auch für Ladeur auf der formalen Eigenschaft der Unbestimmtheit. In der »leeren Form« der Rechte ist der unmittelbare Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung begründet. Für Ladeur (und Luhmann) hat die Garantie von Grundrechtspositionen den Sinn, an sozialen Funktionssystemen teilnehmen zu können. Rechte sorgen für Inklusion und forcieren derart den Prozess funktionaler Differenzierung. Die konkreten Verallgemeinerungen der Teilhabe werden dabei systemintern geregelt. Allein dass Inklusion sichergestellt ist, kann hier als normatives Substrat dienen. Die Funktion der Rechte besteht in der Abstraktion von Beziehungen der Reziprozität *im Zuge* des Schutzes von spezifischen Teilhabemöglichkeiten. Die Unbestimmtheit der Rechte und damit das Potential demokratischer Befähigung ist auf diese Weise immer schon sozial gesättigt. Die Abstraktionen der Rechtsgleichheit können das fokale System nicht hinter sich lassen, denn subjektive Rechte sind als ein »Medium gesellschaftlicher Regelerzeugung« (Ladeur) selbst ein Element der selbstgesetzlichen Systemreproduktion. Die

47 Das folgt wiederum Luhmann (1981b: 14, 156), der das »Anmelden von Ansprüchen« im Zuge der wohlfahrtsstaatlichen Entwicklung mit einer »harte[n] Pädagogik der Kausalität« konfrontiert.

Forderungen der Gleichheit, die Colliot-Thélène ins Zentrum rückt, richten sich genau gegen diese bestimmten und vermeintlich selbstverständlichen Inklusionskriterien. Sie problematisieren die Verbindung gleicher Rechte mit spezifischen sozialen Rollen sowie gesellschaftlichen Konventionen und drängen auf andere Abstraktionen. Die Gleichheit der Rechte soll hier dem »Strukturgesetz sozialer Differenzierung« (Luhmann) entgegenarbeiten, statt es zu befestigen.

Hinsichtlich der Rolle gleicher Rechte stehen sich die Konzeptionen von Colliot-Thélène und Ladeur deshalb strikt entgegen. Sie sind insofern paradigmatisch, als sie den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung aus exakt entgegengesetzten Richtungen betrachten. Das wird noch einmal deutlich, wenn danach gefragt wird, auf welche Weise sich in beiden Ansätzen Rechte von Privilegien unterscheiden. In der funktionalistischen Interpretation durch Luhmann und Ladeur sind Rechte keine Privilegien, weil und insofern sie von sozialen Positionen abstrahieren und derart Inklusion gewähren. In der normativistischen Interpretation durch Colliot-Thélène sind Rechte keine Privilegien, weil und insofern sie die konkreten Bestimmungen der Rechtsgleichheit transzendieren. *Aus dem Blickwinkel der Gleichheit* bleibt die Gleichbehandlung aufgrund systemspezifischer Inklusionskriterien notwendigerweise unvollkommen. Hier soll die Gleichheit der Rechte über jene konkreten Teilhabemöglichkeiten der Politik, Wirtschaft, Wissenschaft etc. hinaus ausgeweitet werden. *Aus dem Blickwinkel sozialer Differenzierung* jedoch bleibt ein »leerer« Anspruch der Gleichheit zwingend auf die Justierungen der Teilhabemöglichkeiten bezogen, die ein anonymer Prozess der gesellschaftlichen Selbstorganisation hervorgebracht hat. Nur dort kann, anhand spezifischer Kriterien, über Gleich- bzw. Ungleichbehandlung sinnvoll entschieden werden. Die fortdauernden Unterscheidungen zwischen »allgemeinen« Rechten und »partikularen« Ansprüchen, die den normativistischen Ansatz motivieren, sind, so wendet die systemtheoretische Betrachtungsweise ein, von konkreten Hinsichten der Gleichheit abhängig. Die Forderung der Egalität trifft immer bereits auf eine Vielzahl von Systemperspektiven, hinter die es für den funktionalistischen Ansatz kein Zurück gibt. Beide Blickwinkel widerstreiten einander somit unauflöslich.

Dieses Oszillieren zwischen einer normativistischen und einer funktionalistischen Betrachtungsweise ist wiederum Ausdruck des gemeinsamen Ausgangspunkts: eines in der Form der Rechte selbst begründeten Zusammenhanges von Berechtigung und demokratischer Befähigung. Sowohl die normativistische als auch die funktionalistische Konzeption der Rechte geben die Idee der Volkssouveränität auf. Das hat auf den ersten Blick den Vorzug, die demokratische Funktion der Rechte in einer Mehrzahl rechtserzeugender Verfahren und damit auch jenseits der Matrix des demokratischen Rechtsstaates lokalisieren zu können.

Während Habermas den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung für Konstellationen reserviert, die unter Bezug auf die formalen Eigenschaften des Gesetzgebungsprozess entfaltet werden können, reicht für Ladeur und Colliot-Thélène die Form der Rechte für eine Demokratie der Rechte hin. Mit der Verabschiedung der Volkssouveränität wird aber die Gleichverteilung der Teilhabemöglichkeiten entweder vollkommen abstrakt, nämlich zur Forderung der Gleichheit an und für sich. Oder die Definition gleicher Teilhabemöglichkeiten wird vollkommen (system-)relativ und erweist sich als schlichtes Abbild der funktionalen Differenzierung.

Im nächsten Kapitel möchte ich deshalb hinter die diskutierten Alternativen zurücktreten und argumentieren, dass der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung nicht auf die Gesetzgebung allein beschränkt ist. Er ist jedoch auch nicht aus dem normativen Horizont der Souveränität des Volkes vollends herauszulösen und mit der Form der Rechte zu identifizieren. Im Unterschied zu diesen beiden Positionen ist die Inanspruchnahme von fundamentalen Rechten in der Lage, Volkssouveränität egalitär zu durchbrechen. Rechte wenden den selbstbezüglichen Manifestationen der Herrschaft – der Herrschaft im Namen *des* Volkes – die Gleichberücksichtigung der Einzelnen als eigenen, bislang uneingelösten Anspruch entgegen. Sie können so, als ein »generatives Prinzip« der Demokratie, auch unter Bedingungen der transnationalen Konstellation wirksam werden.

## 2. Politische Formen

*»Alles spricht, das heißt auch, daß die Hierarchien der Repräsentationsordnung abgeschafft werden.«<sup>1</sup>*

*»So gesehen wird das Volk in dem Moment, in dem es [...] wählt, verkürzt und geht beinahe verloren.«<sup>2</sup>*

In der transnationalen Konstellation kann nur noch ein prozedurales Demokratiemodell Halt finden. Denn hier entfallen die Voraussetzungen eines staatlichen Demokratieverständnisses, nämlich sowohl die Einheit der Herrschaft als auch die Einheit des Rechts. Die Souveränität des Volkes kann den rechtsförmig eingerichteten Herrschaftsinstanzen nicht mehr strikt entgegengesetzt werden, sobald das Medium dieser unzweideutigen Entgegensetzung porös geworden ist.<sup>3</sup> Ein staatlich begründetes Demokratiemodell geht von der Idee der Selbstgesetzgebung aus und unterscheidet kategorial zwischen der Rolle der Rechtsautor:innen und der Rolle der Rechtsadressat:innen. Die demokratische Funktion der Rechte ist hier auf politische Freiheiten und auf Verfahren der Gesetzgebung beschränkt. Hingegen kann ein prozedurales Demokratiemodell den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung auch unter den Bedingungen transnationaler Rechtserzeugung entfalten. Es betont den zerstreuten Charakter der Volkssouveränität im Rahmen einer nur graduellen Unterscheidung zwischen Verfahren der Setzung und der Anwendung von Rechtsnormen, mit der Folge, die Gesetzgebung als einzigen »echten« Ausdruck der Herrschaft des Volkes zu relativieren.

Ich habe im vorherigen Kapitel zwei Weisen skizziert, den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung auch abseits von legislativen Verfahren zu lokalisieren. So tritt bei Habermas an die Stelle einer scharfen Trennung zwischen Rechtsetzung und -anwendung die Unterscheidung von rechtsbegründenden und rechtsanwendenden Diskursen. Diese Rekonstruktion der normativen Implikationen des Rechtsstaates tendiert zwar einerseits dazu, die Gesetzgebung als alleinigen Pfad der Herrschaftslegitimation insofern infrage zu stellen, als Volkssouveränität und Rechtsmedium einander in Form setzen. Zugleich und andererseits hält Habermas aber an der Gleichheit der Teilhabe im Hinblick auf eine Rechtsgemeinschaft fest. Demokratische Legitimation können nur solche Verfahren für sich beanspruchen, die die Souveränität des Volkes

1 Rancière (2006: 27).

2 Butler (2016: 218).

3 Siehe dazu Einleitung zu *Teil II*.

im Wege des Rechts manifestieren oder herstellen.<sup>4</sup> In den Ansätzen von Colliot-Thélène und Ladeur wird dagegen diese Idee der Volkssouveränität als normativer Horizont der Demokratie aufgegeben. Sie übertragen den Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung vielmehr auf die Formeigenschaften der Rechte. Demokratisch befähigend sind Rechte diesen Überlegungen zufolge, weil und wenn sie der Ausweitung rechtlicher Gleichheit dienen oder den Prozess gesellschaftlicher Selbstorganisation abstützen. Von entscheidender Bedeutung ist dabei in beiden Ansätzen die Unbestimmtheit der Rechte und das Potential der Transformation, das mit dieser notorischen Unbestimmtheit verbunden ist.<sup>5</sup>

Solche, auf der Form der Rechte aufbauende, Demokratiekonzeptionen sind angesichts der normativen Herausforderungen der transnationalen Konstellation ungemein attraktiv. Schließlich könnte, wenn der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung der Form der Rechte selbst eingeschrieben ist, direkt von der »Rechtserzeugungsfunktion« der Rechte (Kelsen) auf ein Potential demokratischer Legitimation geschlossen und könnte dieses Potential einfach – eben durch eine Garantie und Ausweitung der Rechte – aus der rechtsstaatlichen Konstellation in den transnationalen Raum übertragen werden. In der Diskussion hatte sich aber gezeigt, dass diese Konzeptionen die Gleichverteilung von Teilhabemöglichkeiten entweder normativistisch überspannen oder funktionalistisch deflationieren müssen. Aus Unbestimmtheit – das wird ein zentraler Aspekt der folgenden Auseinandersetzung sein – ergibt sich nicht von allein die Gleichberücksichtigung der Einzelnen, die für die Demokratie schlichtweg wesentlich ist. Daher können die notwendigerweise perspektivischen Forderungen der Rechtsgleichheit (Colliot-Thélène) für sich genommen genauso wenig wie die funktionalen Gebote der systemspezifischen Selbstregulierung (Ladeur) demokratische Legitimation vermitteln. Als vorläufiges Ergebnis ist deshalb festzuhalten, dass auf der Suche nach dem Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung an der Idee der Volkssouveränität weder strikt *festgehalten* werden kann, noch dass diese Idee schlicht *aufgegeben* werden darf.

Vielmehr ist die Souveränität des Volkes als *egalitär durchbrochen* zu begreifen. Sie fungiert als der negative Bezugsrahmen, um die Objektivierungen der Herrschaft auf die Gleichberücksichtigung der Einzelnen zurückzuführen. Um diese These zu erklären und zu verteidigen, greife ich im Folgenden ausführlicher auf die repräsentationstheoretischen Überlegungen von Claude Lefort zurück. Lefort stellt die formierenden Wirkungen von Verfahren der Repräsentation in das Zentrum einer Demokratiekonzeption, die sich auf die praktische Genese normativer Prinzipien konzentriert. Repräsentationsverfahren zeichnen sich dadurch aus, das

4 Siehe dazu *Kapitel 1.1.*

5 Siehe dazu *Kapitel 1.2.*

eigene Objekt sowohl vorauszusetzen als auch herzustellen. Das »Volk« gibt es nicht unabhängig von seiner Repräsentation, und wie es das Volk »gibt«, ist von den unterschiedlichen Verfahren und Praktiken seiner – notwendigen – Repräsentation abhängig. Dass es dabei, wie Schmitt festhält, das »Schicksal der Demokratie« ist, sich »im Problem der Willensbildung selbst aufzuheben« (Schmitt 2017a: 37), dieses Schicksal versteht Lefort als grundlegendes Merkmal der demokratischen Gesellschaftsform. Insbesondere die Wahl führt vor Augen, dass die Form der Demokratie dadurch gekennzeichnet ist, die Souveränität des Volkes zugleich zu realisieren und zu revidieren: Die Demokratie gelingt hier gerade im Scheitern eindeutiger Identifikationen und handfester Verallgemeinerungen. Denn das Wahlverfahren bildet auf der einen Seite das Volk und dessen Willen als Subjekt demokratischer Legitimation ab. Auf der anderen Seite löst es die Substanz dieses Subjektes zugunsten einer arithmetischen (durch und durch formalen) Gleichberücksichtigung der Einzelnen auf. Dass die Demokratie, wie in einer Reihe von kritischen Interventionen herausgearbeitet wurde, »sich nie der Gleichheit verpflichtet [gesehen hat], außer im ganz formalen Sinne der Repräsentation« (Brown 2012: 64) – eben diese Tatsache stellt Lefort an den Beginn seiner Überlegungen. Zwar kann im Zuge von formalen Verfahren der Repräsentation Gleichheit nur durch Abstraktion wirklich werden. Sie stellen jedoch durch diese radikale Abstraktion die Öffentlichkeit der Gleichheit erst her.

Die Auseinandersetzung mit dem Erfordernis der Repräsentation ist erst einmal ein Umweg. Aber dieser Umweg erlaubt es, die Diskussion um die intrinsische Politik der Rechte von deren Rückseite aus fortzusetzen. Denn dessen einflussreiche Beobachtungen zur Rolle der Menschenrechte werden oftmals so interpretiert, dass auch für Lefort der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung auf der Unbestimmtheit der Rechte basieren würde. Zwar ist eindeutig, dass Lefort sich von einer naturrechtlichen Auffassung der Menschenrechte distanziert und den zukunfts offenen Charakter der Forderungen betont, die unter dem Banner der Menschenrechte formuliert wurden und werden. Dabei bleibt jedoch regelmäßig unbeachtet, dass für Lefort das Potential der Menschenrechte als ein »generatives Prinzip« der Demokratie nicht in ihnen selbst enthalten ist. Entscheidend ist nicht die Form oder Semantik der (Menschen-)Rechte, sondern ihre Position am Grund des Rechts. Nur aufgrund dieser fundamentalen Position, und damit aufgrund einer bestimmten Rolle im Prozess der Rechtserzeugung, werden Rechte als ein *Medium demokratischer Repräsentation* wirksam. Sie können dann der Gleichberücksichtigung der Einzelnen gegen die Manifestationen der Herrschaft des Volkes (rechtlich) Ausdruck verleihen.

Die folgenden Seiten führen zuerst in den repräsentationstheoretischen Ansatz von Lefort ein (2.1.1). Ich greife danach, um die formgebenden Wirkungen der Repräsentation zu vertiefen, auf Überlegungen

von Thomas Hobbes zurück, dessen Rigorosität sich (wie so oft) als illustrativ erweisen wird (2.1.2). Darüber hinaus soll der Rückgriff auf Hobbes zeigen, dass ein von Lefort inspiriertes Verständnis des Zusammenhanges von Berechtigung und demokratischer Befähigung nicht allein im Rahmen seiner gesellschaftstheoretischen Betrachtungen zu verstehen ist. Vielmehr kann mit Lefort, obwohl er stellenweise von spezifischen Prämissen hinsichtlich der Institution und Reproduktion des Sozialen ausgeht, auch zu Diskussionssträngen der Verfassungs- und Demokratietheorie beigetragen werden, die diese Prämissen nicht teilen. Die Wirkungen der Repräsentation im Anschluss an Lefort werden meistens im *Register der Unbestimmtheit* aufgezeichnet. Wesentlich für die Demokratie ist in dieser Interpretation die Dimension des Konfliktes, die durch Verfahren und Praktiken der Repräsentation symbolisch bearbeitet wird. Eine solche Interpretation steht jedoch vor dem Problem, nicht hinlänglich erklären zu können, wie diese Konflikthaftigkeit mit dem Anspruch der Gleichberücksichtigung der Einzelnen verbunden ist (2.1.3). Dementgegen stelle ich eine Deutung der Demokratie im *Register öffentlicher Gleichheit*, die sich auf die formgebenden Wirkungen der Repräsentation konzentriert. Paradigmatische Bedeutung für die demokratische Form hat das Verfahren der Wahl. Es ist nicht ein bloßes Ritual oder nur ein funktionales Erfordernis der Demokratie. Vielmehr tritt in der Wahl die Zahl an die Stelle der Substanz des Volkes. Die Wahl bringt den Willen des Volkes hervor und formiert das Volk als Zusammenhang gleicher Einzelheiten. Sie streicht auf diese Weise die Souveränität des Volkes durch, die sie zugleich bekräftigt (2.2). Davon ausgehend wird schließlich der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung mit Lefort erläutert. Gegen Marx' Kritik der Menschenrechte wendet Lefort ein, dass nur von der rechtsstaatlichen Vorgeschichte der Demokratie her verständlich wird, inwiefern fundamentale Rechte zur Form der Demokratie beitragen (2.3.1). Um die Einsicht zu plausibilisieren, dass es sich beim demokratischen Rechtsstaat um ein normatives Kompositum handelt, bietet sich ein erneuter Rückgriff auf Hobbes an. Hier wird deutlich, dass das Recht nicht nur Mittel der Herrschaft ist, sondern ein Medium der Gleichheit bereitstellt, das (Volks-)Souveränität weder einfach ein- noch umsetzt (2.3.2). Ich greife schließlich die Unterscheidung zwischen dem Register der Unbestimmtheit und dem Register öffentlicher Gleichheit noch einmal auf, um den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung mit Lefort neu zu entfalten. Ich argumentiere, dass fundamentale Rechte, genauer: die Fundamentalisierung der Rechte im Prozess der Rechtserzeugung, es erlauben, die Setzungen der Herrschaft egalitär zu durchbrechen (2.3.3). Rechte wirken dann als ein Medium demokratischer Repräsentation, das die Herrschaft des Volkes an die Öffentlichkeit der Gleichheit und damit an den eigenen Grund zurückbindet.

## 2.1 Repräsentationsregime

### 2.1.1 Zum Begriff der politischen Form

Lefort begreift die Demokratie als eine politische Form der Gesellschaft. Dieser Begriff ist zweideutig. Die Beschreibung der Form der Gesellschaft als *politisch* könnte so verstanden werden, dass die Gesellschaft als Objekt fungiert, das durch politische Handlungen eingerichtet und geprägt wird. Über »die« Gesellschaft würde demnach »in« der Politik entschieden. Auf diese Weise würde der Begriff die Idee der Selbstbestimmung, die Idee einer durch Politik auf sich selbst einwirkenden Gesellschaft ausdrücken. Tatsächlich bezeichnet die Qualifikation als *politisch* für Lefort jedoch ein »bestimmtes *In-Form-Setzen*« der sozialen Beziehungen und Erfahrungen (Lefort 1999: 37), das nicht mit der Sphäre oder den Aktivitäten der Politik kurzgeschlossen werden kann. So weist für Lefort »die Tatsache, daß sich so etwas wie *die* Politik in einer bestimmten Epoche im gesellschaftlichen Leben abzugrenzen begann« (Lefort 1990a: 284), selbst wiederum eine politische Bedeutung auf, weil diese Differenzierung für die Form der Gesellschaft relevant ist. Dass es also so etwas wie die Politik gibt (neben der Wirtschaft, der Religion, der Wissenschaft etc.), dass es politische Handlungen gibt, formiert die Gesellschaft. *Politisch* ist demnach nicht ein System staatlicher Institutionen, und der Begriff des Politischen wird auch nicht allein funktional bestimmt, etwa anhand der Herstellung kollektiv verbindlicher Entscheidungen. Er betrifft vielmehr die Konstitution der Gesellschaft. Jede Gesellschaft ist somit politisch, und ein »erneute[s] Denken des Politischen« (ebd.: 283), das Lefort unternimmt, ist auf die Unterscheidung von Formen der Gesellschaft und die Identifikation der normativen Prinzipien, die diese verschiedenen Gesellschaftsformen einrichten und erhalten, ausgerichtet.<sup>6</sup>

Die Unterscheidung von Gesellschaftsformen ist zuerst eine Frage der Methode. Um zwischen verschiedenen Formen der Gesellschaft differenzieren zu können, ist Lefort zufolge ein »Bruch mit dem Standpunkt der politischen Wissenschaft« erforderlich (ebd.). Dieser Bruch ist nötig, weil jede Wissenschaft, die sich im Gestus objektiver Erkenntnis um das »Wissen der wirklichen Ordnung der Gesellschaft« bemüht (Lefort 1999: 34), die Konstitution des eigenen Erkenntnisgegenstandes nicht erfassen kann. Die Sozialwissenschaften machen sich zur Aufgabe, »eine Ordnung von einzelnen Tatsachen *im* Sozialen einzugrenzen« (ebd.: 49)

6 Für diese Art von Untersuchung findet Lefort Inspiration in den (jedoch durchweg modernitäts- und demokratiekritischen) Überlegungen von Strauss. Vgl. etwa den Hinweis von Lefort (1990a: 285) auf die »Kastration« des politischen Denkens, die Leo Strauss allzu treffend angeprangert hat [...].« Vgl. dazu auch Flynn (2005: 152 ff.).

und nehmen dazu die Existenz der Gesellschaft in Form dieser Vielfalt von Funktionssystemen als selbstverständlich an. Vom »Standpunkt der politischen Wissenschaft« aus betrachtet, wird jene Möglichkeit, die Sphäre der Politik von der Sphäre der Wirtschaft zu unterscheiden, einfach hingenommen. Das hat zur Folge, die Frage nach der Existenz und der Form der Gesellschaft, die diesen Unterscheidungen und Untersuchungen zugrunde gelegt ist, »gleichsam unter der Hand« zu ignorieren (Lefort 1990a: 283). Dass es die Gesellschaft auf diese Weise gibt, bestimmt die Perspektive. Der Akt oder Prozess der Formgebung, der Befund, dass und wie die Gesellschaft als ein bestimmtes Modell sozialer Organisation in Erscheinung tritt, wird hingegen »vergessen«:

Wenn man zwischen dem trennt, was zur Ökonomie, zur Politik (in dem Sinne, wie sie die moderne Wissenschaft versteht), zum Rechtlichen und zum Religiösen gehört [...], würde man ebenso vergessen, daß wir nur dadurch zu einer solchen analytischen Unterscheidung kommen, indem wir an der Idee einer originären Dimensionalität des Sozialen festhalten, daß sich diese Dimensionalität nur zusammen mit der Idee ihrer originären *Form* gibt, ihrer politischen *Form*. (Lefort 1999: 38f.)

Die Unterscheidung von Gesellschaftsformen betrifft demnach die Frage des Selbstbezugs, die Frage also, wie sich Gesellschaften als solche verstehen. Sie thematisiert die Frage der Vergegenwärtigung der Gesellschaft als Einheit und die Frage nach den Folgen, die die Formen der Vergegenwärtigung für das Selbstverständnis der Gesellschaftsmitglieder haben.

Die Antwort auf diese Frage findet Lefort in Verfahren der Repräsentation. Die unterschiedlichen Gesellschaftsformen sind für ihn Ausdruck spezifischer Verfahren und Praktiken der Vergegenwärtigung von Macht und Herrschaft, also dessen, was Lefort als »Getriebe der Verkörperungsmechanismen« beschreibt (Lefort 1999: 93). Jene Repräsentationsregime und die mit ihnen verbundenen Gesellschaftsformen gilt es zu rekonstruieren, um die Lefort'sche These der *gesellschaftlichen Formgebung durch Repräsentation* zu verfolgen. Entgegen einer dualistischen Konzeption von Repräsentation sind Lefort zufolge die beiden Hinsichten durchweg miteinander verknüpft. Es gibt weder nur »die« Gesellschaft noch ausschließlich »die« Repräsentation der Gesellschaft.<sup>7</sup> Verfahren der Repräsentation bedeuten hier einerseits, etwas sichtbar zu machen und zur Darstellung zu bringen. Es bedeutet aber andererseits auch, etwas zu erzeugen, das nur mittels Repräsentation zur Existenz gelangen kann. Die Konstitution des Sozialen und die Einheit der Gesellschaft beruht weder auf Zwang noch auf Konsens, nicht allein auf Tradition oder Kalkül, sondern auf vielgestaltigen Verfahren und Praktiken der Repräsentation. Die Art und Weise, wie sich Gesellschaften

7 Vgl. die Kritik von Lefort (2017: 186) an Vorstellungen vom »Primat der Repräsentation«.

selbst verstehen, ist dabei für Lefort insbesondere mit der »Stellung der Macht« und der Repräsentation der Gesellschaft entlang der Autorisierung und Ausübung von Herrschaft verknüpft (Lefort 1990a: 292). Denn das die Gesellschaft als ein zusammenhängendes Ganzes aufgefasst wird, »impliziert ja die Referenz auf einen Ort, von dem aus [der Raum der Gesellschaft] sich sehen, lesen, benennen lässt« (Lefort 1999: 49). Die Rede von der Gesellschaft als solche impliziert einen Ort, der erst diese Selbstbetrachtung und Selbstbeschreibung ermöglicht.<sup>8</sup> Dieser Ort ist für Lefort vorrangig der Ort der Macht. Er erlaubt, als ein spezifischer Blickpunkt, die Bezugnahme der Gesellschaft auf sich, und zwar aufgrund einer »Bewegung der Exteriorisierung des Sozialen, die mit der Bewegung seiner Interiorisierung einhergeht.« (ebd.) Lefort spricht deshalb auch von einer Teilung zwischen dem politischen und dem sozialen Raum (vgl. Lefort 1981: 152), wobei diese Teilung, wie deutlich geworden sein sollte, innerhalb der Gesellschaft und für die Gesellschaft wirksam wird (vgl. Trautmann 2013).

Macht ist demnach immer mehr als ein Instrument der Herrschaft. Anders gesagt, kann die politische Form der Gesellschaft nicht als Regierungs- oder Staatsform konzipiert werden. Um diese repräsentativen (kreativen) Funktionen der Macht besser zu verstehen, bietet es sich an, den Begriff der Macht und den (modernen) Begriff der Souveränität als Ausdruck einer vollumfänglichen Herrschaftsgewalt voneinander zu unterscheiden. Souveränität bezeichnet den Besitz der »höchsten«, inhaltlich ungebundenen und zeitlich unbegrenzten Gewalt. Diese Gewalt bedeutet die Befugnis, über die Form der sozialen Ordnung zu entscheiden, also Gesellschaft nach Belieben zu prägen.<sup>9</sup> Von diesen unbeschränkten Entscheidungskompetenzen unterscheidet sich der Lefort'sche Machtbegriff nachdrücklich. Nicht nur ist Macht nicht mit der Staatsgewalt zu identifizieren. Vor allem ist der Begriff, wie Lefort ihn verwendet, nicht allein über die Mittel und Zuständigkeiten zur Gestaltung der Gesellschaft zu erklären. Die politische Bedeutung der Macht entdeckt Lefort deshalb auch in den ethnologischen Studien Pierre Clastres',<sup>10</sup> die sich »Gesellschaften gegen den Staat« widmen: archaischen Gesellschaften, die, in der Interpretation durch Clastres, jede Konzentration von Herrschaftsgewalt explizit vermeiden und trotzdem bzw. auf eben diese Weise *politisch* sind (vgl. Clastres 2020: 145 ff.). Mit Clastres betont Lefort, dass von fehlenden Herrschaftsstrukturen und -kompetenzen gerade

8 Insofern sprechen Lefort und Gauchet (1990: 97 ff.) auch von der Macht als einer »instituierenden Instanz des gesellschaftlichen Raumes«.

9 Das betont Loick (2012: 40) in einer pointierten Rekonstruktion der Souveränität bei Bodin: »sein Objekt ist nicht das Recht, sondern das Leben.«

10 Clastres hatte die Formel vom »leeren Ort der Macht« bereits einige Jahre vor Lefort verwendet. Dazu und insgesamt zum Verhältnis von Clastres und Lefort vgl. Geenens (2013).

nicht auf den *nicht*-politischen Charakter der jeweiligen Gesellschaft zu schließen ist. Jede Gesellschaft ist politisch, weil ihre Form von der Art und Weise der Autorisierung und Repräsentation der Macht abhängig ist – und das schließt den Verzicht auf Herrschaft ein (vgl. Lefort 2000: 215). Durch die Linse der gegen-staatlichen Gesellschaften wird deutlich, dass der Begriff der Macht nicht mit der Existenz und Ausgestaltung souveräner Herrschaft in eins zu setzen ist.

Die Repräsentation der Macht ermöglicht es, auf die Einheit der Gesellschaft zu reflektieren. Auf diese Weise kann dann doch noch Anschluss an den Begriff der Souveränität gefunden werden, unter der Annahme allerdings, dass mit der gängigen Definition der »höchsten Gewalt« nicht ein potentielles Vermögen, vielmehr ein besonderer Blickpunkt der (Selbst-)Betrachtung der Gesellschaft bezeichnet wird. Die Stelle der Macht ist nicht nur aufgrund der tatsächlichen Mächtigkeit bedeutsam, vielmehr aufgrund des Überblicks, der mit dieser Stelle verbunden ist – mit dem Bild, das sich von dort aus ergibt.<sup>11</sup> Diese »Exteriorisierung des Sozialen« kann sich auch anderswo vollziehen,<sup>12</sup> ausgeprägt ist für Lefort aber vor allem aber die Verbindung (von Verfahren der Repräsentation) der Macht<sup>13</sup> mit der Modellierung des Sozialen (vgl. Lefort 1986a: 282; 1999: 48; 2017: 78). Wie die Macht »ist« und erfahren wird, so werden die Beziehungen erfahren, die den sozialen Raum zur Gesellschaft machen. Dieses Korrespondenzverhältnis zwischen politischer und gesellschaftlicher Repräsentation soll nun kurz anhand der monarchischen, der demokratischen und der totalitären Gesellschaftsform aufgezeigt werden.

Innerhalb der korporal verfassten Gesellschaft des Ancien Régime bezieht sich die Stellung der Macht auf einen zunächst religiösen, jedenfalls aber »unbedingten, außerweltlichen Pol« (Lefort 1990a: 292). Mittels dieser transzendenten Begründung wird, wie Lefort herausarbeitet, die Macht »in der Person des Fürsten zugleich zum Garanten und Repräsentanten der Einheit des Königreiches« (ebd.). Der Körper der Königin steht für die Gesellschaft ein. Es handelt sich, im Anschluss an Ernst Kantorowicz (vgl. Lefort 1999: 78 ff.), um Operationen der Personifikation

- 11 Lefort zufolge ist es Marx, der diesen Zusammenhang von Repräsentation und Einheitsstiftung entdeckt und sogleich wieder verdeckt (vgl. Lefort 2017: 82 ff.). Einschlägig für diese Interpretation ist die komplexe Auseinandersetzung mit der Marx-Interpretation von Merleau-Ponty (vgl. Moyn 2008; Breckman 2013: 151 ff.). Zur Auseinandersetzung von Lefort mit Merleau-Ponty im Hinblick auf demokratietheoretische Fragen vgl. Gerçek (2020).
- 12 Nicht nur die Macht, auch das Recht haben an der Form der Gesellschaft Anteil. Siehe dazu *Kapitel 2.3.3*.
- 13 So ist es dann auch, unter Vorzeichen einer ansonsten ausdrücklichen Nähe, die politische Bedeutung der Repräsentation, die Lefort gegen Hannah Arendt betont (vgl. Lefort 1988b: 55).

und der Verkörperung des sozialen Raumes.<sup>14</sup> Die Person, genauer: »der Körper des Fürsten« stellt die Gesellschaft dar, die entsprechend »als substantielle Einheit vorgestellt [wurde].« (Lefort 1990a: 292f.) Weil und insofern also die Macht als ein Körper vorstellig wird, weil die Macht körperlich konfiguriert ist, wird auch die Gesellschaft im Bild des menschlichen Organismus sichtbar und gehen die Gesellschaftsmitglieder von einer naturgegebenen Hierarchie der sozialen Gliederungen aus. Der Körper fungiert als Modell der Gesellschaft, wenn (und weil) die Macht in körperlich-personalisierter Form Gestalt annimmt.

Mit dieser korporalen Erscheinung der monarchischen Gesellschaft bricht die Form der Demokratie.<sup>15</sup> Die Stellung der Macht kann unter demokratischen Bedingungen nicht mehr mittels Figuren der Transzendenz gerechtfertigt werden, sondern sie ist diskursiver und temporaler Natur. Das Resultat ist eine De-Personifikation der Macht, die nun als eine »Leerstelle« verfasst ist. In der Demokratie findet sich eine »Repräsentation der Macht eingerichtet [...], die sinnfällig bestätigt, daß sie ein leerer Ort ist« (Lefort 1999: 49f.) Dieser Leerstelle der Macht entspricht ein offener, ungeschlossener Prozess sozialer Anordnungen. Das ändert aber nichts daran, so Lefort, dass auch hier die Gesellschaft sich durch diese Repräsentation der Macht auf sich selbst beziehen und als eine intelligible Einheit auffassen kann. Obwohl die demokratische Gesellschaft also »körperlos« ist (*société sans corps*), ist »dies nicht so zu verstehen, daß sie ganz ohne Einheit [...] wäre« (Lefort 1990a: 295). Schließlich wird beständig im Namen des Volkes gehandelt und entschieden. Doch der Singular des Volkes und die Einheit der Gesellschaft sind nun prozeduraler und kontestativer Art. Die Macht beruht nicht länger auf den festen Fundamenten der Religion oder Tradition. Ihre Begründung und Ausübung sind nun selbst von Verfahren der Autorisierung derjenigen abhängig, die (nur) für einen gewissen Zeitabschnitt die Stelle der Macht besetzen dürfen. Sie ist anonym und unbestimmt. Die Macht des Volkes gehört niemandem, denn die Stelle der Macht kann von niemandem in Besitz genommen, sie kann von keiner im Voraus bestimmten Person oder Gruppe permanent angeeignet und ausgeübt werden.

Demokratische Gesellschaften sind also insofern ungeschlossen, als deren Reproduktion ausdrücklich der temporalen Dimension der Neuverteilung der Macht und der diskursiven Dimension der

<sup>14</sup> Kurz gesagt, verbindet Lefort mit Kantorowicz' Untersuchungen (Kantorowicz 1990), dass jede Gesellschaft durch Verfahren der Repräsentation der Macht (und in diesem Sinne: symbolisch) konstituiert ist. Repräsentation (re-)produziert Einheit, weil Gesellschaften sich mittels der Erzeugung und Ausübung von Macht auf sich selbst beziehen können (vgl. Flynn 2005: 131 ff.; Yildiz 2013; Trautmann 2017).

<sup>15</sup> Für den historischen Pfad »von der Dekonstruktion des Hauptes zur demokratischen Ästhetik« vgl. auch Frankenberg (2010: 53 ff.).

Re-Artikulation der Gesellschaft unterliegt. Wie der Wille des Volkes, bleibt auch das Selbstverständnis der Gesellschaft umstritten. Eben weil die Stelle der Macht nun als Macht des Volkes erscheint, ist es zugleich die »Macht von niemandem«.<sup>16</sup> Die Souveränität des Volkes wird, wie es insbesondere das Verfahren der Wahl vor Augen führt, niemals wirklich.<sup>17</sup> Demokratie bezeichnet die Dispersion der Macht sowie die Institutionalisierung des andauernden Konfliktes. Auf diese Weise geht die demokratische Repräsentation der Macht einher mit »einer Gesellschaft ohne positive Determination«, die nicht »in der Gestalt einer Gemeinschaft« dargestellt werden kann (Lefort 1999: 50). Die Durchbrechungen der Volkssouveränität – die praktische Neu- oder Fortbestimmung dessen, wie das Volk ist und was es will – werden für die Form der Gesellschaft wesentlich. Die Herrschaft im Namen des Volkes ist also nicht die Herrschaft der Allgemeinheit. Entgegen der unmittelbaren Identifikation von Demokratie mit dem Willen des Volkes ergibt sich die Form der modernen Demokratie aus der Negation der jeweiligen Bestimmungen politischer Macht und gesellschaftlicher Einheit. Lefort spricht deshalb von der »Effektivität des Negativen« (Lefort 1988a: 41) in der und für die Demokratie. Die Verfahren und Praktiken der Repräsentation durchbrechen die Selbstsetzungen des Volkes und erzeugen (darüber) die Gesellschaft als pluralen Zusammenhang gleicher Einzelheiten. Diese Dynamik ist nicht auf die Ausübung der (staatlichen) Herrschaft beschränkt, sondern wird im gesamten sozialen Raum in der »freien Ausdifferenzierung der Existenz-, Handlungs- und Erkenntnisweisen« manifest (Lefort 1990c: 33). Die Einheit des Volkes sowie die Form der Gesellschaft beruht auf und ist durchsetzt von egalitärer Vielheit.

Hinsichtlich der formgebenden Wirkungen von Verfahren der Repräsentation kann man deshalb mit Lefort festhalten, dass jene Verfahren nicht allein die Gleichheit der Einzelnen in Teilhabemöglichkeiten (mehr oder weniger gelungen) umsetzen. Auch entzieht sich die Aufmerksamkeit für die politische Form der Gesellschaft der geläufigen Entgegensetzung einer demokratischen *Regierungsform* und einer demokratischen *Lebensform*. Zwar ist Demokratie für Lefort zweifellos mehr als ein Ensemble von Prozeduren und Institutionen zur Legitimation verbindlicher Entscheidungen. Anstatt jedoch den Blick von diesen Verfahren abzuwenden, geht es Lefort darum, zu zeigen, wie durch diese Verfahren erst die grundlegenden (normativen) Prinzipien demokratischer Vergesellschaftung hervorgebracht werden. Die politische *Realisierung* der Gleichheit ist zugleich die *politische* Realisierung dieser Gleichheit.

16 »Die Demokratie verbindet diese beiden scheinbar widersprüchlichen Prinzipien: Einerseits geht die Macht vom Volk aus, andererseits ist sie die Macht von niemandem.« (Lefort 1986a: 279)

17 Siehe dazu ausführlich *Kapitel 2.2.*

Die Körperlosigkeit demokratischer Gesellschaften ist somit das Ergebnis von Repräsentationsverfahren, die einen einzelnen, authentischen Willen des Volkes ebenso manifestieren wie durchstreichen. Dass der Volkswille *repräsentiert und dadurch dementiert wird*, bildet den Kern der modernen Demokratie. Hingegen erzeugen totalitäre Gesellschaften entlang der Repräsentation eines substantiell aufgefassten Volkes die »Vorstellung einer homogenen und für sich durchsichtigen Gesellschaft« (Lefort 1990a: 287). Die Enthauptung des Königs muss also nicht zwangsläufig zur De-Personifikation der Macht und der Gesellschaft führen. Ganz im Gegenteil stellt die totalitäre Repräsentation der Macht den Versuch dar, der »Gesellschaft wieder einen Körper zu geben« (Lefort 1999: 62) und so deren (»gereinigte«) Einheit wiederherzustellen.<sup>18</sup> Mittels einer Praxis der Identifikationen verbindet sich in diesen Gesellschaften die Herrschaft des Volkes mit seiner Repräsentation durch einzelne Personen, den Führer oder den Vorsitzenden der Partei, die mit dem Körper des Volkes verschmelzen und zugleich als dessen Kopf gelten (vgl. Lefort 1986b: 299). Unter modernen Bedingungen, also infolge der Erosion einer transzendenten Begründung der Macht, nehmen Gesellschaften die Form einer Repräsentation des Volkes und dessen Souveränität an. Totalitäre Gesellschaften sind für Lefort jene, die für sich beanspruchen, dass die Einheit des Volkes wirklich geworden ist. Die Souveränität des Volkes wird hier manifest, der *demos* ein eindeutig konturiertes Gebilde gerade dadurch, dass der Diskurs über die Ausübung der Macht stumm geschaltet wird und die Verfahren egalitärer Repräsentation außer Kraft gesetzt sind. Die doppelte Codierung der Macht (in) der Demokratie – nämlich die Macht von allen und zugleich von niemandem zu sein – wird hier aufgegeben. An ihre Stelle tritt die Repräsentation einer einheitlichen Gesellschaft-als-Körper, durch die der Wille des (»eentlichen«) Volkes Realität erlangt und die den gesamten Raum des Sozialen ausfüllt. Mit der Identifikation von Volk und Führer oder Partei korrespondiert eine reduktive Vergegenwärtigung der Gesellschaft als form- und steuerbar.<sup>19</sup> Hingegen beruht die Form der Demokratie nicht auf der wirklich gewordenen, sondern auf der egalitär durchbrochenen und insofern unverfügbaren, latenten Idee der Volkssouveränität.

Wie diese Skizze monarchischer, demokratischer und totalitärer Gesellschaftsformen nur andeuten kann, stehen für Lefort Verfahren der

18 Die Repräsentation des Volkes passiert hier »identitätsrepräsentativ« (Vollrath 1992: 229).

19 Dieser Repräsentation der Macht entspricht, dass sich die Sphäre der Wirtschaft, der Wissenschaft etc. wieder »gleichsam verquicken.« (Lefort 1990a: 287) Als ein Vorhaben der Entdifferenzierung von vormalig getrennten Sozialsystemen ist die totalitäre Gesellschaftsform auch in dieser Hinsicht zweifellos modern. Zum Totalitarismus als Gesellschafts-, nicht (nur) als Herrschaftsform vgl. schon den frühen Text von Lefort (1986c) aus dem Jahr 1956.

Repräsentation und die Konstitution des Sozialen in einem Korrespondenzverhältnis. In dieser Hinsicht besitzen, wie gesagt, alle Gesellschaften eine politische Form. Dabei enthalten die verschiedenen Repräsentationsregime allesamt ein überschüssiges, gegenwärtiges Moment. Die politische Form der Gesellschaft weist immer auch den »Charakter einer *Infragestellung*« auf (Lefort/Gauchet 1990: 103). Der Begriff markiert also insofern ein tautologisches Moment, als jede Gesellschaft (qua Repräsentation) eine politische Gesellschaft ist. Er beinhaltet aber auch und ebenso ein antithetisches Moment, weil die politische Form der Gesellschaft (wiederum qua Repräsentation) nicht notwendigerweise so ist, wie sie ist. Dass jede Gesellschaft sich selbst nur durch die eigene Repräsentation erreicht, involviert die Absage an eine vollständige Vergesellschaftung der Gesellschaft.<sup>20</sup> Dennoch ist die Form der Gesellschaft selbst ein soziales Produkt. Die politische Form der Gesellschaft umfasst so auch den Vorgang der Transgression: die Auflösung der bestehenden und das In-Form-Setzen einer neuen Gesellschaftsform.

Ich greife im Folgenden auf Überlegungen von Hobbes zurück, um diese formbildenden Wirkungen der Repräsentation noch etwas zu vertiefen. Dieser Exkurs ist erklärungsbedürftig. Denn dass die Gesellschaft aus einzelnen Individuen besteht, die durch den Abschluss eines Vertrages einen als nachteilig aufgefassten Naturzustand verlassen, ist für Lefort das Sinnbild einer positivistischen Wissenschaft.<sup>21</sup> Hobbes' proto-liberale Konzeption ist Ausdruck einer rationalistischen Auffassung des Sozialen, die die Genese der Gesellschaft aus der Begründung souveräner Herrschaft erklärt und also gerade die Konstitution des eigenen Gegenstandes im Gestus der objektiven Erkenntnis verbirgt. Zugleich teilen Hobbes und Lefort aber die Auffassung, dass Sozialität keineswegs ein Natur-, sondern ein Repräsentationsprodukt ist. Gesellschaften können sich nicht als solche umstandslos auf sich selbst beziehen. Sie existieren nur aufgrund von Verfahren der Repräsentation, die deren Einheit herstellen und aufrechterhalten. Repräsentation ist für Hobbes und für Lefort ein Prozess der Formgebung. Dass diese Repräsentationen sich unterscheiden können – dass sich also entlang von Verfahren und Praktiken der Repräsentation Gesellschaftsformen unterscheiden lassen –, ist für Hobbes und sein Modell der uneingeschränkten Autorisierung staatlicher Herrschaft irrelevant. Ihm geht es nicht um Gesellschaftsformen, sondern um die Form der Gesellschaft angesichts der Problematik der

20 Diese (Un-)Möglichkeit einer unmittelbaren Vergesellschaftung der Gesellschaft markiert die Bruchstelle zwischen Lefort und seinem langjährigen Weggefährten Cornelius Castoriadis. Vgl. Lefort (1976) für ein Selbstzeugnis sowie die instruktive Darstellung bei Breckman (2013: 139 ff.).

21 Liberale Gesellschaftskonzeptionen handeln Lefort (1999: 60) zufolge allein von der »Vielfalt an und für sich«. Das trifft auch und insbesondere auf Hobbes' Problematik der Menge zu.

»Menge«.<sup>22</sup> Das Problem von Hobbes ist das der verbindlichen Verbindung von unverbundenen Einzelnen, das Problem von Lefort hingegen ist das der Formen des gesellschaftlichen Selbstbezugs.

### 2.1.2 Repräsentation als Absorption: Hobbes

Um die Lefort'sche These der gesellschaftlichen Formgebung durch Repräsentation besser zu verstehen, kann es helfen, sich Hobbes' radikale Konzeption vertraglicher Vergesellschaftung vor Augen zu führen. Schließlich wird dort die Gesellschaft als ein zusammenhängendes Ganzes allein durch die Autorisierung souveräner Herrschaft möglich – also allein dadurch, dass eine Person (oder eine Gruppe) für alle spricht und entscheidet. Die Stellvertretung der Einzelnen ist hier mit der Konstruktion des Sozialen gleichbedeutend. Denn erst durch die Übereinkunft, sich durch einen einzelnen empirischen Willen repräsentieren zu lassen, wird Hobbes zufolge der Eintritt in den Gesellschaftszustand möglich. Diese Möglichkeit von Gesellschaft betrifft nicht zuerst die faktischen Bedingungen individueller Selbsterhaltung, obwohl es für Hobbes eindeutig ist, dass Sicherheit und Wohl von der Einrichtung einer unbeschränkten Staatsgewalt abhängig sind, die den ewigen Konflikten des Naturzustandes ein Ende bereitet. Aber mehr noch als um die konkrete Verfassung der Gesellschaft geht es um den Zustand der Gesellschaft selbst: um die Herstellung von Einheit im Wege der Repräsentation.

Hobbes' Überlegungen kreisen um die Möglichkeit, einen souveränen, die Gefahr des Bürgerkriegs überwindenden Herrschaftsapparat mit den Willen der Einzelnen, die dieser Herrschaft folgen müssen, übereinstimmen zu lassen. Die Herausforderung besteht somit nicht allein darin, einen bestimmten Willen verbindlich zu *machen*, also im Ende des Bürgerkriegs infolge einer effektiven Durchsetzung von Regeln. Das Problem ist vielmehr, einen kollektiven Willen *herzustellen*, auf den sich jene Regeln beziehen können. Dieses Problem kann allein durch ein Verhältnis der Repräsentation gelöst werden (vgl. Pettit 2008: 115 ff.; Runciman 2009), denn von Natur aus bestehen bloß die Willen einzelner Individuen. Auf der Basis von Hobbes' individualistischen Prämissen muss nicht nur Herrschaft auf impliziter oder expliziter Zustimmung basieren.<sup>23</sup> Ohne ein Repräsentationsverhältnis, also die Auszeichnung einer

22 In dieser Hinsicht kann auch bei Hobbes von der »Entkörperung« der Macht gesprochen werden (Skinner 2007: 175). Das betrifft aber die Artifizialität der Herrschaft, nicht deren Reversibilität infolge einer diskursiven und temporalen Begründung der Macht.

23 Das betrifft sogar die Herrschaft der Eltern über ihre Kinder: »Dieses Recht [...] beruht auf Zustimmung des Kindes, die entweder ausdrücklich oder durch andere, ausreichende Erklärungen erfolgte.« (Hobbes 1966: 156)

Stelle, die für alle spricht, kann Hobbes zufolge kein kollektiver Wille existieren.<sup>24</sup>

Repräsentation ist für Hobbes wesentlich ein Vorgang der Einheitsstiftung. Nur weil es eine Person gibt, die alle vertritt, gibt es auch die Gesellschaft als die Form des Sozialen. Die Autorisierung der Herrschaft verwandelt die Menge, d.h. die Summe der widerstreitenden Privatwillen, in eine Einheit.

Denn es ist die *Einheit* des Vertreters, nicht die *Einheit* der Vertretenen, die bewirkt, daß *eine* Person entsteht. Und es ist der Vertreter, der die Person, und zwar nur eine Person, verkörpert – anders kann *Einheit* bei einer Menge nicht verstanden werden. (Hobbes 1966: 125)

Repräsentation erweist sich somit bei Hobbes als ein konstruktiver Vorgang, der einen einheitlichen sozialen Raum aus der (für Hobbes destruktiven) Tatsache der reinen Vielfalt erst hervorbringt. Die Menge ist Name und Ausdruck einer endlosen Fragmentierung. Sie ist nicht nur handlungsunfähig, sondern auch urteilslos. Der Souverän, der die Person des Staates und damit »alle und jeden einzelnen der Menge vertritt« (ebd.: 145, Herv. J.H.), bildet deshalb keinen einheitlichen, kollektiven Willen ab. Jenseits der Repräsentation gibt es allein die Vielfalt der Einzelwillen als das Signum des Natur- bzw. Kriegszustandes.<sup>25</sup> Dort existieren nur die Handlungen von unverbundenen und potentiell miteinander kollidierenden Einzelnen. Es entscheiden die Einzelnen jeweils für sich selbst, d.h. ohne Rekurs auf eine gemeinsame Definition davon, welche Handlungen notwendig sind, das eigene Selbst zu erhalten.<sup>26</sup> Deshalb ist das Einvernehmen des Naturzustandes rein zufällig und kann nicht auf Dauer gestellt werden. Andere Entscheidungen über die geeigneten Maßnahmen zum Selbsterhalt sind schließlich immer möglich, und eine Entscheidung reicht hin, alle Entscheidungen infrage zu stellen. Die Gefahr des Bürgerkriegs ist immer nur ein weiteres Urteil entfernt, weil die Vielfalt der Willen notwendigerweise disparat ist. Der Gesellschaftszustand muss deshalb für Hobbes ein Zustand geteilter Bedeutungen sein, durch den das Risiko, das mit Sprache und Schrift und insbesondere mit

24 Zugleich kann so Hobbes (2017: 188) auch für den Fall der Monarchie erklären, dass »der König das Volk ist.« Vgl. zu dieser Formel Manow (2008: 7), Martínez Mateo (2018: 65f.).

25 Vgl. dazu auch Hobbes' Kritik gemischter Regierungsformen, die unfähig dazu sind, »eine Person« zu bilden (Hobbes 1966: 252).

26 Hobbes geht selbstverständlich davon aus, dass Herrschaftsbefugnisse auch nur begrenzt verliehen werden können (vgl. Pitkin 1967: 20). Dies setzt aber den Eintritt in den Gesellschaftszustand voraus, weil nur dort die vertragsförmigen Grenzen dieser Befugnisse sinnvoll werden: »[D]ie Stellvertretung des Leviathan [ist] die Voraussetzung aller anderen Stellvertretungsverhältnisse« (Trüstedt 2022: 111).

der »Autorität der Schriftsteller« (Hobbes 1966: 212) einhergeht, genannt wird. Zwar ist, wie auch Hobbes weiß, Souveränität und die Einheit, die sie stiftet, »immer nur ein Schein«.<sup>27</sup> Doch kann Hobbes zufolge nur durch die Repräsentation der Menge bewerkstelligt werden, dass eine Vielheit von Menschen in die Lage versetzt wird, sich auf sich selbst als Einheit zu beziehen. Nur Repräsentation führt zur Unität. Die Souveränität der Herrschaft ist also effektiver Schein.

Das Vehikel dieser Transformation der Menge in das Volk ist ein Vertrag, durch den alle Einzelnen sich dazu verpflichten, den Willen derselben Person zu übernehmen. Die Gewalt der Repräsentation ist diejenige der Definition. Jemand zu autorisieren und so ein Verhältnis der umfänglichen Repräsentation einzurichten, ist somit etwas anderes, als Rechte an jemand zu übertragen. Die Autor:innenschaft etabliert eine Relation der Identifikation, während der Übertrag von Rechtsansprüchen nahelegt, dass die souveränen Handlungen und Kompetenzen zuerst den Besitz derjenigen dargestellt haben, die diese Handlungen und Kompetenzen danach als eigene anerkennen (vgl. Green 2015). Auch in dieser Hinsicht ist das Verfahren der Repräsentation konstruktiv oder eben effektiver Schein. Hinsichtlich einer Gesellschaft von Personen und damit der theatralischen Fähigkeiten, sich selbst oder andere vertreten zu können,<sup>28</sup> beschreibt Hobbes sodann die gemeinsame Stellvertretung als »künstliche Seele«. Die Seele der Souveränität realisiert (im doppelten Sinne von *Ein-* und *Umsetzen*) einen kollektiven Willen und gibt der vormaligen Menge »Leben und Bewegung« (ebd.: 5). Der Souverän ist Ausdruck der zur Person des Staates<sup>29</sup> konsolidierten Menge, ohne den sie nicht urteilen und entscheiden könnte.

Dadurch, dass die Gesamtheit der Einzelnen die Autor:innenschaft für den Willen einer einzelnen Person übernehmen, wird die Möglichkeit kollektiver Handlungen um den Preis gewonnen, auf die tatsächlichen Handlungen keinen Einfluss nehmen zu können. Die Einheit der Menge ist nur das Produkt des Repräsentationsverhältnisses und besteht allein als Folge der unbeschränkten Herrschaft. Das Volk kann sich nur durch, niemals abseits von oder entgegen der Herrschaft äußern. Nur die souveränen Handlungen sind Handlungen der auf den Pfaden individueller

27 Denn Souveränität »kann nur dadurch zustande kommen, daß eine Vielheit sich so verhält, als ob sie [...] ein einziger [wäre].« (Arendt 1994: 214f.)

28 »So ist also eine *Person* dasselbe wie ein Darsteller, sowohl auf der Bühne als auch im gewöhnlichen Verkehr, und als *Person auftreten* heißt soviel wie sich selbst oder einen anderen *darstellen* oder *vertreten*.« (Hobbes 1966: 123)

29 Entscheidend für diese Studie ist das Verhältnis der Repräsentation, nicht dessen Ergebnis. Die weiterhin vielfach diskutierte Frage, wie die Person des Staates in Hobbes' Schriften zu verstehen ist, kann ich hier nicht aufgreifen. Vgl. zum Stand der Diskussion Fleming (2021).

Zustimmung hergestellten Kollektivität. Sich über den Souverän zu beklagen, bedeutet demnach, sich über sich selbst zu beschweren. Das gilt auch für den Willen des Volkes als Vergesellschaftung der Menge. Den »privaten Gesinnungen« sind also im Gesellschaftszustand »politische Auswirkung genommen« (Koselleck 1973: 23). Denn, wie Hobbes feststellt, auch die Missachtung von natürlichen Gesetzen »genügt nicht, einen Untertanen zu bevollmächtigen, entweder Krieg gegen seinen Souverän zu führen oder ihn wenigstens der Ungerechtigkeit anzuklagen oder sonst irgendwie schlecht über ihn zu sprechen« (Hobbes 1966: 192).<sup>30</sup> Zwar kann die Herrschaft zu bestimmten Handlungen verpflichtet sein. Aber diese Verpflichtungen sind nicht die Folge der Autorisierung, durch die das Repräsentationsverhältnis eingerichtet wird. Sie liegen dem Verhältnis der Repräsentation nicht zugrunde, denn der Souverän ist allein Gegenstand des Vertrages, den die Einzelnen der Menge untereinander geschlossen haben. So ist der Gesellschaftszustand das Ende der Parteilichkeiten und Parteilichkeiten. Zwar könnte man annehmen, so Hobbes, dass die Einzelnen zuvor einen individuellen Herrschaftsvertrag vereinbart hätten. Aber nach dem Eintritt in den Gesellschaftszustand ist ein derartiger Vertrag mit einzelnen Parteien auf jeden Fall »unwirksam«, denn jede Handlung, die als Bruch des Vertrages aufgefasst werden könnte, gilt als die eigene Handlung derjenigen, die ihn anzeigen. Und ein Vertragsschluss mit der »ganzen Menge als einer Partei ist unmöglich« (Hobbes 1966: 137), weil die Menge im Voraus der Autorisierung noch nicht als eine Person auftreten kann. Nur durch ein Verhältnis der Repräsentation und nur im Rahmen dieses Verhältnisses besteht die Einheit der Menge, oder: die Gesellschaft als (politische) Form.

### 2.1.3 Die politische Form der Demokratie

Für Hobbes ist, wie für Lefort, Gesellschaft eine politische Angelegenheit. Denn das Objekt der Gesellschaft kann nur aufgrund von Verfahren der Repräsentation, in Bezug auf die Stellung der Macht, zur Existenz gelangen. Abseits dieses Repräsentationsverhältnisses gibt es für Hobbes allein die »Menge«. Die Begründung souveräner Herrschaft im *Leviathan* ist ein rationalistisches Beispiel für den Zusammenhang von politischer und gesellschaftlicher Repräsentation: Erst aufgrund der Stelle der Macht kann sich die Gesellschaft als jene Einheit erfahren, die sie selbst hervorgebracht hat. Einen einheitlichen sozialen Raum kann es für Hobbes nur mittels Repräsentation geben. Gesellschaft kann sich, so konzipiert Lefort diesen Zusammenhang, allein durch eine Position

30 Eine Anklage aufgrund gesetzlicher Regelungen ist allerdings möglich. Siehe dazu *Kapitel 2.3.2.*

der Externalität auf sich selbst beziehen. Während Hobbes die Institutionalisierung uneingeschränkter Staatsgewalt rechtfertigen möchte, geht es Lefort um die Konstitution sozialer Tatsachen und gesellschaftlicher Formen infolge von spezifischen Verfahren der Repräsentation. Sie rahmen und prägen den Raum der Gesellschaft.

Nachdem der Zusammenhang zwischen der Repräsentation der Macht und der Verfassung des Sozialen deutlicher geworden ist, sollen nun die Kennzeichen der *demokratischen* Gesellschaftsform mit Lefort expliziert werden. Das ist von zentraler Bedeutung für die Frage nach der Rolle der Rechte, schließlich wird am Ende die These stehen, dass Rechte dazu beitragen können, die Demokratie in Form zu setzen. Rechte sind *politische* Rechte, weil und insofern sie dazu beitragen, die Demokratie zu formieren. Dabei ist jedoch die Genealogie der Lefort'schen Überlegungen zur Demokratie zu berücksichtigen. Lefort konzentriert sich nämlich oftmals auf die Gesellschaftsform des Totalitarismus, um sodann die Kennzeichen der Demokratie herauszuarbeiten: Lefort blickt in der Regel von der *re*-personalisierten Form des Totalitarismus zur *de*-personalisierten Form der Demokratie. Auf diese Weise erscheinen die Logik der Negation und des pluralen Konfliktes als das exakte Gegenstück zur Logik der Identifikation und der repressiven Einheit, die Lefort zufolge für totalitäre Gesellschaften wesentlich sind. Diese Perspektive verstellt aber vor allem die Sicht auf die demokratische Funktion der Rechte. Deshalb ist es wichtig, die Demokratie, soweit das möglich ist, nicht allein als dieses Gegenstück, sondern als ein »ganz einzigartiges In-Form-Setzen der Gesellschaft« (Lefort 1999: 49) zu fassen. Diese selbstständige Form der Demokratie entdeckt Lefort insbesondere in der numerischen Abstraktion vom Willen des Volkes durch das Verfahren der Wahl.<sup>31</sup>

Lefort gelangt regelmäßig von der Totalitarismus- zur Demokratietheorie.<sup>32</sup> »Genau genommen sind nahezu alle Schriften Leforts über die Demokratie um diesen Unterschied [zwischen demokratischen und totalitären Gesellschaften] herum konstruiert oder beschwören ihn zumindest herauf, um das Wesen der Demokratie zu erläutern.« (Geenens 2012: 83) Es ist für ein systematisches Verständnis der Überlegungen von Lefort überaus relevant, diese demokratietheoretische Konstruktion konsequenter zu bedenken und also zu beachten, dass Lefort demokratische Gesellschaften vielfach anhand der »Umkehrung« (Lefort 1990a:

31 Siehe dazu gleich *Kapitel 2.2.*

32 In Anlehnung an den Beitrag von Rödel (1997). Dort wird festgehalten, dass sich »[a]us der historischen Erfahrung des Totalitarismus als einer die Freiheit und die Rechte der Einzelnen auslöschenden ›Antwort‹ auf die Dekorporierung und Säkularisierung von Gesellschaft und Macht [...] für Lefort Konsequenzen für die Ausarbeitung einer Theorie der Demokratie [ergeben].« (ebd.: 216)

288) der Demokratie durch die politische Form des Totalitarismus beschreibt. Dieser enge Zusammenhang von Totalitarismus- und Demokratietheorie kann anhand des wohl berühmtesten Textes von Lefort, *Die Frage der Demokratie*, aufgezeigt werden. Der Text enthält einige Passagen, die die Form der Demokratie zu definieren scheinen. Wesentlich ist, so hält Lefort dort fest, »daß die Demokratie sich dadurch instituiert und erhält, daß sie die Grundlagen aller Gewißheit auflöst. Sie eröffnet eine Geschichte, in der die Menschen die Probe auf eine letzte Unbestimmtheit machen« (Lefort 1990a: 296). Ungewissheit und Unbestimmtheit sind demnach die zentralen Kennzeichen demokratischer Vergesellschaftung. Mit dieser fundamentalen Kontingenz geht die Institutionalisierung des Konfliktes einher, also der ausdrücklichen (und irreduziblen)<sup>33</sup> Möglichkeiten, die sozialen Institutionen und Verhältnisse befragen und stets anders über sie entscheiden zu können. Beides erklärt Lefort explizit anhand der Diskrepanz zur Form des Totalitarismus. Er beschreibt die Demokratie als »Gesellschaft, die *im offenkundigen Kontrast zum Totalitarismus* die Unbestimmtheit in ihre Form aufnimmt und erhält.« (ebd.: 291, Herv. J.H.) Diese demokratische Unbestimmtheit ist das genaue Gegenstück des Totalitarismus, den Lefort als Versuch der vollständigen Determination des Sozialen versteht.<sup>34</sup> Ebenso werden dort die Möglichkeiten des Konfliktes weitgehend eingeschränkt. Schlussendlich erhält die Demokratie somit »genau auf der Folie des Totalitarismus [...] eine neue Kontur. [...] Sie tritt *nun* ihrerseits als eine bestimmte Gesellschaftsform in Erscheinung« (ebd.: 288, Herv. J.H.). Totalitäre Gesellschaften fungieren als die Negativfolie, um die Konturen der Demokratie zu zeichnen. Es wird sich aber zeigen, dass diese Bejahung der Unbestimmtheit und Ungewissheit nicht die einzige Weise ist, mit Lefort die Form der Demokratie zu verstehen.

Der Fokus auf die radikale Unbestimmtheit der Demokratie, die sich aus der einseitigen Interpretation dieser Überlegungen ergibt, hat zur Folge, die formbildenden Wirkungen der Repräsentation zu vernachlässigen und damit einen zentralen Beitrag des Ansatzes von Lefort mindestens zu verkürzen, wenn nicht gar komplett aus dem Blick zu verlieren. Eine letzte Ungewissheit sozialer Tatsachen und die Produktivität des Konfliktes werden so, infolge des beschriebenen Zusammenhanges, und

- 33 Die Einsicht in die irreduzible Konfliktivität des Sozialen ist auch Resultat der Auseinandersetzung mit Machiavelli u.a. im Rahmen der von Raymond Aron betreuten Doktorarbeit (Lefort 2012). Zur Bedeutung von Machiavelli für das politische Denken von Lefort vgl. z.B. Erfani (2008). Die Einsicht in die Unbestimmtheit sozialer Institutionen entwickelt Lefort zudem im Rahmen der Interpretation von Tocqueville (vgl. z.B. Lefort 1988c).
- 34 Auch anderswo hält Lefort (1999: 48) fest, dass »kein Zweifel« besteht, dass die »Unternehmen des Totalitarismus [...] zur Klärung des Geheimnisses der Demokratie beitragen«.

sowohl in den ontologischen als auch in den phänomenologischen Interpretationen,<sup>35</sup> zum »Wesen der Demokratie« gekürt. Im Anschluss an die Beobachtung einer grundlegenden (ontologischen) Teilung der Gesellschaft deutet etwa Miguel Abensour die Demokratie unter Rückgriff auf Lefort als Ordnung der Deutungsoffenheit und spricht von einer »wesensgleiche[n] Verbindung mit der Unbestimmtheit« (Abensour 2012: 227). Ganz ähnlich versteht Oliver Marchart die Demokratie mit Lefort als »gegründet auf der Anerkennung der eigentlichen Abwesenheit eines letzten Grundes.« (Marchart 2010: 150) In einer phänomenologischen Deutung hält Bernard Flynn fest, dass »der Begriff des ›Volkes‹, aus dem die moderne Demokratie ihre Legitimation bezieht, eben kein bestimmter Begriff [ist]; er hat keine exakten Grenzen.« (Flynn 2005: 158) Charakteristisch für die Demokratie ist somit, wie auch Ulrich Rödel bemerkt, dass das Volk nicht eindeutig bestimmt werden kann und dass sie dementsprechend »die Konflikte [...] innerhalb der Gesellschaft als unausweichlich und notwendig bejaht, anstatt sie als gefährlich anzusehen, zu leugnen oder zu unterdrücken.« (Rödel 1997: 216)

In diesen Ansätzen werden die Idee und Praxis der Demokratie mit Lefort im *Register der Unbestimmtheit* entfaltet. Die Demokratie wird (wiederum in Abgrenzung von der Form des Totalitarismus)<sup>36</sup> als die Form der uneingeschränkten Kontingenz und des permanenten Konfliktes konzipiert. Sie affirmiert eine offene Zukunft und erhält sich durch den Schutz von sozialer Vielfalt und Räumen der Kontestation. Die politische Funktion von Verfahren der Repräsentation ist dann darauf begrenzt, eben diese reversiblen Entscheidungen und fortwährenden Auseinandersetzungen zu institutionalisieren und die »Leerstelle« der Macht zu bekunden. Insbesondere die Wahl hat allein die Funktion, die Konflikthaftigkeit des Sozialen zum Ausdruck zu bringen und »symbolisch zu zivilisieren« (Rödel 1997: 217). Sie dient dazu, »den politischen Wettbewerb mit Regeln zu versehen, die eine periodische Evakuierung des Ortes der Macht garantieren« (Marchart 2010: 149) und drückt dadurch jene »offene und unabschließbare Prozesshaftigkeit« aus (Gaus 2004: 76), die für die Demokratie wesentlich ist.

Die Interpretation im Register der Unbestimmtheit kann einer immanenten Kritik unterzogen werden. Denn sie bedeutet, den Prozess der Demokratisierung zu naturalisieren und – gegen den eigentlichen Ansatz

35 Zur Unterscheidung dieser beiden Linien der Lefort-Interpretation vgl. Klein (2016: insb. 43 ff.).

36 Vgl. exemplarisch den Argumentationsgang von Marchart (2010: 143 ff.), der zuerst mit Lefort das Phänomen des Totalitarismus diskutiert, um im Anschluss daran zu »rekapitulieren, worin genau die Differenz zwischen dem demokratischen Dispositiv und den verschiedenen Formen von Ideologie besteht.« (ebd.: 146)

von Lefort<sup>37</sup> – schließlich zu ent-historisieren. Versteht man unter der Form der Demokratie vorrangig die Kontestation der Form, zeichnet sie sich dadurch aus, dass alle gesellschaftlichen Tatsachen, rechtlichen Normen und wissenschaftlichen Einsichten immer bereits die Möglichkeit von weiteren, wiederum nur vorläufigen und insofern partikularen Formulierungen in sich tragen. Alle Definitionen stehen potentiell infrage. Der Prozess der Demokratisierung wäre dadurch aber selbst schicksalhaft, die politische Form der Demokratie unausweichlich. »Lefort impliziert, dass die endgültige Form der Demokratie nicht Despotismus sein *kann* [...], einfach weil die Demokratie keine endgültige Form *hat* [...]. Der Kopf des Königs kann nicht wieder an seinem Körper befestigt werden, und so können wir nicht anders als frei sein.« (Bilakovics 2012: 152f.) Historischer Wandel verläuft im Register der Unbestimmtheit notwendigerweise in demokratische Bahnen zurück.<sup>38</sup> Das »Abenteuer der modernen Demokratie« (Lefort 1990a: 288) würde sodann das Ende der Geschichte der gesellschaftlichen Formen markieren, weil hinter der Demokratie letztendlich immer schon wieder die Demokratie wartet. Die Geschichte der Gesellschaftsformen und Repräsentationsregime wäre dann, auch und gerade mit Blick auf das »totalitäre Abenteuer« (Lefort 1999: 61), nur die Wiederkehr der Demokratie.

Darüber hinaus kann der Interpretation im *Register der Unbestimmtheit* aber auch eine andere Lesart im *Register öffentlicher Gleichheit* entgegengesetzt werden. Das ist das Vorhaben der folgenden Seiten. Ich richte dazu, wie schon angedeutet wurde, den Fokus auf die in-Form-setzenden Wirkungen der Repräsentation (der Macht). Nicht nur hält diese Interpretation an die These der gesellschaftlichen Formgebung durch Repräsentation deutlicher Anschluss. Zudem werden nur so die verbreiteten Beschreibungen der Form der Demokratie (von und mit Lefort)<sup>39</sup> als unbestimmt und konfliktiv verständlich. Denn Lefort geht es nicht um die Unbestimmtheit als solche, vielmehr um die egalitäre Berücksichtigung der Einzelnen, die dann den Konflikt um andere Bestimmungen erst als demokratischen (legitimen) Konflikt sinnvoll machen. Natürlich hat das demokratische Repräsentationsregime auch die Funktion, Kontroversen zu begrüßen und auf Dauer zu stellen. Die Demokratie ist die Normalisierung des Konfliktes. Aber die Frage nach der demokratischen Form des Konfliktes, nach seinen temporalen und ästhetischen Elementen, wird in der Interpretation im Register der Unbestimmtheit kaum

37 Siehe dazu *Kapitel 2.1.1.*

38 Für diese demokratische Disposition der Geschichte spricht werkintern, dass Lefort zufolge die totalitäre Gesellschaftsform schließlich am Erfahrungsbestand der Demokratie scheitern musste (vgl. Lefort 1986c: 291; 1999: 63f.).

39 Es soll, um dies noch einmal deutlich zu machen, nicht bestritten werden, dass Lefort selbst an vielen Stellen eine solche Interpretation im Register der Unbestimmtheit nahelegt.

aufgegriffen. Wohl auch aufgrund des Zusammenhanges von Totalitarismus- und Demokratietheorie bleibt auch Lefort selbst hier manchmal vage.<sup>40</sup> Ich möchte argumentieren, dass die Untersuchung des demokratischen Repräsentationsverhältnisses diese theoretische Lücke füllen und erklären kann, wieso für Lefort die Demokratie zugleich und zuerst jene Gesellschaftsform ist, mit der »sich die Ungleichheit im Horizont der Gleichheit [entfaltet].« (Lefort 1990c: 35) Dieser Horizont der Gleichheit und also ein normativer Anspruch der Gleichberücksichtigung ist, so wird zu zeigen sein, das Ergebnis einer spezifischen Repräsentation der Macht.

Hingegen wird die Egalität der Demokratie im Register der Unbestimmtheit entweder stillschweigend angenommen. Oder die positive Bestimmung der Gleichheit wird als bloßes Korrelat der Kontingenz des Sozialen eingeführt. Aus der Grundlosigkeit gesellschaftlicher Verhältnisse und Institutionen ergibt sich demnach bereits der Horizont der Gleichheit. Der Tatsache oder der Erfahrung der Unbestimmtheit entsprechen in dieser Interpretation die gleichen Möglichkeiten, den etablierten Normen und Privilegien widersprechen zu können. Eine basale Gleichheit ist die Folge der »Verneinung einer wirklichen oder natürlichen Grundlage der sozialen Ordnung« (Weymans 2011: 183). Gleichheit ist sodann die (logische) Konsequenz der letztgültigen Unbestimmtheit. Gleichzeitig soll aber die Idee der Gleichheit den demokratischen Gesellschaften als Wegweiser dienen, sie soll jene »leiten«.<sup>41</sup> Doch um das tun zu können, muss die Idee der Gleichheit sich von der Unbestimmtheit per se unterscheiden, muss »mehr« sein als das Korrelat einer grundlosen Gesellschaft, denn Gleichheit als Wegweiser (und damit als normativer Maßstab) ist weder Grund noch Konsequenz dieser fundamentalen Unbestimmtheit. Dass nichts notwendigerweise so bleiben muss, wie es ist, sagt noch nichts darüber aus, wie es anders wird und wie es anders werden soll. Es geht aber im Register der Unbestimmtheit um eine *bestimmte* Unbestimmtheit, die sich an der Idee der Gleichberücksichtigung als Vollzugsform der jeweiligen *Umbestimmungen* orientiert. Dieser Anspruch, gleich (viel) zu zählen, muss hervorgebracht werden. Es gibt ihn – auch das zeigt ja die Geschichte der Gesellschaftsformen – nicht einfach so. Nicht allein der Wegfall traditioneller Herrschaftsbegründungen und Ordnungsmuster, sondern Verfahren egalitärer Repräsentation definieren deshalb für Lefort die demokratische Form.

40 »Was heißt nun aber, dass die Demokratie den Konflikt *für legitim* erachtet? [...] Lefort bleibt an dieser Stelle unbestimmt.« (Raimondi 2014: 127)

41 »[D]emokratische Gesellschaften werden von der Idee der Gleichheit *geleitet*« (Weymans 2005: 267, Herv. J.H.).

## 2.2 Die numerische Einheit des Volkes

Die Form der Demokratie wird mit Lefort regelmäßig im *Register der Unbestimmtheit* aufgezeichnet, als die Versicherung der Kontingenz und Institutionalisierung des Konfliktes. Es ist die Verfassung der andauernden Bestreitbarkeit, die demokratische Verhältnisse etabliert. Jene Deutung setzt jedoch den entscheidenden Schritt zu spät ein. Sie versteht das Repräsentationsregime der Demokratie als nachrangig, nämlich als den bloßen Ausdruck der fundamentalen Unbestimmtheit und Umstrittenheit. Wie würde sich dagegen die Form der Demokratie im *Register öffentlicher Gleichheit* darstellen? Diese Interpretation hält konsequent Anschluss an die formierenden (konstruktiven bzw. kreativen) Wirkungen von Repräsentation, die für die Herangehensweise von Lefort und insbesondere für dessen Konzeption der Demokratie als ein »einzigartiges In-Form-Setzen der Gesellschaft« elementar sind. Die Wahl hat dann deshalb eine politische Bedeutung – d.h. eine Bedeutung für die Form der modernen Demokratie –, weil dort die Gleichberücksichtigung der Einzelnen hervorgebracht wird, die aus der Umstrittenheit und Unbestimmtheit erst demokratische Verhältnisse macht. Diese Öffentlichkeit der Gleichheit wird auch den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung im Werk von Lefort besser erklären können.<sup>42</sup>

Eine solche politische Funktion der Wahl ist zunächst verwunderlich. Schließlich wird sie vielfach dafür beargwöhnt, den kollektiven, den konstatativen und den öffentlichen Charakter der Demokratie zu verformen. Bei der Wahl handelt es sich »der Idee nach nur«, so hält etwa Habermas fest, um den »abschließende[n] Akt eines kontinuierlichen, öffentlich ausgetragenen Streites von Argument und Gegenargument« (Habermas 1990: 314). Ein anspruchsvolles Verständnis der Demokratie, wie es agonale, republikanische oder deliberative Demokratiekonzeptionen ausbuchstabieren, begreift das Verfahren der Wahl meistens als einen allein in funktionalen Erfordernissen begründeten Mechanismus der formalen Legitimation. Statt Debatte und Diskussion zu forcieren, erscheinen Wahlen dabei als ein privatives Verfahren der Vereinzelung und der schlichten Addition von im Geheimen aufgezeichneten Präferenzen. Sie führen außerdem dazu, die Grenzen des *demos* als eine Gemeinschaft der Staatsbürger:innen zu befestigen. Die Demokratie der Wahl beschränkt, so die geteilte Kritik, politische Entscheidungen auf ein diskontinuierliches Auswählen von offiziösen Entscheidungsträger:innen und abstrahiert von den Bedingungen der freien und gleichen Teilhabe an diesen Entscheidungen.

Für Lefort besteht die Funktion der Wahl hingegen nicht zuerst darin, den Prozess der Meinungs- und Willensbildung vorläufig zum Abschluss

42 Siehe dazu *Kapitel 2.3.3.*

zu bringen. Im Unterschied zur Interpretation im Register der Unbestimmtheit ist die Wahl aber auch nicht nur ein ritualisierter Nachweis der »Leere« der Macht, die auf diese Weise die konstitutive Umbestimmbarkeit demokratischer Gesellschaften auf Dauer stellt. Zwar hat die Wahl *auch* diese Funktion, solche Auseinandersetzungen (um andere Bestimmungen) zu institutionalisieren. Sie richtet aber *zuerst und primär* die Souveränität des Volkes als egalitär durchbrochen ein. Die politische Funktion der Wahl ist damit eine positive,<sup>43</sup> weil und insofern die Wahl die negative Funktion erfüllt, das Kollektivsubjekt des Volkes in »Recheneinheiten« zu überführen (Lefort 1990a: 295). Die Wahl bringt Volkssouveränität – die Einheit des Volkes und seinen einheitlichen Willen – erst hervor, aber sie tut dies so, dass sie jene Einheit egalitär verfasst. Über die Manifestation der Grundlosigkeit des Sozialen hinaus besteht die politische Bedeutung der Wahl (und der Zahl)<sup>44</sup> somit in einer identitätszersetzenden Repräsentation des Volkes. Denn die Wahl ist *nicht* dazu in der Lage, »den allgemeinen Willen auszusprechen oder ihm ein Gesicht zu verleihen« (Lefort/Gauchet 1990: 108). Sie versetzt das Volk also gerade *nicht* in die Lage, mit einer einzigen Stimme zu sprechen. Mit der Wahl wird die Repräsentation der Macht auf eine Weise effektiv, die Lefort als »quasi-Auflösung der sozialen Beziehungen« beschreibt, »in dem Augenblick, in dem sich der Volkswille ausdrückt« (Lefort 1999: 51). Diese numerische Begründung der Macht strömt durch den gesamten sozialen Raum. Die Wahl wiederholt und bestätigt also nicht nur die Unbestimmtheit des Sozialen. Die Gleichheit der Stimme zeichnet vielmehr die Konturen einer Gesellschaft, die aufgrund von und infolge der Wahl als Einheit der Differenzen, als ein Zusammenhang egalitärer Einzelheiten eingerichtet ist.

Dieser Egalitätseffekt lässt sich in einem ersten Schritt anhand einer schematischen Unterscheidung zwischen modernen und vor-modernen Wahlen akzentuieren. Letztere zeichnen sich zum einen durch die weitreichende Einschränkung der Verfahrensautonomie aus (vgl. Dartmann et al. 2010; Stollberg-Rilinger 2017). Sinn und Ziel bestehen darin, Kontingenz so weit wie möglich zu reduzieren. Nicht die Auswahl tatsächlicher Alternativen und also Möglichkeiten einer Inszenierung von Dissens, sondern die Bekräftigung des Gegebenen und die Herstellung von Konsens steht im Zentrum der jeweiligen Verfahren. Zum anderen und wichtiger noch, basieren jene Wahlen nicht auf der Gleichgewichtung der einzelnen Stimme. Die Wahl reproduziert hier die (in der Regel

43 Schnell (2009: 216) spricht hinsichtlich des Ortes der Macht bei Lefort treffend von einer »bestimmte[n]« und »positive[n] Leere«.

44 »[D]ie Idee der Zahl als solche steht im Gegensatz zur Idee der Substanz der Gesellschaft. Die Zahl bricht die Einheit auf, zerstört die Identität.« (Lefort 1986b: 303)

hierarchischen) bestehenden sozialen Formationen. Die gesellschaftlichen Zugehörigkeiten und Status erstrecken sich typischerweise in das Wahlverfahren hinein und prägen es maßgeblich. Nicht nur ist das Repräsentationsverhältnis auf diese Weise untrennbar mit Macht und Einfluss verwoben. Auch ist die Auswahl selbst nicht an Prozeduren der Abstraktion gebunden, die jene Gleichheit der Wahlstimme einsetzen. Nur am Ende der mehrstufigen Verfahren und nur im kleinen Kreis wurde »ausnahmsweise von Status- und Rangunterschieden abgesehen« (Stollberg-Rilinger 2017: 49).

Während in vor-modernen Wahlen die sozialen Gegebenheiten bekräftigt werden, fallen in demokratischen Wahlen die Konstitution und die Transgression der gesellschaftlichen Form zusammen. Denn sie bewirken, dass die Einheit des Volkes und darüber die Einheit der Gesellschaft zugleich konstituiert wie fragmentiert wird. Zwar hat die Wahl zur Aufgabe, den Willen des Volkes auszudrücken. Sie

[verwandelt] aber dieses Volk, im Augenblick selbst, in dem es seinen Willen vermeintlich behauptet, in eine reine Vielfalt von Individuen – ein jedes abstrahiert vom Netz der sozialen Bande, die seine Existenz bestimmen, eine Vielzahl von Atomen, oder genauer: von Zählseinheiten. Kurzum: es zeigt sich, daß der Letztbezug auf die Identität des Volkes, auf das instituierende Subjekt den rätselhaften Schiedsspruch der Zahl verdeckt. (Lefort 1999: 52f.)

Im Rahmen der Wahl soll das Volk seinen Willen äußern. Aber es kann das nur so tun, dass es in »eine Vielzahl von Atomen« aufgespalten wird, dass das Volk zersplittert in Einzelheiten gleicher Relevanz. Für die Demokratie ist ein diskursiver wie temporaler Prozess des Streitens um die Stelle der Macht essentiell. Aber es ist für Lefort vor allem das Verfahren der Wahl selbst, das die politische Form der Demokratie hervorbringt. Hier wird der Volkswille wirklich, indem das Volk in seinen numerischen Ausdruck zerfällt. Der (eine) Volkswille verwandelt sich in dem Moment, in dem es ausschließlich um ihn gehen soll, in die pure Vielfalt der gleichen Stimme. Schon deshalb ist es fraglich zu behaupten, dass Macht durch Wahlen erzeugt wird. Vielmehr wird die Souveränität des Volkes durch das Verfahren der Wahl bestätigt und suspendiert, seine Einheit aufgezeichnet und durchgestrichen.

Die demokratische Repräsentation der Macht verbindet somit Einheitsstiftung mit der Negation dieser Einheit und den Projektionen einer Herrschaft *des* Volkes. Lefort geht es nicht vorrangig darum, die Vorstellung zurückzuweisen, man könnte den Volkswillen in Kettenmodellen der Legitimation in die Entscheidungen (und die Zwangsgewalt) staatlicher Institutionen übersetzen. Es geht ihm somit nicht zuerst darum, Verfahren der Repräsentation wiederum mit Souveränität des Volkes zu kontrastieren. Lefort richtet den Blick vielmehr darauf, wie der

Anspruch der Volkssouveränität wirklich wird und was diese Wirklichkeit der Volkssouveränität für die Form der Gesellschaft bedeutet. Die Wahl ist demnach darin bedeutsam für die Formierungen der Demokratie, dass sie das Volk als ein durchgestrichenes Subjekt der Legitimation etabliert, als ein »instituierendes Subjekt«, dessen Substanz allein in der egalitären Berücksichtigung der Einzelnen besteht. Die moderne Demokratie setzt demnach nicht Formlosigkeit an die Stelle der Form. Sie wendet vielmehr den Hypostasierungen der Allgemeinheit die Öffentlichkeit der Gleichheit entgegen.

Diese formbildenden Wirkungen möchte ich im nächsten Schritt anhand einer einflussreichen Kritik der Wahl vertiefen. Die Beobachtungen von Lefort sind schließlich keineswegs neu. Die Wahl als ein Mechanismus der gesellschaftlichen Vereinzelung und als ein Hindernis der Souveränität des Volkes bildet von Beginn an einen zentralen Einsatz der anti-parlamentarischen Kritik, die eine liberale Privatisierung der Demokratie durch die Ausweitung des Wahlrechts befürchtet. In seinen Betrachtungen zur *geistesgeschichtlichen Lage des heutigen Parlamentarismus*, unter der Überschrift einer »Vorbemerkung über den Gegensatz zwischen Parlamentarismus und Demokratie«, stellt Carl Schmitt als ein Vertreter dieser Kritik die demokratische Qualität der Wahl rundheraus in Abrede. Denn der Wille des Volkes kann, so Schmitt, nur schwerlich in der Form einer »arithmetische[n] Mehrheit« kristallisieren, und die »Demokratie [ist] etwas anderes [...] als ein Registriersystem geheimer Abstimmungen.« (Schmitt 2017a: 22) Der Arithmetik der Wahl stellt Schmitt den Vitalismus der Demokratie entgegen, und so besteht für ihn zwar zwischen Parlamentarismus und Demokratie, aber nicht zwischen Demokratie und Diktatur ein Gegensatz, insofern auch unter diktatorischen Bedingungen »der Wille des Volkes allein maßgebend sein kann.« (ebd.: 37) Diese anti-liberale Kritik der Wahl geht von einem organischen Begriff des Volkes sowie einem substantiellen Begriff der staatsbürgerlichen Gleichheit aus und ist auf diese Weise mit dem Verständnis demokratischer Befähigung, das dieser Studie zugrunde gelegt ist, unvereinbar.<sup>45</sup> Sie ist aber insofern relevant, als ein Zusammenhang zwischen der Form der Demokratie und formal-egalitären Verfahren der Repräsentation in Zweifel gezogen und dadurch konturiert wird. Die Schmitt'sche Kritik erkennt, dass der Wille des Volkes hergestellt werden muss und dass die Mittel seiner Herstellung von entscheidender, weil formbildender Bedeutung sind. So erläutert Schmitt in einem kurzen Beitrag zum demokratischen Rechtsstaat, der im selben Jahr wie die *Verfassungslehre* erscheint, die Geheimwahl als ein Werkzeug, das ganz und gar ungeeignet ist, die Souveränität des Volkes »ins Werk zu setzen« und den Willen des Volkes abzubilden (Schmitt 1928:

45 Siehe dazu *Einleitung*.

202).<sup>46</sup> Die Wahl ist für Schmitt ein technisch-neutraler Vorgang der Addition privater Präferenzen. In den Begriffen der klassischen Demokratietheorie kann sie niemals die *volonté générale*, nur die *volonté de tous* generieren (vgl. Schmitt 2017b: 246), denn in der Wahl erscheinen die Einzelnen »aus der Masse herausgenommen« (Schmitt 1928: 202) und kann somit das Volk nicht als ein gestaltendes (und das bedeutet für Schmitt: als ein entscheidendes) Subjekt auftreten. Der demokratische Rechtsstaat enthüllt sich gerade hier, in seinem repräsentativen Kern, als Verbindung von widersprüchlichen Elementen, »dessen Sinn gerade darin besteht, eine politische Form zu vermeiden« (ebd.). Die Wahl ist, kurz gesagt, für Schmitt ein identitätszersetzender und *deswegen* ein formzersetzender Vorgang.

Wie Lefort bemerkt also schon Schmitt, dass sich im Rahmen der Wahl alle gesellschaftlichen Bindungen auflösen, die Einheit des Volkes in die Summe der Einzelwillen zerfällt und auf diese Weise »der Souverän verschwindet« (Schmitt 2014b: 126). Repräsentationsverfahren wie das Wahl degenerieren Schmitt zufolge die demokratische Form, die nicht der Logik der Gleichheit, sondern einer Logik der Identifikation (also der exkludierenden Gleichsetzungen) verpflichtet ist. Zugleich kann aber auch die demokratische Form auf Verfahren der Repräsentation nicht gänzlich verzichten: »Methoden der Repräsentation« sind selbst für das identitäre Regime der Demokratie »unumgänglich« (Schmitt 2017b: 205). Dabei besteht Schmitt zufolge ein notwendiger Zusammenhang zwischen Öffentlichkeit und der Repräsentation des Volkes. Repräsentation zeichnet sich dadurch aus, »ein unsichtbares Sein durch ein öffentlich anwesendes Sein sichtbar [zu] machen und [zu] vergegenwärtigen« (ebd.: 209). Schmitt betont auf diese Weise – wie nach ihm Lefort und vor ihm Hobbes – den formierenden Charakter der Praxis der Repräsentation (vgl. Duso 2005: 148 ff.; Neumann 2015: 150 ff.; Martínez Mateo 2018: 89 ff.). Die Einheit des Volkes muss einerseits erst hervorgebracht werden. Deshalb ist dessen Repräsentation »kein normativer Vorgang«, sondern »etwas *Existentielles*.« (Schmitt 2017b: 212, 209) Jenseits der Repräsentation gibt es nur Unverbundenes, Vergegenwärtigung und Einheitsstiftung sind nicht voneinander zu trennen. Der Vorgang der Einheitsstiftung ist aber andererseits von substantiellen

- 46 Zur Ideengeschichte der Geheimwahl vgl. Buchstein (2000). Siehe in diesem Zusammenhang auch die Bemerkungen von Otto Kirchheimer (2017: 145f.) zum »spezifischen politischen Wert« der öffentlichen Wahlen in der frühen Sowjetunion. Dieser Wert besteht nicht in der Entscheidung über die Träger:innschaft der Herrschaft, vielmehr im Effekt der Einheitsstiftung. »Der Unterschied zwischen geheimer und öffentlicher Wahl bedeutet in Wirklichkeit den denkbar schärfsten Bruch mit den Traditionen parlamentarisch-individualistisch-liberaler Vorstellungen«, wobei die Öffentlichkeit der Wahl »Bestätigung, Zustimmung, aber keineswegs Entscheidung [bedeutet].«

Bestimmungen der Ungleichheit durchformt, denn »etwas Minderwertiges oder Wertloses, etwas Niedriges« ist für Schmitt zur Repräsentation, zur »Heraushebung in öffentliches Sein«, nicht geeignet (ebd.: 210). Der Akt der Repräsentation lässt diese spezifischen Existenzen sichtbar werden: nur Abwesend*seiendes* kann also für Schmitt repräsentiert werden.

Dieses Sichtbarwerden wertvoller Existenzen, auch hier zeigen sich die formbildenden Wirkungen der Repräsentation, wird durch die Wahl unmöglich gemacht. Denn durch ein arithmetisches Verständnis der Idee der Gleichheit vermeidet die Wahl eine identitäre Form der Demokratie. Die Wahl »vernichtet« die Unmittelbarkeit des Volkes, weil sie als ein Medium fungiert und also ein Mittleres ist: sie steht in der Mitte und damit zwischen den Identifikationen der Demokratie.

Vom Standpunkt der echten, klassischen Demokratie (in diesem Sinne: der »reinen« Demokratie), gibt es eigentlich nichts Mittelbareres als eine auf solchen geheimen Einzelabstimmungen beruhende Feststellung des politisch maßgebenden Willens, durch welche der einzelne Stimmberechtigte zum isolierten, unverantwortlichen Privatmann und die in vitaler Unmittelbarkeit gegebene Gesamtgröße Volk zu einem Additionsverfahren gemacht wird. (Schmitt 2014a: 53)

Diese numerische Gleichheit steht insbesondere der Möglichkeit der Öffentlichkeit und also den Bedingungen der Repräsentation, wie Schmitt sie versteht, entgegen. Die Gleichheit der Zahl ist die Negation der spezifischen Existenzen, die für Schmitt die Basis des Repräsentationsverhältnisses bilden. Pure Gleichheit ist der Öffentlichkeit (und deshalb der Repräsentation) unfähig. Oder, anders gesagt, »Volk und Öffentlichkeit bestehen zusammen« (Schmitt 2017b: 243). Entsprechend sind für Schmitt zum Repräsentieren nicht alle in der Lage, sondern dieses Verhältnis muss »in der substantiellen Gleichartigkeit des Volkes verbleiben« (ebd.: 236). Demokratische Repräsentation ist demnach weder ein beliebiger Vorgang im Sinne der Repräsentierten noch ein Vorgang unter Beliebigen im Sinne derjenigen, die repräsentieren können. Öffentlich (und das heißt: Gegenstand von Repräsentation) kann nur das sein, was die Beliebigkeiten der formalen Gleichheit übersteigt: das Volk als Einheit substantieller Gleichartigkeit. Und immer nur dann, wenn es als eine solche Einheit öffentlich erscheint, gibt es das Volk als Subjekt der Demokratie.

Im Kontrast dazu versteht Lefort das Repräsentationsregime der Demokratie nicht im Raster der kollektivistischen Präsenz (Praktiken der Akklamation)<sup>47</sup> und der Homogenisierung (Verfahren der Exklusion). Die Wahl verhindert nicht die politische Form der Demokratie, sondern konstituiert sie. Gerade insofern die Wahl auf der formal-abstrakten

47 Die Akklamation erklärt Schmitt (2014a: 75) zum »unveräußerlichste[n] Recht jedes Volkes.«

Gleichheit der Zahl beruht – auf einer »allgemeinen und gleichgültigen[n] Gleichheit«, wie Schmitt kritisiert (Schmitt 2017b: 226) –, ist sie Lefort zufolge für die demokratische Repräsentation der Macht wesentlich. »Die Zahl tritt an die Stelle der Substanz.« (Lefort 1990a: 295) Die Wahl ist ein Vorgang der Vereinzelung, der eine andere Art der Einheitsstiftung ermöglicht (»tritt an die Stelle von«). Die Deformation substantieller Existenzen, die für das Verfahren der Wahl charakteristisch ist, ist zugleich ein Vorgang der Bezugnahme, ein In-Beziehung-Setzen und ein Einbezogen-Sein, durch das einerseits alle als *Einzelne* (Vereinzelung), andererseits alle als *gleicher Teil* erscheinen (Einheitsstiftung). Im Unterschied zu Theorien der normativen Begründung der Demokratie bedeutet das Wahlverfahren für Lefort nicht die Realisierung einer irgendwie vorausliegenden (menschlichen oder staatsbürgerlichen) Gleichheit. Es ist nicht die Applikation einer fundamentalen Egalität auf die politische Sphäre und nicht die politische Form der Gemeinschaft. Die Formierungen der Demokratie etablieren erst die Berücksichtigung von Gleichen. Das gilt insbesondere für die Wahl als ein mit der Idee der Volkssouveränität verknüpft Verfahren der Addition der je einzelnen Stimme. Auch hier, in der Rekonstruktion der Souveränität des Volkes als ein Zusammenhang gleicher Einzelheiten, erweist sich also, dass die demokratische Gesellschaftsform »nicht die Dimension des *Anderen*, sondern seine Gestalt abschafft« (Lefort 1999: 56). Zwar entscheidet ein souveränes (und insofern einheitliches) Subjekt. Aber die Wahl demonstriert gerade, dass ein »allgemeiner« Volkswille nicht zwangsläufig als »einheitlicher« Volkswille in Erscheinung treten muss.<sup>48</sup> Das Wahlverfahren bindet die Repräsentation der Macht und dadurch die Form der modernen Demokratie an jene basale Gleichbehandlung – an eine Art von Gleichheit, die nur vermeintlich von selbst vorhanden ist. Die Logik der Identifikation, die Schmitt postuliert, besteht in der Bekräftigung der Ungleichheit. Die Wahl bringt hingegen Beziehungen der Gleichheit hervor.

In der Demokratie ist die Souveränität des Volkes demnach egalitär durchbrochen. Die Öffentlichkeit der Gleichheit – im Unterschied zur *Öffentlichkeit der Gleichartigkeit* –, die durch die Wahl hervorgebracht und bestätigt wird, besteht in dieser gleichen Berücksichtigung

48 So versteht es hingegen eine radikale Kritik der Repräsentation, der zufolge die »Vorstellung der juristischen konstituierenden Macht des souveränen ›Volkes‹« mit der Vorstellung verbunden ist, dass der »*demos* als ›Volk‹ [...] nicht unbestimmt, vielheitlich und heterogen sein [darf].« (Lorey 2020: 15) Zwar bringt die Wahl einen einheitlichen Willen hervor. Aber wenn die *prä-sentische Demokratie*, die Lorey der *modernen repräsentativen Demokratie* entgegensetzt, sich einer »Inwertsetzung von Differenz« und »Zusammenführung der Vielen zum Einen« entgegenstellt sowie »radikale Inklusion« fordert (ebd.: 161, 197f.), dann scheinen eben jene Eigenschaften in egalitären Verfahren der Repräsentation bereits aufgehoben zu sein.

*tout court*. Die Gleichheit, die Verfahren demokratischer Repräsentation einsetzen, beschreibt nicht, wie bei Schmitt, eine besondere Qualität der Einzelnen, eine besondere Qualifikation, Teil des Repräsentationsverhältnisses sein zu können. Sie besteht vielmehr in der Bezugnahme auf alle Einzelnen als von gleicher Bedeutung. Als ein arithmetischer Zusammenhang bedeutet die Herrschaft der Vielen nicht die Entscheidungsgewalt der »Menge« oder »Masse« (Lefort 1997: 50). Die Demokratie ist vielmehr die politische Form, in der die »Singularität der Einzelnen« den Ausgangspunkt einer internen Selbstüberschreitung bildet. Wie Juliane Rebentisch betont, besteht ein »unüberbrückbarer Abstand zwischen den politischen Bestimmungen der Gemeinschaft und den ihr entsprechenden Gleichheitsvorstellungen auf der einen und der aus einer unabsehbaren Vielzahl von Singularitäten sich zusammensetzenden Multitude auf der anderen Seite« (Rebentisch 2015: 136). Zwar bringt auch die demokratische Wahl ein »Moment von Souveränität« (ebd.: 137) hervor, insofern sie als ein authentischer Ausdruck des Willen des Volkes aufgefasst und in Verfahren der Produktion verbindlicher Entscheidungen relevant wird. Sie bringt Einheit durch Repräsentation zustande – die Wahl produziert das Volk (und seinen vermeintlich einheitlichen Willen) als das Subjekt demokratischer Legitimation. Aus den Vielen muss eine Einheit werden, denn nur so ist Volkssouveränität möglich. Aber diese Einheit besteht infolge der Wahl aus füreinander gleichen Teilen. Weil alle als ein gleicher Teil zählen, besteht die Möglichkeit, die bestehenden Verhältnisse – die jeweiligen »Bestimmungen der Gemeinschaft« – im Namen der Demokratie selbst (und nicht notwendigerweise im Namen des Volkes) infrage zu stellen. Demokratische Souveränität ist, wie Rebentisch hervorhebt, *keine* unteilbare, weil diese Vorstellung eine »vermittlungslose Souveränität« annehmen müsste (ebd.: 136). Dass es so nicht ist, dass der *demos* nicht bereits eine Stimme hat, das zeigt sich im Akt und durch das Verfahren der Wahl. Denn hier werden alle zum gleichen Anteil des Ganzen, das auf diese Weise erst hervorgebracht bzw. dessen Willen derart »vermittelt« wird. So ist dann zu verstehen, wieso Lefort mit Blick auf die Leerstelle der Macht schreibt, dass diejenigen, die sie einnehmen, »gar nicht beanspruchen können, ihn [den Ort der Macht] sich anzueignen« (Lefort, zit. Trautmann 2013: 99). Es ist unmöglich (und gerade nicht gleichermaßen möglich), die Stelle der Macht anzueignen, weil aus diesen Beziehungen der Gleichheit kein entsprechender Anspruch abgeleitet werden kann.

Dasselbe gilt auch für die Grenzen des *demos*. Nicht nur werden alle als gleicher Teil gezählt, auch die Antwort auf die Frage, wer Teil ist, kann nicht von Bestimmungen der Ungleichheit Gebrauch machen, ohne dadurch die demokratische Form aufzuheben und den *demos* in einen *ethnos* zu überführen. Mit Blick auf die Geschichte der Demokratie

betont Lefort, dass die antike Demokratie »das Prinzip einer Macht, die sich anzueignen den Menschen untersagt ist«, eingeführt hat (Lefort 1999: 50). Aber gegen Positionen, die Volkssouveränität als das Begründungsprinzip der Demokratie deuten, wendet Lefort ein, dass dort »die Repräsentation der Polis [...] auf einer ausschließenden Unterscheidung beruht« (ebd.), auf bestimmten Kriterien von Teilhabe und Teilsein. Der Unterschied zwischen dieser und der modernen Demokratie kann also anhand der »Leere« der Macht (und der damit einhergehenden Souveränität des Volkes) nicht erfasst werden. Die antike Demokratie konnte ebenso wenig wie die moderne Demokratie jene Verkörperungen der Macht, die für das Ancien Régime und auch, unter ganz anderen Vorzeichen, für totalitäre Gesellschaften charakteristisch sind.<sup>49</sup> Auch hier ist die Macht nicht verfügbar und können deshalb »alle« die Stelle der Macht besetzen. Dennoch handelt es sich für Lefort im Fall der Antike um eine positive Bestimmung der Macht und (aufgrund der Korrespondenz von politischer und gesellschaftlicher Repräsentation) des Sozialen. Nicht, weil die Macht dort als Körper auftritt, sondern weil sie aus Verfahren hervorgeht, die mittels einer »ausschließenden Unterscheidung« operieren, die eine radikale Ungleichheit voraussetzen.

Wie Lefort hier betont, versteht man die moderne Form der Demokratie falsch, wenn man sie an die Idee der Volkssouveränität zurückbindet. Sie würde sich dann nämlich von der Demokratie der Antike allein dadurch unterscheiden, dass die Exklusionen, die damals den Kreis der Teilnehmer:innen beschränkt haben, nun überwunden sind. Die politische Form der modernen Demokratie ist aber weder die antike Demokratie ohne den Ausschluss der Armen, der Frauen oder der Sklaven noch pure Heterogenität. Der Unterschied betrifft die Form der Gleichheit selbst. Er besteht darin, dass die moderne Demokratie über die Berücksichtigung *von* bereits Gleichen hinausgeht und Teilhabe per se als Anspruch gleicher Teilhabe versteht. Lefort beschreibt deshalb die Definitionen des Volkes als »latent« (Lefort 1999: 57). Es gibt das Volk, aber es gibt es immer nur vorläufig, unter dem Vorbehalt des egalitären Einspruches. Einheit wird derart bekräftigt, dass Einheit in die Vielheit der Gleichen aufgespalten wird. Die Gemeinschaft des *demos* ist eine der egalitären Konstruktion und damit eine der Rekonstruktionen, der neuen und anderen Zusammensetzungen. Die »Unfassbarkeit« der modernen Demokratie (Lefort 1990b: 260) resultiert somit nicht zuerst aus einer fundamentalen Unbestimmtheit, sondern aus diesen spezifischen Formierungen der Gleichheit. Es handelt sich um *Formierungen* der Gleichheit, weil jene Beziehungen der Gleichheit durch Verfahren der Repräsentation erst eingerichtet werden. Und es handelt sich um Formierungen der *Gleichheit*, weil diese Beziehungen in immer neuen

49 Siehe dazu *Kapitel 2.1.1.*

Bestimmungen dessen Ausdruck erhalten können, was es bedeutet, ein gleicher Teil zu sein.

Die Öffentlichkeit der Gleichheit, die für die politische Form der Demokratie wesentlich ist, bezeichnet eine basale Egalität, die den Bestimmungen der Herrschaft des Volkes und, darüber hinaus, den sozialen Tatsachen widerstreitet.<sup>50</sup> Die Formulierung greift in kritischer Absicht jene Feststellung von Schmitt auf, dass Gleichheit der Öffentlichkeit *unfähig* ist. Sie ist für Schmitt ohne eigene Existenz, ohne ein Sein, das sichtbar gemacht werden und Relevanz beanspruchen könnte. Genau das tut Lefort zufolge aber das Verfahren der Wahl: Es bringt die Gleichheit der Einzelnen als normativen Horizont der Legitimation von Herrschaft und der Organisation der Gesellschaft hervor. Diese (numerische) Gleichheit, die es aufgrund und infolge der Wahl gibt, ist sicherlich rein formal. Die Gleichheit der Stimme ist das Mittel, um von sozialen Unterschieden zu abstrahieren. Sie sieht davon ab, wie die Teilhabenden wirklich sind, welche Rechte sie wahrnehmen können und welche Ressourcen sie besitzen. Das ist der Formalismus der Wahl. Aber diese Abstraktionen bedeuten zugleich auch, »Zugang zu einer Form der Universalität zu erhalten« (Lefort/Gauchet 1990: 113). Denn die Wahl verbindet sich mit der Figur der Souveränität des Volkes und bestimmt jede:n Einzelne:n als gleichen Teil. Die Öffentlichkeit der Gleichheit betrifft diese Gleichheit des Teilseins. Es handelt sich deshalb bei der Wahl, wie Pierre Rosanvallon in seiner Lefort gewidmeten Studie zur *Gesellschaft der Gleichen* erläutert, nicht um ein Recht und um ein Verfahren der Repräsentation unter anderen, sondern um das »Konstitutionsprinzip« der Demokratie (Rosanvallon 2017: 19), weil sie ein Verhältnis von Gleichen unter dem Gesichtspunkt der Äquivalenz herstellt. Mit der Wahl wird Gleichheit als *Maß* und als *Beziehung* manifest (vgl. ebd.: 47 ff.). Jede Stimme hat dasselbe Gewicht für ein Ganzes, das auf den Pfaden der egalitären Repräsentation erst hergestellt wird. Auf diese Weise gelangt Gleichheit als ein eigenständiger, relationaler Zusammenhang zum Ausdruck. Die Abstraktionen und Formalisierungen der Wahl sind deshalb nur unzureichend verstanden als eine »Reduktion [...] auf Recheneinheiten«, die »gleichsam Seite an Seite aufgereiht, Gegenstand einer Zählung werden könnten« (Lefort/Gauchet 1990: 119f.). Mit der Wahl wird Gleichheit als eine Relation von gleichen Teilen manifest. Gleichheit, so lässt sich gegen Schmitt formulieren, wird selbst Gegenstand der Repräsentation und hat insofern eine eigene Existenz.

50 »Öffentlich« bezeichnet also nicht, entlang der Unterscheidung öffentlich/privat, eine Sphäre oder Ebene der Gesellschaft oder einen Modus sozialer Beziehungen. Die Öffentlichkeit der Gleichheit ermöglicht es vielmehr erst, diese Unterscheidung(en) auf die Gleichberücksichtigung der Einzelnen hin zu befragen.

Die Gleichberücksichtigung der Einzelnen ist für die (moderne) Demokratie wesentlich. Sie ist das Ergebnis von Verfahren der Repräsentation, die diese Gleichberücksichtigung und darüber die Demokratie in Form setzen. Treffenderweise wurde ein pauschaler Entzug des Wahlrechts für Gefängnisinsassen vom Obersten Gerichtshof in Kanada als eine »antike Idee« zurückgewiesen. Die Qualifikation zur egalitären Repräsentation, die das Wahlverfahren bedeutet, kann, so das Gericht, nicht vom »moralischen Wert« der Einzelnen abhängig gemacht werden, ohne dass dies eine solche basale Gleichheit untergräbt.<sup>51</sup> So trifft dann auch die Kritik am Formalismus der Wahl zu, wenn sie darauf hinweist, dass im Rahmen der Wahl eine Reihe von relevanten Ungleichheiten missachtet werden. Sie enthüllt aber nicht das Wesen dieses Repräsentationsverhältnisses. Denn die Kritik an den vielfältigen Ungleichheiten, die der allein formalen Gleichheit der Repräsentation entgegengesetzt werden, beruht selbst auf der Vorstellung einer fundamentalen wie relationalen Gleichheit, die durch die Formierungen der Demokratie erst realisiert wird. Die Abstraktionen der Wahl fassen die Einzelnen als gleichen Teil. Teil zu sein bedeutet *erst jetzt*, als gleicher Teil Berücksichtigung beanspruchen zu können – auch und insbesondere gegen Souveränität des Volkes und die »Versteinerungen« der Demokratie selbst (Lefort 1990a: 291).

Demokratische Gesellschaften sind zweifellos von Hierarchisierungen und Ungleichheiten durchzogen. Sie etablieren aber zugleich ein fundamentales Moment der Gleichheit, das zur immanenten Kritik dieser problematischen Ungleichheitsverhältnisse herangezogen werden kann. Das Register der Unbestimmtheit ist somit dem Register öffentlicher Gleichheit nachgelagert. Dass demokratische Gesellschaften weitgehend unbestimmte und umstrittene sind, diese Einsicht formuliert nur die Konsequenzen eines spezifischen Repräsentationsverhältnisses, aufgrund dessen sich alle Einzelnen in gleichem Maße gegen das »Bild der Einheit« wenden können, das – etwa in den Begriffen des Staates oder der Nation – »aus dem Inneren selbst der modernen Demokratie erzeugt oder neu erzeugt wird.« (Lefort 1999: 56) Diese Formierungen der Gleichheit, die sich gegen die Selbstsetzungen der Herrschaft wenden lassen, liegen der Unbestimmtheit der Demokratie zugrunde oder, anders gesagt, sie verleihen der Unbestimmtheit eine demokratische Form.

51 »The idea that certain classes of people are not morally fit or morally worthy to vote and to participate in the law-making process is ancient and obsolete.« (*Sauvé v. Canada* [Chief Electoral Officer], [2002] 3 S.C.R. 519, 2002 SCC 68, Rd. 43) Auf das Urteil nimmt einige Jahre später der Europäische Gerichtshof für Menschenrechte in einem ähnlich gelagerten Fall Bezug (*Hirst v. United Kingdom* [No 2] [2006] 42 EHRR 41). Vgl. dazu Kesby (2012: 69 ff.).

## 2.3 Ein Medium demokratischer Repräsentation

### 2.3.1 Die politische Bedeutung der Menschenrechte

Die politische Form der Demokratie ist für Lefort zuerst das Resultat von spezifischen Verfahren der Repräsentation. Die Spezifik dieser Verfahren besteht darin, Volkssouveränität aufzurufen und (egalitär) zu durchbrechen. Die Souveränität des Volkes tritt hier als ein durchgestrichener Grund der Herrschaft in Erscheinung. Auch die demokratische Funktion der Rechte, wenn es sie denn gibt, gilt es auf diese Formierungen zu beziehen. Im Hinblick auf eben jene Funktion beschreibt die Demokratie nicht (*pace* Habermas) ein historisches Projekt der Selbstbestimmung, in dessen Zuge mittels legislativer Verfahren die Gleichheit der Rechte inhaltlich ausgestaltet wird.<sup>52</sup> Die Demokratie der Rechte bedeutet aber auch nicht (*pace* Colliot-Thélène und Ladeur), die Idee der Volkssouveränität schlichtweg aufzugeben und den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung der Form der Rechte zu übertragen.<sup>53</sup> Gegenüber diesen beiden Alternativen sollen im Folgenden mit Lefort Rechte als ein Medium demokratischer Repräsentation konzipiert werden.

Lefort diskutiert den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung anlässlich der Frage der Menschenrechte.<sup>54</sup> Diesen

52 Siehe dazu *Kapitel 1.1.*

53 Siehe dazu *Kapitel 1.2.*

54 Lefort wirft diese Frage maßgeblich im 1980 erstmals publizierten Text »Menschenrechte und Politik« auf (Lefort 1990b), und zwar an der Kreuzung von zwei historischen Entwicklungen. Zum einen reagiert dieser Text auf den Durchbruch der Menschenrechte in der internationalen Politik seit dem Ende der 1970er Jahre (vgl. Moyn 2010). Zum anderen wird die Thematik für Lefort im Rahmen des *Antitotalitarian Moment of the 1970s* (Christofferson 2004) relevant. Insbesondere die Veröffentlichung von Solschenizyns *Archipel Gulag* war Anlass einer Debatte über den repressiven Charakter des orthodoxen Marxismus, die schließlich die Hinwendung von vielen linken französischen Intellektuellen zur rechtsstaatlichen Demokratie zur Folge hatte. Obwohl die Schilderungen der stalinistischen Unterdrückung damals nicht mehr tatsächlich eine Enthüllung bedeuteten, avancierte das Buch innerhalb von wenigen Jahren zur wenigstens vordergründigen Ursache umfangreicher Verschiebungen des politischen und intellektuellen Diskurses. Diesen »Gulag-Effekt« führt Christofferson (ebd.: 100 ff.) auch auf Lefort selbst zurück, der Solschenizyn mit seinem Essay *Un Homme en trop* eine Analyse des Totalitarismus in den Mund legt, die er bereits in den Jahrzehnten zuvor entwickelt hatte (vgl. auch Ingram 2006). Ein anderer, im Rückblick deutlich einflussreicherer Strang des französischen totalitarismuskritischen Diskurses ausgehend von Solschenizyn führt zur Frage der

Zuschnitt der Debatte gilt es zunächst zu erklären. Denn wenn Lefort *die* Menschenrechte bespricht, ist nicht von einer bestimmten Gruppe subjektiver Rechte die Rede, die in nationalen Verfassungen und internationalen Deklarationen festgehalten sind. Vielmehr geht es Lefort um die Position der Rechte, um deren Rolle als der »letzte Bezugsrahmen« des Rechts. Entscheidend für Lefort ist, dass aufgrund der Rechte das Recht »stets [...] einer *rechtmäßigen Opposition* ausgesetzt [bleibt].« (Lefort 1990b: 262) Als ein Mittel der rechtmäßigen Opposition drückt die Semantik der Menschenrechte diese fundamentale Rolle der Rechte für das Recht aus. Die Menschenrechte sind der Name für die Fundamentalisierung der Rechte. Deren demokratische Funktion entfaltet Lefort in der Auseinandersetzung mit Marx. Das ist insofern konsequent, als Marx' wirkmächtige Kritik eben diesen Zusammenhang zwischen der Idee der Menschenrechte als ein oppositionelles (Rechts-)Mittel und einer spezifischen Form der Gesellschaft – nämlich der bürgerlichen Gesellschaft – adressiert. Denselben Zusammenhang greift auch Lefort heraus, wenn er die »politische Bedeutung« der Menschenrechte untersucht (ebd.: 240). Dass etwas *politisch* ist, heißt für Lefort ja gerade, dass es für die Form der Gesellschaft relevant ist.<sup>55</sup> Die Auseinandersetzung mit Marx ist deshalb wiederum Ausdruck einer kritischen Distanz zum sozialwissenschaftlichen Positivismus sowie zur pragmatischen Perspektive der »Nützlichkeitserwägungen«, die allein die Wirksamkeit der Menschenrechte im Hinblick auf ein bestimmtes Ziel, wie etwa den Schutz der »Menschlichkeit des Menschen«, in den Blick nimmt (ebd.: 241). Hingegen gilt es für Lefort wie für Marx, die formierenden Wirkungen – die Auswirkungen auf die Form der Gesellschaft – zu erfassen, die mit der fundamentalen Rolle der Rechte (unter dem Banner der Menschenrechte) verbunden sind.

Diese Diskussion führt Lefort auf zwei Ebenen, die mit den *ideologiekritischen* und *systematischen Einwänden* korrespondieren, die Marx gegen die Menschenrechte erhebt. Unter ideologiekritischen Gesichtspunkten adressiert Marx den privativen Inhalt der Menschenrechte. Die Fundamentalisierung der Rechte ist für Marx der praktische Ausdruck einer falschen Auffassung des Sozialen, die spezifischen (bürgerlichen) Interessen Vorschub leistet. Unter systematischen Aspekten führt die Fundamentalposition der Rechte zur Naturalisierung gesellschaftlicher Tatsachen. Hinsichtlich dieser beiden Kritikebenen betont Lefort, dass Marx und der Marxismus »zu Recht die Fiktion des ›abstrakten

Menschenrechte zurück: In öffentlichkeitswirksamen Interventionen votierten die sog. *nouveaux philosophes*, allen voran Glucksmann und Lévy, für eine durchweg moralische Politik der Menschenrechte (vgl. Christofferson 2004: 184 ff.; Bourq 2007: 289 ff.; Moyn 2010: 161 ff.).

55 Siehe dazu *Kapitel 2.1.1*

Menschen« angeprangert und dessen Rolle im Rahmen der bürgerlichen Gesellschaft enthüllt [haben].« (ebd.: 246) Das Ziel von Lefort ist es also nicht, Marx zu widerlegen, sondern die Auslassungen dieser Kritik herauszuarbeiten. Die Entgegnung auf Marx' ideologiekritischen Einwand ist dabei *historisch*. Die Identifikation subjektiv-rechtlich gebundener Herrschaft mit den Interessen und Bedürfnissen der bürgerlichen Gesellschaft lässt Lefort zufolge außen vor, dass sich der Rechtsstaat und die Vereinzelung des sozialen Zusammenhanges in Rechtspersonen schon zuvor herausgebildet hatte. Die Entgegnung auf den systematischen Einwand ist *rechtsstrukturell*, denn Marx »löscht«, so Lefort, »die Dimension des Gesetzes als solche aus.« (ebd.: 256) Diese Ignoranz verkennt jedoch, dass die Rechtsform selbst einen Anteil an der Repräsentation und also der konkreten Form der Gesellschaft hat. Zum einen ist also die demokratische Gesellschaftsform für Lefort nur dann angemessen zu verstehen, wenn deren Vorgeschichte einer rechtsstaatlichen Konfiguration der Macht einbezogen wird. Die »Wiederherstellung einer Genealogie der demokratischen Repräsentationen« (Lefort 1999: 94), die Lefort unternimmt, schließt die Geschichte und Institutionen des Rechtsstaates ein. Zum anderen besteht Lefort zufolge durchaus ein Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung. Die Menschenrechte sind selbst ein »generatives Prinzip« der demokratischen Form (Lefort 1990b: 264).<sup>56</sup> Sie haben also Anteil an der Öffentlichkeit der Gleichheit.

Die Deklarationen der Menschenrechte im Zuge der demokratischen (bürgerlichen) Revolutionen sind Marx zufolge »rätselhaft« (Marx 1981: 366). Das Rätsel besteht darin, dass die Errichtung der Demokratie mit der Erklärung der Rechte des vereinzelt Menschen einhergeht. »Noch rätselhafter« ist, so Marx weiter, das Verhältnis zwischen beiden Entwicklungen, dass nämlich »das *politische Gemeinwesen* [...] sogar zum bloßen *Mittel* für die Erhaltung dieser sogenannten Menschenrechte herabgesetzt [wird]« (ebd.). Marx' Lektüre der verschiedenen revolutionären Verfassungen bringt zutage, dass die dort formulierten Menschenrechte allein die Rechte des »egoistischen Menschen« kodifizieren, eine Vorstellung des Menschen als ein »vom Gemeinwesen abgesonderter Individuum« aufzeichnen (ebd.). Die Deklarationen in Frankreich und den USA formulieren ein spezifisches Verständnis sozialer Beziehungen und kommunaler Organisation, das auf der Besonderung der Individuen beruht. Sie zeichnen dabei, so Marx, nicht nur ein falsches Bild des Menschen und verdecken dessen soziales Sein, sondern erzeugen auch aktiv eine um prä-politische Interessen zentrierte Subjektivität. Es wird aufgrund der Deklarationen zusehends opportun, sich auf

56 Übers. geändert von »[...] eines der generischen Prinzipien der Demokratie«. Es hat sich in der deutschsprachigen Lefort-Literatur mittlerweile etabliert, von »generativen Prinzipien der Demokratie« zu sprechen.

solche anti-sozialen Forderungen zu berufen und die Gesellschaft, also die sozialen Beziehungen und Verhältnisse, Rechte-förmig einzurichten. Die Beobachtung, dass das Mitglied der bürgerlichen Gesellschaft als »Mensch schlechthin« aufgefasst wird (ebd.: 364), erklärt Marx mit den Triebkräften und Zielen der bürgerlichen Revolutionen. Eben weil es um die Revolutionen einer distinkten Klasse geht, nehmen die verabschiedeten Verfassungen diesen Inhalt an. Sie postulieren die Figur subjektiver Berechtigung als Freiheit individueller Disposition, als Schranke gegenüber Eingriffen in das eigene Eigentum und die Verfolgung privater Interessen.

Wie gesagt, geht es Lefort nicht darum, Marx' Einsichten schlichtweg zurückzuweisen. Dessen Interpretation »steckt«, wie Lefort festhält, durchaus in diesen Rechtstexten. Zwar bemerkt Lefort, dass Marx beispielsweise über den Schutz der Meinungsfreiheit kein Wort verliert, und betont die assoziativen und kommunikativen Folgen dieser Gewährleistungen: Es ist richtig, so Lefort, dass »das Bild einer im Individuum verankerten Macht [...] in dem Artikel [der Deklaration der Menschenrechte von 1791] über die Freiheit steckt. Doch nicht weniger richtig ist, daß dieses Bild eine neue Zugangsweise zum öffentlichen Raum in sich verbirgt.« (Lefort 1990b: 251) Ein derartiger Hinweis auf andere Folgen der menschenrechtlichen Garantien kann aber Marx' Kritik an der hierarchischen Trennung zwischen Staat und bürgerlicher Gesellschaft in Form der Rechte nicht entkräften. Denn der Hinweis darauf, dass die fraglichen Rechte nicht nur zur Auflösung sozialer Beziehungen beitragen, würde bedeuten, die Analyse der formierenden Wirkungen der Rechte durch eine empirische Betrachtungsweise zu ersetzen. Dass Marx einer einseitigen Interpretation der Menschenrechte verhaftet bleibt, ist für Lefort vielmehr das Resultat einer verengten Perspektive auf die Geschichte des Rechtsstaates. Für Marx ist die Herausbildung des modernen Staates das Ergebnis der Anstrengungen der bürgerlichen Klasse. Entscheidend ist somit der Unterschied zwischen bürgerlicher und feudaler Gesellschaft, der erst durch die bürgerlichen Revolutionen hervorgebracht wird. In diesen Revolutionen konstituiert sich der Staat als eine separate Sphäre des Allgemeinen: »Die *Konstitution des politischen Staates* und die Auflösung der bürgerlichen Gesellschaft in die unabhängigen *Individuen* [...] vollzieht sich in *einem und demselben Akte*.« (Marx 1981: 369) Erst die bürgerlichen Revolutionen etablieren laut Marx die Trennung von Staat und Gesellschaft und richten die Gesellschaft als Sphäre der individuellen Besonderheiten ein, wie sie zugleich den Staat als Sphäre der allgemeinen Angelegenheiten im Dienst (als »Mittel«) des Besonderen institutionalisieren.

Der Identifikation der bürgerlichen Revolutionen mit der Genese des modernen Staates stellt Lefort eine breitere Perspektive entgegen. Er wendet ein, dass Marx den »Stammbaum des monarchischen Staates«

nicht in Betracht zieht, also nicht zur Kenntnis nimmt, dass die Herausbildung staatlicher Institutionen schon vor diesen Revolutionen »die Organisation und den Geist der Feudalität zerrüttet!« hatte (Lefort 1990b: 258). Lefort spricht mit Blick auf Marx' Ausführungen von einer »imaginären Rekonstruktion der Ausbildung des modernen Staates.« (ebd.: 257f.) Die Geschichte der rechtsförmigen Vereinzelung beginnt in den Monarchien, die sich nach und nach als Verkörperungen souveräner Herrschaft über ein spezifisches Territorium verstehen und deshalb auch schrittweise die Funktion der Gesetzgebung für sich beanspruchen – also Gesetzesnormen erlassen, die so strukturiert sind, das sich Forderungen der Gleichbehandlung auf sie richten wie stützen können. Diese Bündelung der rechtserzeugenden Kompetenzen – sowie die Zerschlagung der »Stände, Korporationen, Innungen, Privilegien« (Marx 1981: 368) – kann in Europa bereits seit dem 14. Jahrhundert im Zuge der Entstehung des monarchischen Staates beobachtet werden. Das ist deshalb wichtig, weil sich entlang der Entwicklung des Staates und der Vereinheitlichung des Rechts bereits jene Trennung von Besonderem und Allgemeinen durchsetzt, die Marx ausschließlich als das Resultat der bürgerlichen Revolutionen betrachtet: »Weit davon entfernt, daß der Staat aus der Emanzipation der bürgerlichen Gesellschaft hervorgeht, die sich aus der feudalen Welt löst, werden umgekehrt die Bedingungen für den Aufstieg der Bourgeoisie durch die Errichtung von Territorialstaaten geschaffen« (Lefort 1990b: 258). Derart kann die Auflösung der sozialen Beziehungen, die Marx in den Erklärungen der Menschenrechte entdeckt, nicht allein als Kodifikation der normativen Vorstellungen und faktischen Interessen der bürgerlichen Klasse aufgefasst werden.

Die Vereinzelung der Individuen durch das Recht ist also mindestens auch (rechts-)staatlichen Ursprunges. Sie ist ebenso das Abbild der bürgerlichen Interessen wie das Resultat einer allmählichen Bündelung der rechtserzeugenden Kompetenzen. Die Freiheit und Gleichheit der Einzelnen, die Marx als Recht der »Absonderung« beschreibt (Marx 1981: 364), ist auch die Folge der Differenzierung von Recht und Macht. So können für Lefort die historischen Innovationen, die die Kämpfe um Demokratie und Menschenrechte darstellen, schließlich nur mit Blick auf den »einzigartigen Rahmen der Geschichte des Rechtsstaates« (Lefort 1990b: 258) angemessen verstanden werden. Das Wesen der revolutionären Emanzipation und der Deklarationen der Rechte als Mechanismus dieser Emanzipation ist, so Marx' Diagnose, die Zersetzung der Einzelnen in Staatsbürger:innen und in Menschen des Interesses, also die Trennung zwischen Staat einer- und bürgerlicher Gesellschaft andererseits. Dagegen wendet Lefort ein, dass die Genese des Staates der bürgerlichen Emanzipation vorausgeht, und nicht erst diese Emanzipation jene Trennung hervorbringt. Die Vereinheitlichung des Rechts im Zuge seiner Verstaatlichung, die den feudalen Pluralismus der Rechtsordnungen

überwindet, sowie die Trennung von Recht und Macht, die bereits im monarchischen Staat zu beobachten ist, sind Vor-Formen der bürgerlichen Gesellschaft. Die Absonderung der Einzelnen mittels Rechten ist sodann nicht ein bloßer Ausdruck der dominanten gesellschaftlichen Kräfte des bürgerlichen Zeitalters, sondern auch das Resultat einer komplexeren historischen Entwicklung, in dessen Zuge sich das Recht als ein eigenständiges Medium sozialer Beziehungen herausbildet.

Marx' Kritik ist aber nicht auf den Inhalt der Menschenrechte beschränkt. Sie zeigt nicht nur auf, dass die Menschenrechte das Wesen des Menschen verfehlen.<sup>57</sup> In den einschlägigen Erklärungen erscheint der Mensch fälschlicherweise als ein souveränes, unabhängiges und sich selbst genügendes Individuum. Die Kritik von Marx gilt dieser »privat-privative[n] Menschlichkeit des Menschen der bürgerlichen Gesellschaft« (Löwith 1988: 182). Doch die Deklarationen der Menschenrechte sind mehr als ein Missverständnis des Menschen oder bloßer Ausdruck bürgerlicher Interessen im Gewand des Rechts. Wie Andrea Maihofer feststellt, handelt es sich bei diesen Ansprüchen durchaus um eine »Verallgemeinerung der bürgerlichen Vorstellungen vom Menschen und der Gesellschaft«. Zugleich und überdies ist aber für Marx die »Praktizierung der Menschenrechte« ein notwendiges Element der Entstehung und Reproduktion der bürgerlichen Gesellschaft (Maihofer 1992: 102f.).<sup>58</sup> Die Praxis der Menschenrechte hat jedoch weniger mit den Inhalten als mit der Position dieser Rechte zu tun. Noch rätselhafter als das Bild des Menschen, das die Menschenrechte zeichnen, ist für Marx das Verhältnis dieser privatisierenden Berechtigungen zur Idee der Souveränität des Volkes und also zur Sphäre des Staates. Denn durch die Menschenrechte wird der *citoyen* zum »Diener« des als *bourgeois* aufgefassten *homme*, wird also »die Sphäre, in welcher der Mensch sich als Gemeinwesen verhält, unter die Sphäre, in welcher er sich als Teilwesen verhält, degradiert« (Marx 1981: 366). Die Erklärung und Inanspruchnahme der Menschenrechte hat den Effekt, die gesellschaftlichen Verhältnisse vor einer grundsätzlichen Transformation abzuschirmen. Nicht nur gehen die (besonderen) Rechte des Menschen den (allgemeinen) Belangen der Demokratie vor. Letztere sind überhaupt nur so verstehen, dass sie diese Rechte gewähren und umsetzen. Die Menschenrechte bilden so den

57 Allein diese Kritik bildet dann den Ausgangspunkt einer Rehabilitierung der Menschenrechte mit Marx (wie z.B. bei Leopold 2007: 150 ff.). Marx' Kritik richtet sich aber eben nicht allein auf andere Verallgemeinerungen, sondern auf das Verhältnis von Allgemeinem und Besonderem.

58 Ich beschränke mich hier auf Marx' Text *Zur Judenfrage*, den Lefort seiner Diskussion zugrunde legt (vgl. Lefort 1990b: 246). Zur *Kritik der politischen Ökonomie*, in der dieser Zusammenhang von bürgerlicher Herrschaft und der modernen Rechtsform ausdrücklicher ausgearbeitet ist, vgl. Wellmer (1986: 226 ff.), Menke (2013).

unüberschreitbaren Rahmen der Demokratie, und die Herrschaft des Volkes verhält sich infolge dieser Rechte »zur bürgerlichen Gesellschaft, zur Welt der Bedürfnisse, der Arbeit, der Privatinteressen [...] als zu einer nicht weiter begründeten Voraussetzung«, als zu einer »*Naturbasis*«. So ist dann die »Vollendung des Idealismus des Staats [...] zugleich die Vollendung des Materialismus der bürgerlichen Gesellschaft.« (ebd.: 368f.) Die Unterscheidung von *citoyen* und *homme* bedeutet die Ausnahme der bürgerlichen Gesellschaft von den Interventionen der Demokratie. Die Konstitutionalisierung der Rechte *ist* damit die Naturalisierung der bürgerlichen Gesellschaftsform. Sie perpetuiert die Unterordnung des Staates (und also der Souveränität des Volkes) unter die Gesellschaft. Auf diese Weise finden sich die Forderungen der Gleichheit und Freiheit unter die Maßgaben der gesellschaftlichen Rationalität(en) gestellt. Gerade weil man sich auf jene Rechte als ein rechtmäßiges Mittel der Opposition berufen kann, erweisen sie sich als Grund der Demokratie – also als etwas, das, im verfassungstheoretischen Jargon, der konstituierenden Gewalt des Volkes entzogen ist.

Diesen systematischen Einwänden begegnet Lefort erneut durch den Verweis auf die »zersetzenden« Wirkungen gleicher Rechte, diesmal im Hinblick auf die rechtsstrukturellen Folgen der Herausbildung des Staates. Die Verstaatlichung des Rechts ist dessen sukzessive Vereinheitlichung, und die Vereinheitlichung des Rechts ist dessen Ausdifferenzierung. Es ist deshalb richtig, so Lefort, dass die Garantie der Menschenrechte die Naturalisierung der bürgerlichen Gesellschaft insofern zur Folge hat, als sie einen Verlust demokratischer Souveränität bedeutet. Diesen Verlust kann die Tatsache, dass modernes Recht als gesetztes Recht disponibel ist, nicht auffangen. Recht bedeutet den Entzug (vormals) souveräner Befugnisse, weil (bzw. wenn) sich Recht und Macht unterscheiden. Wie schon festgehalten wurde, legt Lefort viel Wert darauf, dass sich das Recht als eigenständiges Medium des Sozialen bereits vor den demokratischen (bürgerlichen) Revolutionen herausgebildet hatte. Indem die Marx'sche »Kritik der Politik«<sup>59</sup> die Eigenschaften des modernen Staates allein als Ergebnis der bürgerlichen Revolutionen und damit als »Komplement der bürgerlichen Gesellschaft« versteht (Lefort 1990b: 258), wird für ihn diese Differenzierung von Recht und Macht zum »einfachen Zeichen der Illusion.« (ebd.: 257) Hingegen muss für Lefort die Rekonstruktion des Zusammenhanges von Berechtigung und demokratischer Befähigung mit den Anfängen der Geschichte des Rechtsstaates beginnen.

Macht und Recht beginnen sich wiederum schon im Voraus der bürgerlichen Revolutionen, im Zuge der Ausbildung monarchischen Staates,

59 Vgl. zu dieser Formel Teeple (1984), Abensour (2012: 92 ff.), Demirović (2013).

voneinander zu unterscheiden. Weil Marx diese Vorgeschichte nicht zur Kenntnis nimmt, beschränkt er sich in seiner Kritik der Menschenrechte nicht »bloß auf die Zurückweisung einer bürgerlichen Interpretation des Gesetzes«, vielmehr »löscht er die Dimension des Gesetzes als solche aus.« (Lefort 1990b: 256) Zwischen Rechts- und bürgerlichem Staat besteht für Marx kein Unterschied. Lefort betont hingegen die Folgen für die Ausübung von Macht, die sich aus der Trennung von juristischem und politischem Diskurs ergeben und nicht mit den Zielen der bürgerlichen Emanzipation gleichzusetzen sind. Diese Trennung ist nämlich keineswegs eine absolute. Sie ermöglicht neue Verknüpfungen und darüber neue Bestimmungen. Das gilt auch und insbesondere für die Fundamentalisierung der Rechte. Weil Marx die Menschenrechte allein als Vollzugsform der Trennung des Staates von der Gesellschaft sowie als Unterordnung des Staates (der Sphäre des Allgemeinen) unter die Gesellschaft (der Sphäre des Besonderen) versteht, kann das Potential des Entzuges und der Negation souveräner Herrschaft, das mit dieser Position der Rechte verbunden ist, nur auf die Bestätigung dieser trennenden Hierarchisierung hinauslaufen. Die Fundamentalisierung der Rechte ist für Marx die Naturalisierung des Bestehenden, und Menschenrechte zu gewähren und in Anspruch zu nehmen bedeutet, erneut die Interessen der Einzelnen als »Naturbasis« zu adressieren und die Voraussetzungen des bürgerlichen Rechtsstaates zu bestätigen. Das Recht der Rechte ist hier ganz auf der Seite der (Vorherrschaft der) bürgerlichen Gesellschaft. Versteht man jedoch, wie Lefort, die Trennung von Recht und Macht bzw. Politik selbst als ein formbildendes Moment der Demokratie, können Rechte die geltenden Bestimmungen bürgerlicher Vorherrschaft egalitär transformieren. Rechte sind also nicht zuerst ein Mittel der Selbstentmachtung der bürgerlichen Gesellschaft. Als ein »generatives Prinzip« der Demokratie durchbrechen, so wird noch zu zeigen sein, fundamentale Rechte die Selbstsetzungen der Herrschaft (des Volkes ebenso wie des Marktes), indem sie diese Setzungen auf die Gleichberücksichtigung der Einzelnen zurückführen.<sup>60</sup>

Die Trennung von Recht und Macht im Zuge der Herausbildung des Staates bildet, so wendet also Lefort gegen Marx ein, die Vorgeschichte sowohl der Demokratie als auch der Menschenrechte. Der Horizont der Gleichheit ist in der »Dimension des Gesetzes« und den damit verbundenen Forderungen der Gleichbehandlung schon in Umrissen zu erkennen. Rechtsbeziehungen bilden Inseln der egalitären Repräsentation, die Gleichheit sowohl bestätigen als auch herstellen. Nur hinsichtlich dieser eigenständigen, formierenden Wirkungen des Rechts wird die Form der modernen Demokratie und die demokratische Funktion der Rechte vollends verständlich. Im Rahmen des Rechtsstaates wird bereits eine

60 Siehe dazu *Kapitel 2.3.3.*

Differenz der Gleichheit manifest, die der demokratischen Öffentlichkeit der Gleichheit vorausgeht.

### 2.3.2 *Rechtsstaat und Repräsentation: Noch einmal Hobbes*

Um den rechtsstaatlichen Vor-Formen der Demokratie auf die Spur zu kommen, bietet es sich an, noch einmal zu Hobbes zurückzukehren. Denn in Hobbes' Konzeption des Gesellschaftszustandes wird deutlich, wie das Rechtsmedium einen Horizont der Gleichbehandlung in ein Repräsentationsregime einträgt, das eigentlich die Möglichkeit eines egalitären Einspruches im Keim erstickt. Im *Leviathan* kondensiert somit die, mit Lefort gesprochen, politische Bedeutung des Rechtsstaates, gerade weil für Hobbes die umfassende Autorisierung der Herrschaft einen Standpunkt der Herrschaftskritik ausschließen sollte. Ich möchte im Folgenden zeigen, dass dieses kompakte Repräsentationsregime an einer durch das Recht eingesetzten Differenz der Gleichheit brüchig wird. Dazu gilt es zuerst, Hobbes' Verständnis von Repräsentation kurz zu rekapitulieren, bevor die Konsequenzen diskutiert werden, die der Wahl des Rechts als Mittel souveräner Herrschaft eingeschrieben sind.

Niemand vor und wohl auch niemand nach Hobbes begreift die formierenden Wirkungen von Verfahren der Repräsentation auf eine so radikale Weise. Politische Repräsentation bezeichnet für Hobbes die Herstellung einer imaginären Beziehung aufgrund der vollkommenen Identifikation mit den Handlungen und Urteilen einer anderen Person.<sup>61</sup> Sie installiert eine Beziehung der Nicht-Beziehung. Sein Verständnis des Repräsentationsverhältnisses geht, wie Hasso Hofmann in seiner großen Studie zur Wort- und Begriffsgeschichte bemerkt, »an die Wurzel der Dinge«, insofern mit Hobbes »absorptive Repräsentation in letzter Konsequenz denkbar und gedacht [wird].« (Hofmann 1974: 384, 391) Hobbes hat den modernen Begriff der Repräsentation nicht nur systematisch entfaltet.<sup>62</sup> Er hat ihn darüber hinaus als wesentliches Element von Vergesellschaftung aufgefasst. Für Hobbes, erklärt Leo Strauss, »ist ›Repräsentation‹ [...] eine essentielle Notwendigkeit.« (Strauss 2022: 187, Fn. 30) Das Verhältnis der Repräsentation beschreibt ein Gefüge aus Autorisierungen, das die Herrschaftsausübung dadurch vor Kritik immunisieren soll, dass ein wirkliches Verhältnis zwischen Souverän und Untertanen ausgeschlossen wird. Jede Aktion souveräner Herrschaft ist in

61 Siehe dazu *Kapitel 2.1.2.*

62 »[...] erste ausführliche und systematische Diskussion von Repräsentation im Englischen.« (Pitkin 1967: 14) Zur Kritik der einflussreichen These, dass die Ideengeschichte der Repräsentation erst mit Hobbes' *Leviathan* beginnen würde, vgl. hingegen Skinner (2018).

diesem Gefüge mitinbegriffen und wird von den Untertanen, also den gemeinschaftlichen Autor:innen, »auf sich genommen«. <sup>63</sup> Der Souverän vertritt die einzelnen Individuen und die Gesamtheit des Volkes vollständig und ohne Rest. Hobbes spricht deshalb auch von der Funktion als »öffentliche[r] Vertreter« (Hobbes 1966: 520). In seinen Handlungen und Urteilen begegnen die Untertanen sich somit immer nur selbst. Auf diese Weise etabliert das Verhältnis der Repräsentation Hobbes' »luft-dichte« Systematik der Herrschaftsbegründung. <sup>64</sup>

Akte der Autorisierung <sup>65</sup> zum Zweck der Sicherung subjektiver Freiheiten schaffen die Instanz der souveränen Herrschaftsgewalt. Die Einrichtung dieser Instanz ist zugleich die Einrichtung der Gesellschaft bzw. des Volkes infolge des Repräsentationsverhältnisses. Zwischen »bürgerlicher« und »politischer« Gesellschaft ist also insofern zu unterscheiden, <sup>66</sup> als jede Gesellschaft eine politische, durch Verfahren der Repräsentation gestiftete Gesellschaft sein muss. Ohne Repräsentation könnte die Gesellschaft sich nicht auf sich selbst beziehen, gäbe es allein die »Menge«. Nur von der Warte der Souveränität aus gibt es die Gesellschaft als ein einheitliches Objekt, über das Aussagen und Beobachtungen möglich sind und auf das sich, als Volk, Entscheidungen und Normen zurückführen lassen. Der Gesellschaftszustand ist für Hobbes wesentlich ein Zustand der vollumfänglichen Repräsentation; *wesentlich*, weil die Einheit nur aufgrund des Repräsentationsverhältnisses bestehen kann, und *vollumfänglich*, weil dieses Verhältnis ausnahmslos alle souveränen Handlungen beinhaltet. Im Gesellschaftszustand, formuliert Hobbes kurz und bündig, ist der Souverän die »absolute Vertretung aller Untertanen« (Hobbes 1966: 174). Es bleibt nichts übrig, auf das sich die Einzelnen oder das Volk gegen die Stellvertretung berufen können. Sie gibt der Person des Staates eine Form, die wiederum (wie im berühmten Frontispiz bildlich wird) nur aus den anonymen Individuen besteht. <sup>67</sup> Vertraglich eingesetzt, ist die Stellvertretung zwar rechtsförmig eingerichtet, ohne dass aber ein

63 »[D]ie Zustimmung [...] zur souveränen Gewalt [ist] in den Worten enthalten: ›Ich autorisiere alle ihre Handlungen oder nehme sie auf mich.‹« (Hobbes 1966: 168)

64 Die Formulierung des »air-tight system« stammt von Bobbio (1993: 115).

65 Damit einher geht der Verzicht auf das Recht, sich selbst zu regieren. Während jedoch der Akt der Autorisierung und das Verhältnis der Repräsentation, das er etabliert, von fundamentaler Bedeutung ist, ist der Rechtsverzicht eine praktische Notwendigkeit eben dieses Repräsentationsverhältnisses (vgl. Martinich 2016: 322).

66 So versteht z.B. Locke diese Qualifizierungen als synonym (vgl. insbesondere Locke 1977: 248 ff., unter der Überschrift »Die politische oder bürgerliche Gesellschaft«).

67 Zu den visuellen Strategien des *Leviathan* vgl. Bredekamp (1999, zum »Kompositkörper« insb. 76 ff.)

direktes Rechtsverhältnis oder sonstige Beziehungen geknüpft werden können. Weil Hobbes »die Kluft zwischen privaten und öffentlichen Interessen als unüberbrückbar darstellt« (Auer 2014: 32), ist ausgeschlossen, dass die Ausübung der Herrschaft unrechtmäßig sein kann.

Herrschaft äußert sich im *Leviathan* in der Formulierung und Durchsetzung von Gesetzen. Das Recht ist zwar nicht die einzige, aber eindeutig die hervorgehobene Form, in der das Repräsentationsverhältnis manifest wird. Das liegt an den formalen Eigenschaften gesetzlicher Verpflichtungen. Die Herrschaft in Form von Gesetzen begünstigt die Aufrechterhaltung des Gesellschaftszustandes. So hat ein Gesetz nicht den Einzelfall, sondern einen generellen Sachverhalt zum Gegenstand und kann auf diese Weise einen einheitlichen Willen abbilden.<sup>68</sup> Zudem muss die gemeinsame Autor:innenschaft auch als solche ersichtlich sein, d.h. der Souverän muss im Namen des Volkes sprechen. Die Form des allgemeinen Gesetzes ist dafür, angesichts der Disparitäten des Naturzustandes, unverzichtbar. »Der Beginn des bürgerlichen Rechts beendet [...] die vielstimmige Verwirrung.« (Poole 2012: 75) Das Recht stellt eine Situation von »geordneten Worten« (Pettit 2008) sicher, durch die Hobbes zufolge erst die Gefahr des Bürgerkriegs effektiv überwunden und in den Zustand der Gesellschaft eingetreten werden kann. Der Souverän soll sich demnach der Rechtsform bedienen. Zwar können allein dessen Entscheidungen verbindlich sein. Zugleich bindet Hobbes die souveränen Entscheidungen an die formalen Bedingungen des rationalen Gesetzes. Hobbes' Konzeption der Souveränität »läßt sich« dementsprechend, wie wohl zuerst von Schmitt herausgestellt wurde, »mit den Begriffen und Idealen des bürgerlichen Rechtsstaates sehr gut vereinbaren.« (Schmitt 2018: 113f.)<sup>69</sup> Hobbes wird deshalb von Schmitt als »geistiger Ahne des bürgerlichen Rechts- und Verfassungsstaates« bezeichnet (ebd.: 103). Diese Interpretation findet weiter Rückhalt. So ordnet David Dyzenhaus ihn ebenfalls als »frühes Mitglied der *rule of law*-Tradition« ein (Dyzenhaus 2010: 456), und Habermas beschreibt Hobbes als »Theoretiker eines bürgerlichen Rechtsstaates ohne Demokratie« (Habermas 1994: 118). Hobbes' Gesellschaftszustand ist gesetzesförmig eingerichtet, das Recht ist das Medium der zwingenden Vergesellschaftung.

- 68 Für Hobbes gilt, wie Dyzenhaus (2010: 463) festhält: »Ein Gesetz, das *mir* befiehlt, meinen Vater hinzurichten, wenn *mein* Vater eines bestimmten Vergehens für schuldig befunden wird, würde nicht als Gesetz gelten.« Dabei ist das Erfordernis der Allgemeinheit natürlich ein graduelles (vgl. Hobbes 1966: 203).
- 69 Vgl. zur Frage »Leviathan und Rechtsstaat« auch die Rekonstruktion des Hobbes'schen Rechtsstaates als ein Gerechtigkeitsstaat durch Campagna (1998) in Auseinandersetzung mit Überlegungen von Kersting. Zur anti-positivistischen Lektüre von Hobbes vgl. vor allem auch die Arbeiten von Dyzenhaus (2001; 2010).

Die gesellschaftlichen Beziehungen, also jene sozialen Verhältnisse, die im Zuge der Repräsentation Realität werden, sind deshalb Rechtsbeziehungen. Das trifft einmal auf den Verkehr der Privatpersonen untereinander zu, schließlich besteht eine Aufgabe der Herrschaftsgewalt darin, durch effektiven Rechtsschutz Vertragsbeziehungen sinnvoll werden zu lassen. Die legale Qualität dieser Beziehungen beschreibt Hobbes als »Gleichheit der Gerechtigkeit« (Hobbes 1966: 263), denn Vertragsbeziehungen sind Beziehungen zwischen Gleichgestellten, und Gerechtigkeit heißt die Achtung und Durchsetzung von gültigen Verträgen. Hier, im Gesellschaftszustand, wird die Normativität des Vertrages wirklich. Das schließt einen Rechtsweg ein. Mit den horizontalen Beziehungen der privatrechtlichen Berechtigungen und Verpflichtungen ist daher die Forderung der Gleichheit vor Gericht verknüpft. Es sollen, so Hobbes »alle Schichten des Volkes gleichermaßen gerecht behandelt werden, das heißt, daß sowohl die Reichen und Mächtigen als auch die Armen und Unbekannten ihr Recht bekommen« (ebd.: 262). Das Rechtsverhältnis abstrahiert, in der Form von allgemeinen Gesetzen und der unparteilichen Anwendung dieser Regelungen auf den konkreten Fall, von den sozialen Positionen der Beteiligten und schützt so die »Unbekannten« gegen die Reichen und Mächtigen.

Die Ausübung von Herrschaft passiert im *Leviathan* (in der Regel)<sup>70</sup> in der Form von Rechtshandlungen und entlang rechtsstaatlicher Prozeduren. So kann dann auch, wie Hobbes klar stellt, »ein Gesetz nur durch ein anderes Gesetz aufgehoben werden« (ebd.: 204). Dass Herrschaft gesetzesförmig verfasst ist, bedeutet, dass die Freiheit der Untertanen legalistisch konzipiert wird, nämlich so, dass »die Menschen in allen vom Gesetz nicht geregelten Gebieten die Freiheit besitzen, das zu tun, was sie auf Grund ihrer eigenen Vernunft für das Vorteilhafteste halten« (ebd.: 165). Hinsichtlich des vollumfänglichen Repräsentationsverhältnisses bedeutet dies, das eigene Urteil immer dann suspendieren zu müssen, wenn es um das Recht geht. Die Bündelung der rechtserzeugenden Kompetenzen soll ja gerade den »Krieg der Interpretationen« (Hamacher 2018: 150) überwinden. Unter den Umständen des Naturzustandes reicht eine Entscheidung hin, um alle Entscheidungen infrage zu stellen. Um sie zu überwinden, können die Untertanen nur in den Bereichen nach Belieben entscheiden und urteilen, für die das Gesetz nicht vorgesorgt hat. Zugleich sind Handlungen der Herrschaftsgewalt Handlungen in der Form oder auf der Basis von generellen Rechtsnormen. Entsprechend existieren nur noch legale Maßstäbe der Gerechtigkeit, denn »Gesetze [sind] die Regeln für gerecht und ungerecht« (ebd.: 204). Die Definitionsgewalt der Repräsentation wird im Rechtsmedium wirksam.

Die gesetzesförmigen Verpflichtungen der Untertanen können erdrückend sein und hängen allein vom Willen der Stellvertretung ab. Auch

70 Weiterhin möglich sind auch a-legale Handlungen (vgl. Hobbes 1966: 170).

wenn Herrschaft gewöhnlich in Rechtshandlungen ausgeübt wird, geht damit keineswegs eine Gesetzesbindung im Sinne der Selbstverpflichtung auf den Inhalt des jeweiligen Gesetzes oder, darüber hinaus, an den Zweck des Repräsentationsverhältnisses einher (vgl. Baumgold 1988: 11; Hüning 1998: 171). So ist demnach der Anspruch auf Gleichbehandlung für Hobbes »nur Reflex der objektiven Rechtsordnung« (Maus 1994: 81). Ein Potential demokratischer Befähigung entfällt, denn von Rechtsansprüchen gegen die Staatsgewalt kann bei Hobbes nicht die Rede sein.<sup>71</sup> Dennoch drücken die Verpflichtungen in Gesetzesform zugleich die Unabhängigkeit der Untertanen vom souveränen Willen aus. Insbesondere Michael Oakeshott hat betont, dass Vergesellschaftung auf den Pfaden der vertraglichen Autorisierung keinen tatsächlichen Gemeinwillen impliziert; der Wille der Stellvertretung und der Wille der einzelnen Untertanen sind (im Privaten) unterscheidbar. Das Repräsentationsverhältnis ist nur in dieser Hinsicht ein tatsächliches Verhältnis zwischen Personen, die sich auch uneins sein können. Ein Verbrecher, so deutet Oakeshott Hobbes' Konzeption des Gesellschaftszustandes, will also nicht die eigene Strafe, ist aber zugleich der Autor eben dieser Strafe (Oakeshott 1975: 64 ff.; vgl. auch Boucher 2015: 139 ff.). Es geht somit um ein Verhältnis der Unterwerfung aufgrund der externen Identifikation der souveränen Handlungen mit denen der Untertanen – aufgrund der Identifikation der beiden Handlungen vom Standpunkt des Gesetzes.<sup>72</sup> Denn, wie auch Reinhart Koselleck mit Blick auf die Folgen des rationalen Gesetzesbegriffes bemerkt, ist es für Hobbes nicht vorgesehen, dass die Untertanen sich mit den erlassenen Gesetzen »gesinnungsmäßig« identifizieren müssen (Koselleck 1973: 28). Die Differenz zwischen privatem und öffentlichem Urteil bleibt bestehen, kann aber nicht unmittelbar zum Ausdruck gelangen. Schließlich bedeutet das Verhältnis der Repräsentation bei Hobbes »mehr als Zustimmung oder Übereinstimmung« (Hobbes 1966: 134, Herv. J.H.). Es löscht ein Objekt der Herrschaftskritik aus, weil jede Möglichkeit der Distanznahme und also ein (äußerliches) Moment der Differenzierung zwischen souveränem und eigenem Willen ausgeschlossen ist (vgl. Martinez Mateo 2018: 49 ff.). Weil alle souveränen Handlungen die Handlungen sowohl der einzelnen

71 Zur entgegengesetzten Interpretation, die im *Leviathan* ein Recht auf Widerstand entdeckt, vgl. Hampton (1986: 197 ff.). Hier erweist sich erneut die Bedeutung der repräsentationstheoretischen Überlegungen für das Verständnis von Hobbes' Position, denn Hampton kann zu dieser Auffassung nur gelangen, weil der Begriff der Autorisierung als »Leihgabe« (ebd.: 239) verstanden wird. Sobald aber die Befugnisse souveräner Herrschaft nur »verliehen« sind, muss ein Recht auf Widerstand beinahe selbstverständlich erscheinen.

72 Wie Hobbes hinsichtlich des religiösen Bekenntnisses formuliert, »muß sich die private Vernunft der öffentlichen unterwerfen.« (Hobbes 1966: 340)

Untertanen als auch des gesamten Volkes sind, kann sich kein Unterschied manifestieren: »Es entsteht die Form des Volkes, doch auf Kosten dessen, dass der Inhalt beim Souverän bleibt.« (ebd.: 68) Die Möglichkeit, Unterscheidungen treffen und also Kritik üben zu können, ist aufgrund dieser Nicht-Beziehung der vollumfänglichen Repräsentation ausgeschlossen. Alle souveränen Handlungen sind Aktualisierungen des Repräsentationsverhältnisses und deshalb als Handlungen der Untertanen zu bewerten.

Doch die normativen Konfigurationen des Rechtsstaates, dies möchte ich im Folgenden herausarbeiten, widerstreiten zumindest mittelbar dem Hobbes'schen Repräsentationsregime. Sie tun das, weil der gesetzesförmigen Ausübung der Herrschaft eine Differenz der Gleichheit eingetragen ist. Das Recht setzt Souveränität nicht einfach um. Zwar bleibt diese Differenz für Hobbes' Begründung uneingeschränkter Herrschaftsbefugnisse ohne Folgen, weil der Unterschied zwischen privaten und öffentlichen Urteilen *objektiv-rechtlich* nicht zur Geltung gelangen kann. Dennoch erweist sich das Gefüge der Autorisierungen aufgrund der Rechtsform als unvollständig und brüchig. Das nahtlose Verhältnis der Repräsentation bricht infolge seiner rechtsstaatlichen Form auf: Der Rechtsstaat stellt, in Form des allgemeinen Gesetzes, ein Maß der Gleichheit bereit, das der vollkommenen Absorption der Handlungs- und Urteilsfähigkeit durch die Stellvertretung entgegen steht.

Diese egalitären Bruchstellen rechtsstaatlicher Herrschaft zeigen sich im *Leviathan* insbesondere am Klagerecht gegen den Souverän. Denn mit dieser durchaus »überraschenden«<sup>73</sup> Möglichkeit der Anklage souveräner Handlungen wird das (restlose) Repräsentationsverhältnis als ein Verhältnis sichtbar, als etwas, das aus verschiedenen, gegeneinander differenzierten Elementen besteht. Die Form des Gesetzes und die Verfahren des Rechtsstaates setzen somit die Möglichkeit ein, mit sich selbst einen Streit beginnen zu können. Einerseits schließt das Gefüge der Autorisierungen ein den souveränen Urteilen widerstrebendes, privates Rechtsteil konstruktionslogisch aus. Doch andererseits erklärt Hobbes:

Hat ein Untertan mit seinem Souverän einen Streit über Schulden, Besitzrechte an Land und Fahrnis, über Dienstleistungen, die von ihm verlangt werden, oder über eine Körper- oder Geldstrafe, *der sich auf ein vorher erlassenes Gesetz gründet*, so hat er dieselbe Freiheit, sein Recht einzuklagen, wie gegen einen Untertanen, und zwar vor Richtern, die vom Souverän ernannt worden sind. (ebd.: 170, Herv. J.H.)

Obwohl alle souveränen Handlungen die Handlungen der Gesamtheit der Untertanen sind und sich niemand selbst anklagen kann, »weil es unmöglich ist, sich selbst Unrecht zu tun« (ebd.: 139), geht Hobbes von

73 »Hobbes ist überraschend offen für die rechtlichen Anfechtungen der Ausübung souveräner Macht.« (Poole 2012: 82)

einer derartigen (Selbst-)Anklage in den häufigen Fällen aus, die durch ein im Voraus formuliertes Gesetz erfasst werden. Zwar kann das absorptive Repräsentationsregime die »gefährliche[n] judikative[n] Kompetenzanmaßungen seitens der Untertanen zuverlässig eliminieren« und fungieren Akte der Autorisierung zur Begründung einer »juristisch inappellablen Gewalt« (Loick 2012: 64, 80). Souveränität bedeutet im *Leviathan*, auch über die judikativen Befugnisse der Rechtsprechung exklusiv zu verfügen. Doch aufgrund der rechtsstaatlichen Form souveräner Herrschaft und insbesondere aufgrund der notwendigen Interpretation des Gesetzes ist es dennoch möglich, den souveränen Willen als einen Willen auszustellen, der nicht der eigene ist.

In der Möglichkeit der Anklage souveräner Handlungen findet eine Differenz der Gleichheit Ausdruck, die rechtlicher, genauer: gesetzesstaatlicher Art ist. Aufgrund der Form des Gesetzes erweist sich die absolute Herrschaft durchaus als »juristisch appellabel«. Die Frage, inwieweit die souveränen Entscheidungen öffentlich anfechtbar sind, spielt bereits für Kant eine zentrale Rolle. Wenn Kant die Ansicht von Hobbes,<sup>74</sup> dass der Souverän niemand Unrecht tun kann, ganz »erschrecklich« findet (Kant 1977: 161), geht dieses Erschrecken nicht darauf zurück, dass eine Beschwerde rechtlich aussichtslos ist. Hobbes ist eindeutig darin, dass es sich um einen »Irrtum« handeln würde, eine Rechtsgewalt einzurichten, die den Souverän für sein Verhalten belangen könnte und dadurch die Bündelung rechtserzeugender Kompetenzen aufsprengt (Hobbes 1966: 248). Aber auch Kant ist der Ansicht, dass nach Eintritt in den Gesellschaftszustand »das Volk kein zu Recht beständiges Urteil mehr hat« (Kant 1977: 156). Hobbes' Absolutismus wird von Kant damit nicht so infrage gestellt, dass aus der Befähigung zur Selbstbestimmung Rechtsmittel gegen den Souverän abgeleitet werden. Gegenstand der Kritik ist vielmehr, dass die Möglichkeit eines öffentlichen Einspruches, mithin die Möglichkeit, die Ausübung der Staatsgewalt auf irgendeine Weise zu beurteilen, in Hobbes' Begründung souveräner Herrschaft ausgeschlossen ist (vgl. Duso 2005: 101 ff.; Jaume 2007) – dass also jede Form der Herrschaftskritik unrechtmäßig ist.

Diese Kritik der (vermeintlich) unmöglichen Herrschaftskritik lässt allerdings die rechtsstaatlichen Vermittlungen der Herrschaft außen vor. So handelt es sich bei der Anklage souveräner Handlungen zwar einerseits um einen auf der Ebene der Rechtsfolgen aussichtslosen Rechtsstreit.

74 Kant bezieht sich auf Hobbes' *De Cive* (1642). Auf den *Leviathan* trifft dieser Punkt aber umso mehr zu, weil die Konstruktion des Gesellschaftszustandes hier nicht, im Unterschied zu *De Cive* und auch den *Elements of Law* (1640), als Aufgabe natürlicher Freiheiten, sondern als Akt der Autorisierung beschrieben wird. Die Verpflichtung zum uneingeschränkten Gehorsam erfährt im *Leviathan* so eine weiterreichende Begründung (vgl. Hüning 1998: 213 ff.; Skinner 2008: 107 ff.).

Andererseits geht mit der rechtsstaatlichen Form die Möglichkeit des (öffentlichen)<sup>75</sup> Widerspruches einher: Sie erlaubt es, andere Beurteilungen zu äußern. Ein Rechtsstreit wird als Streit, als Rede und *Gegenrede* sichtbar, auch wenn Rechtsfolgen ausbleiben. Weil sie gesetzlich erfolgen, können die Handlungen der Stellvertretung als unrechtmäßig besprochen und aufgezeichnet werden. Die Gesetzlichkeit der souveränen Handlungen hat demnach zur Folge, dass es in der Macht der Untertanen steht, auf den Pfaden der Rechtsprechung ein (Rechts-)Verhältnis, ein Verhältnis zwischen öffentlichem und privatem Urteil, herzustellen. Dass das Repräsentationsverhältnis rechtsförmig eingerichtet ist, kann der eigentlich ausgeschlossenen Differenz von öffentlichem und privatem Urteil als Einfallstor dienen. Diese Befähigung aufseiten der Untertanen beschreibt, wie gesagt, kein rechtserzeugendes Potential. Dennoch erlaubt es der Gang vor Gericht, Unterscheidungen zu treffen und so Kritik zu üben.

Die *Möglichkeit* rechtsförmiger Herrschaftskritik ist insofern gleich verteilt, als sie aus den Verfahren und Institutionen gesetzlicher Herrschaft hervorgeht. Der Eintritt in den Gesellschaftszustand bringt bei Hobbes einen Zusammenhang von gleichgestellten Rechtspersonen hervor. Jedem »Unbekannten« steht es somit frei, die Ausübung gesetzestaatlicher Herrschaft durch ein Gericht bewerten zu lassen, denn die Anklage souveräner Handlungen bedeutet »dieselbe Freiheit« wie die Klage »gegen einen Untertanen«. Die Möglichkeit *rechtsförmiger Herrschaftskritik* besteht in der Gleichbehandlung vor Gericht bzw. im Rahmen der Gesetzesauslegung. Entscheidend ist dabei der Spalt zwischen der Souveränität der Herrschaft und der notwendigen Interpretation des Gesetzes als der Form dieser Souveränität. Hobbes geht ganz ausdrücklich davon aus, dass der Erlass und die Veröffentlichung von Gesetzen nicht ausreichen, um Verpflichtungen zu definieren: »Denn das Wesen des Gesetzes liegt nicht im Buchstaben, sondern in der Absicht oder im Sinn des Gesetzes, das heißt, in seiner authentischen Interpretation.« (Hobbes 1966: 211) Nicht nur kann ein einmal erlassenes Gesetz sich nicht selbst anwenden. Hobbes betont, dass ein Gesetz nicht unabhängig von seiner Interpretation existieren kann. Dass die Interpretation des Gesetzes sein »Wesen« ist, bedeutet, dass es erst zur Beurteilung eines konkreten Falles kommen muss.<sup>76</sup> Damit eine Willensäußerung zum Gesetz wird, muss es angewendet und das wiederum heißt: es muss – juristisch – entschieden worden sein.

Die Rede von der Interpretation *des* Gesetzes ist deshalb eigentlich missverständlich, denn Hobbes zufolge kann ein Gesetz seiner Interpretation

75 Alle Gerichtsverfahren – also auch diejenigen gegen den Souverän – sind öffentlich, betont Hobbes.

76 Die (authentische) Interpretation kann aber theoretisch auch anderswo als vor Gericht passieren.

nicht vorausliegen. »Wenn dennoch von Interpretation die Rede ist«, hält Werner Hamacher fest, »dann muss dieser Titel auf ein Defizit in der Struktur des Gesetzes und im Akt der Gesetzgebung selbst verweisen.« (Hamacher 2018: 150) Erst im Rahmen der Interpretation wird eine Willensäußerung wirklich zum Gesetz, ist erst die Gesetzgebung als solche abgeschlossen. Das heißt nicht, dass die Entscheidung der Richterin ein vollkommen freier und ungebundener Vorgang ist. Als Reaktion auf ein »Defizit in der Struktur des Gesetzes« bleibt sie auf den Inhalt der gesetzlichen Regelung (den Normtext) bezogen. Zugleich bedeutet das strukturelle Defizit des Gesetzes aber auch, dass die Gesetzgeberin zwingend Richterin – also: *Rechtssprecherin* – sein muss. Sie muss Hobbes zufolge die »Verwendung« der Gesetzesnorm kontrollieren, weil die Auslegung das Gesetz erst hervorbringt. Zwar ergibt sich die Gesetzlichkeit unter Aspekten der Legitimation allein aus der Genese der fraglichen Norm. Hobbes verwendet das Bild der »künstlichen Ketten«, die die Lippen der Stellvertretung mit den Ohren der Untertanen verbinden (Hobbes 1966: 164). Die gesprochenen oder geschriebenen Worte der Herrschaft allein können aber die Gesetzesqualität nicht bewirken. Sie muss, ganz wörtlich, zum Ausdruck gebracht werden. Deshalb *muss* (und *kann* nicht bloß) die Interpretation selbst »souverän« und die Rechtsprechung ein Teil der souveränen Befugnisse sein. Was Gesetz ist, kann nur mittels Interpretation und mit Blick auf einen konkreten Fall festgelegt werden. Recht ist für Hobbes durch diesen grundsätzlichen Interpretationsbedarf »singuläres Recht« (Hamacher 2018: 157). Fragen der Interpretation sind damit nicht nur Macht-, sondern immer auch Rechtsfragen: Machtfragen als Rechtsfragen.

Zwischen der Intensivierung der Gesetzgebung und der Herausbildung des modernen Staates besteht aus historischer Perspektive ein weitreichender Zusammenhang. Die Interpretation stellt dabei ein konstantes »Machtproblem« dar, das Problem nämlich, dass das Monopol der Rechtserzeugung »auf dem Weg der Auslegung wieder verlorengehen [könnte].« (Stolleis 1990: 175) Analog dazu ist für Hobbes, damit die Authentizität der – notwendigen – Interpretation garantiert ist, die Bestellung der Richter:innen ausschließlich Sache der Souveränität. Das Recht muss von offizieller Stelle ausgesprochen werden. Diese offiziellen Interpret:innen haben die Aufgabe, »nach Anhörung des Streitfalles den Menschen zu sagen, *was Gesetz ist*.« (Hobbes 1966: 210, Herv. J.H.)<sup>77</sup> Hobbes bekämpft den Pluralismus möglicher Interpretationen. Nur der Souverän kann die Verpflichtungen der Untertanen sinnvoll werden lassen, denn ansonsten droht der Gesellschaftszustand prekär zu werden.

77 Dieses Zitat bezieht sich auf die Interpretation von natürlichen Gesetzen, schließt aber positive Rechtsnormen dem Sinn nach ein, wie die Diskussion im 26. Kapitel des *Leviathan* deutlich zeigt.

Entsprechend verwendet Hobbes viel Mühe darauf, ein öffentliches, authentisches Urteil – das durchaus auch ein »falsches Urteil« (ebd.: 212) sein kann – und ein *privates* Urteil sowie Urteil und Gesetz zu unterscheiden, um derart das Problem der Interpretation aus dem Repräsentationsverhältnis wieder zu verdrängen.

Doch der Spalt zwischen der rechtsförmigen Herrschaft und der notwendigen Interpretation des Gesetzes kann institutionell oder rechtsdogmatisch nicht gekittet werden. Das Gericht ist für Hobbes der Ort, an dem der Streit der Interpretationen ein Ende finden soll. Aber um ihn beizulegen, muss dieser Streit der Interpretation erst einmal entfaltet werden. Hier wird, aufgrund der rechtsstaatlichen Form, das Repräsentationsverhältnis als ein Verhältnis sichtbar. Es wird als ein Verhältnis unterschiedlicher und potentiell widerstreitender Willen, als ein dissensuelles Verhältnis manifest. Die Klage reißt das eigentlich nahtlose Verhältnis der Repräsentation, die vollständige Identifikation von Souverän und Volk auf.

Die Devise des Gesetzgebers und seiner authentischen Interpretation lautet: Nicht Nichts – kein Anderer. Aber sie verdeckt, dass ihr Nicht noch *mit* dem Nichts, ihr Kein noch *mit* dem Anderen sprechen muss, um überhaupt zu sprechen. (Hamacher 2018: 153f.)

Die Klage stellt Situationen der Argumentation her, die entweder den Souverän selbst (im Fall einer Klage gegen den Souverän) oder dessen Rechtshandlungen in Gestalt der sie anwendenden Justiz (im Fall einer Klage gegen einen anderen Untertanen) dazu nötigen, am Prozess der juristischen Meinungsbildung – am juristischen Diskurs – teilzunehmen. In beiden Fällen und im doppelten Sinne des Wortes kann »ein Subjekt den Souverän vor Gericht zitier[en].« (Campagna 1998: 347) Der Souverän muss sich erklären. Diese Erklärung kann empörend sein, ohne dass das für die fraglichen Normen und Entscheidungen Konsequenzen hätte. Dennoch stehen sich so, im Zuge der notwendigen Interpretation dessen, was das Gesetz ist, die Untertanen und der Souverän gegenüber (und entgegen). Es wird ein egalitäres Rechtsverhältnis unterschiedlicher Interpretationen offenbar. Beide Seiten sind einander gleichgestellt, weil die eine Seite und die andere Seite über den Gegenstand und Sinn des Gesetzes zueinander sprechen. Die Verfahren des Rechtsstaates bedeuten derart ein Potential, das Repräsentationsregime, das eben jene Unterscheidung von *privatem* und *öffentlichem* Urteil ausschließen will, an dessen Grund – an die Gleichheit der Einzelnen – zurückzubinden.

Dieser Prozess der juristischen Meinungsbildung wird auch dann akut, wenn es um den strittigen Einfluss naturrechtlicher Normen geht. Norberto Bobbio erklärt diesen Zusammenhang folgendermaßen:

[E]s ist allein Sache des Richters, d.h. des Souveräns, zu entscheiden, ob ein konkreter Fall, der nicht durch ein positives Gesetz geregelt ist,

durch das Naturrecht geregelt ist. Und es ist allein Sache des Richters, zu entscheiden, welches natürliche Gesetz anzuwenden ist und was es vorschreibt. [...] Wir stellen also fest, dass der Richter, wenn er die Lücken einer positiven Rechtsordnung ausfüllt, dieselbe Macht hat, die natürlichen Gesetze zu manipulieren, die der Souverän ausübt, wenn er ihren Inhalt bestimmt. Man könnte sagen, dass der Souverän als Gesetzgeber den natürlichen Gesetzen jeglichen Sinn entzieht, wenn er positive Gesetze schafft. Und dass der Souverän als Richter ihnen jeglichen Sinn entzieht, wenn er mit Fragen konfrontiert wird, die der Gesetzgeber nicht geregelt hat. (Bobbio 1993: 135f.)

Der Souverän ist in jeder Hinsicht, auch mit Blick auf die (ungeschriebenen) naturrechtlichen Normen, das Gesetz. Er kann den natürlichen Gesetzen »jeglichen Sinn entziehen«. Er kann dies aber nicht tun, ohne auf eine Interpretation des positiven oder natürlichen Gesetzes zu verzichten – ohne die eigene Sicht der (juristischen) Dinge im Hinblick auf eine andere Sichtweise auszudrücken und also ohne (juristischen) Sinn erst zu stiften. Jede Norm als Gelegenheit der Manipulation, aber kein Gesetz ohne Interpretation. So ist im Rahmen von Hobbes' Verständnis der Repräsentation eindeutig, dass »der Unterschied zwischen Herrscher und Beherrschten unter Kategorien der Gleichheit beschrieben wird« und sich deshalb »nicht durch einen Rekurs auf Gleichheit dagegen vorgehen lässt.« (Martinez Mateo 2018: 77) Gleichheit kann nicht als ein wirksamer Einwand gegen die souveränen Handlungen fungieren, weil alle souveränen Handlungen diejenigen der Untertanen selbst sind. Doch die rechtsstaatlichen Vermittlungen des Repräsentationsverhältnisses können eine Differenz der Gleichheit gegen diese Absorptionen zum Vorschein zu bringen. Die Identifikation von souveränem und privatem Urteil entfällt zumindest für den Moment des rechtlichen Einspruches. Die formierenden Wirkungen der Repräsentation, das zeigt selbst der Extremfall des *Leviathan*, erweisen sich als rechtlich durchbrochen.

### 2.3.3 Rechte als »generatives Prinzip« der demokratischen Form

Ausgehend von diesen in-Form-setzenden Wirkungen sowohl von Verfahren der Repräsentation als auch von rechtstaatlichen Prozeduren gilt es nun mit Lefort die Rolle der Menschenrechte als ein »generatives Prinzip« der Demokratie zu erklären. Es ist also zu zeigen, dass und wie das Recht der Rechte an der Form der Demokratie und somit an der für sie wesentlichen Öffentlichkeit der Gleichheit Anteil hat. Ich möchte argumentieren, dass dieser Anteil entlang von Operationen der Fundamentalisierung der Rechte zu verstehen ist. Die demokratische Funktion der Rechte besteht in der egalitären Negation rechtsförmiger Herrschaft, als dessen Grund sie fungieren. Fundamentale Rechte dienen für Lefort

nicht zuerst der Herrschaftsbegründung oder -begrenzung. Sie durchbrechen vielmehr die *Selbstsetzungen* der Herrschaft im Rekurs auf ein formales Prinzip der Gleichberücksichtigung.

Ich habe den Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung mit Lefort bislang vor allem vonseiten (der Repräsentation) der Macht adressiert. Für die Form der Demokratie maßgeblich sind Lefort zufolge zuerst jene Praktiken und Verfahren der Repräsentation, die die Gleichberücksichtigung der Einzelnen gegen die Herrschaft des Volkes etablieren.<sup>78</sup> Nun soll diese Relation eines egalitären Einwandes vonseiten des Rechts entfaltet werden. Es geht mir also darum, zu zeigen, dass auch die demokratische Funktion der Rechte besser im *Register öffentlicher Gleichheit* als im *Register der Unbestimmtheit* zu verstehen ist. Für Lefort ist die Position, nicht die Form oder Semantik der Menschenrechte von ausschlaggebender Bedeutung. Weil und insofern Rechte als Grund des positiven Rechts auftreten, bedeuten sie ein Medium demokratischer Repräsentation. Sie stellen dann jene basale Gleichheit her, die sie gegen die Souveränität des Volkes und andere Hypostasierungen der Allgemeinheit wenden.

Diese Interpretation steht im Kontrast zur vorherrschenden Interpretation, die im Anschluss an Lefort die Menschenrechte als Ausdruck der Unbestimmtheit und Umstrittenheit demokratischer Gesellschaften deutet (vgl. Flynn 2005: 164 ff.; Abensour 2012: 236 ff.; Cohen 2013; Lacroix 2013; Maier 2014: 360 ff.; Schulz 2015: 161 ff.; Oppelt 2017: 256 ff.). Beide Interpretationslinien stützen sich auf den historischen Prozess der Ausdifferenzierung des Rechts.<sup>79</sup> Die führende Interpretation operiert im *Register der Unbestimmtheit* und versteht die politische Bedeutung der Menschenrechte so, dass diese Rechte die Grundlosigkeit der Demokratie rechtsförmig befestigen. Die Neubestimmbarkeit der Menschenrechte kann dazu dienen, geltendes Recht in Bewegung zu versetzen und anders zu verfassen. Hingegen stellt die hier vertretene Interpretation im *Register öffentlicher Gleichheit* auf die Gleichberücksichtigung der Einzelnen ab, die mit der Garantie und Inanspruchnahme von grundlegenden Rechten gegen die Selbstbestimmungen der Herrschaft verbunden ist.

Die Interpretation im Register der Unbestimmtheit stützt sich auf Beobachtungen zum unerschöpflichen Sinngehalt der Rechte des Menschen. Wie Lefort festhält, wird mit den Erklärungen der Menschenrechte das »Recht [...] kategorisch in der Natur des Menschen begründet« (Lefort 1990b: 260). Diese Begründung ist darin spezifisch, dass jene Natur des Menschen nicht auf definitive Weise formuliert werden kann. Unter die Rechte *des* Menschen kann deshalb eine Vielzahl von Rechtsansprüchen

<sup>78</sup> Siehe dazu *Kapitel 2.2.*

<sup>79</sup> Siehe dazu *Kapitel 2.3.1.*

subsumiert werden, und so ist der Gehalt der menschenrechtlichen Deklarationen und der an diese Deklarationen anschließenden Forderungen weitgehend unbestimmt. Zwar wird in den einschlägigen Rechtstexten eine Reihe von konkreten Ansprüchen festgehalten, doch kann der Inhalt dieser Rechte nicht eindeutig und final festgelegt werden: »Die Menschenrechte führen das Recht auf eine Grundlage zurück, die ungeachtet ihrer Benennung keine Gestalt annimmt. [...] Folglich gehen die Menschenrechte stets über jede einmal gegebene Formulierung hinaus«. Dadurch beinhaltet, so Lefort weiter, jede Formulierung dieser Rechte die »Forderung der Reformulierung [...] bzw. daß die einmal erworbenen Rechte notwendigerweise aufgerufen sind, die Forderung nach neuen Rechten zu unterstützen.« (ebd.: 262) Durch die Menschenrechte öffnet sich demnach das Recht den Einbrüchen außerrechtlicher Subjektivität, die in der Folge immer wieder neue Bestimmungen des Menschen und seiner Rechte einklagen können. Die Menschenrechte, so ähnlich Costas Douzinas, befestigen eine radikale Kontingenz »im Herzen« der Verfassung.<sup>80</sup>

Die Unabgeschlossenheit und Gestaltlosigkeit der Menschenrechte bringt demnach den umstrittenen wie zukunfts offenen Charakter der Demokratie zum Ausdruck. Sie sind ohne eine letzte Substanz und manifestieren auf diese Weise das »Nichtsein von Bestimmungen« (Abensour 2012: 238), das für die Form der Demokratie vermeintlich wesentlich ist. Sie sind ein Zeugnis der Verfassung der Kontingenz und des Konfliktes, ein verfassungsrechtliches Zeugnis der Demokratie als der »*geschichtliche[n] Gesellschaft* schlechthin« (Lefort 1990a: 291). So verstanden, fungieren die Rechte des Menschen als ein Mittel der Demokratisierung. Infolge der Unbestimmtheit *des* Menschen etablieren sie »einen universellen Bezugsrahmen, durch den positives Recht [...] in Frage gestellt werden« kann und immer neue Personengruppen »Einschluss in die ›Kategorie Mensch‹ einfordern können.« (Oppelt 2017: 261) Die Menschenrechte berechtigen zur *Umbestimmung* dessen, was als rechtens gilt. Alle können nun (wenigstens potentiell) sich selbst und andere anders berechtigen. Aufgrund der »Idee eines unbestimmten Menschen« sind die Menschenrechte ein Mittel der Transformation. Sie »nötigen [...] das positive Recht, von seiner Variabilität Gebrauch zu machen, um eine Transformation der Ordnung einzuleiten und fortzusetzen.« (Heller 2018: 317) Weil sie über jede definitive Formulierung hinausweisen, weil sie immer wieder neu erklärt werden können, setzen die Menschenrechte das Recht unter Spannung. Das Verhältnis der Menschenrechte zum geltenden Recht ist demnach nicht konservativ, auf die Durchsetzung

80 »Die Menschenrechte verankern die radikale Kontingenz der sprachlichen Proklamation im Herzen der verfassungsrechtlichen Regelungen.« (Douzinas 2000: 95)

von bereits existierenden Ansprüchen beschränkt, vielmehr transformativ, also auf dessen Neukonfiguration ausgerichtet.

Der Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung wird im Register der Unbestimmtheit so verstanden, dass die Berechtigung des Menschen die Absage der Demokratie an den Essentialismus bekräftigt. Denn

obwohl die [Menschenrechte] spezifischen Institutionen [...] Leben einhauchen, zeugen sie dennoch von der Lücke, die durch die Entkörperung des Sozialen entstanden ist. Ungeachtet ihrer Einbindung in konkrete Rechtsinstitutionen bleiben die Rechte wesentlich unbestimmt, d.h. ihre Bedeutung ist immer für Interpretationen offen, ohne dass die Möglichkeit einer endgültigen Deutung besteht. (Flynn 2005: 227)

Indem die Menschenrechte sich einer endgültigen Definition entziehen, überschreiten sie die normativen Feststellungen der bestehenden Rechts- und Gesellschaftsordnung und bedeuten das Potential, sie anders zu verfassen. Weil die Menschenrechte »wesentlich unbestimmt« sind, bezeugen sie die Lückenhaftigkeit der sozialen Bestimmungen insgesamt. Durch die Garantie der Menschenrechte, und damit durch das Bekenntnis des Rechts zur »Unbestimmtheit schlechthin«, hebt Miguel Abensour im Anschluß an Lefort hervor, »ist die Demokratie jene Gesellschaftsform, in der das Recht [...] immer eine Überschreitung des Bestehenden sein wird« (Abensour 2012: 238). Ebenso hält Daniel Gaus fest, dass mit den Deklarationen der Menschenrechte »die Singularität einen Platz in der demokratischen Gesellschaft erhält«, weil sie alle und jede zum Akteur der rechtmäßigen Opposition erhebt (Gaus 2004: 81).<sup>81</sup> Dass also die Menschenrechte für Lefort ein »generatives Prinzip« der demokratischen Form darstellen, deutet diese Interpretation so, dass die Menschenrechte das Wesen der Demokratie – die beständige Möglichkeit anderer Festlegungen und Entscheidungen – für und durch das Recht festschreiben. Sie deutet auf diese Weise den Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung als *unbedingten* oder *notwendigen Zusammenhang*. Das Potential demokratischer Befähigung ergibt sich aus den Formeigenschaften der Menschenrechte, neu bzw. anders bestimmt werden und darüber das Recht transformieren zu können. Einmal deklariert, etablieren die Menschenrechte ein Können der Einzelnen, auf die Rechtsverhältnisse Einfluss zu nehmen. Die Menschenrechte richten so ein andauerndes, von konkreten Verfahren der Rechtserzeugung unabhängiges Potential der Demokratie ein.

Diese Andersbestimmbarkeit der Menschenrechte ist jedoch nicht umstandslos mit der Form und Praxis der Demokratie zu identifizieren. Die

81 Es ist deshalb nicht verwunderlich, dass eine solche Interpretation der Demokratie im Register der Unbestimmtheit zum Anlass genommen wurde, die Überlegungen von Lefort mit einer normativen (universalen) Begründung der Menschenrechte in Verbindung zu bringen (vgl. Geenens 2008).

anders bestimmten Rechtspositionen können schließlich, das ist ja gerade die Pointe dieser Interpretation, beinahe jeden Inhalt annehmen. Gegen den Einwand der weitreichenden Beliebigkeit und die damit einhergehenden Gefahren der Kooptation<sup>82</sup> wird darauf verwiesen, dass nur durch solche Neubestimmungen ein Potential demokratischer Befähigung realisiert wird, die zur Ausweitung der Rechtsgleichheit beitragen. Die hier in Anschlag gebrachte Idee der Gleichheit ist aber entweder, wie bereits diskutiert wurde, das Ergebnis einer strikt subjektiven Rekonstruktion des Gesetzes und kann deswegen nicht als normativer Maßstab fungieren.<sup>83</sup> Oder die Gleichheit kann zwar, wie es liberale Positionen unterstellen, diese Rolle als Maßstab wahrnehmen. Dann findet sich die radikale Kontingenz aber (entlang von Wesensbestimmungen des Menschen) auf eine Weise beschränkt, die wiederum aus der Unbestimmtheit der Rechte selbst nicht abgeleitet werden kann. Gegen die Interpretation der Menschenrechte im *Register der Unbestimmtheit* ist also erneut einzuwenden, dass Gleichheit nicht die Konsequenz von Unbestimmtheit sein muss. Sie setzt – wieder – den entscheidenden Schritt zu spät ein. Demgegenüber versteht die Interpretation im *Register öffentlicher Gleichheit* den fraglichen Zusammenhang von Berechtigung und demokratischer Befähigung auf andere Weise. Ich schlage vor, die demokratische Funktion der Menschenrechte mit Lefort als den rechts-internen Prozess der Fundamentalisierung von Rechten zu verstehen. Dass die Menschenrechte *grundlegend* unbestimmt sind, ist dann nicht allein eine Frage der Form oder Semantik. Jene Diagnose ist vielmehr so zu verstehen, dass die Gleichberücksichtigung der Einzelnen, die mit der Unbestimmtheit des Menschen in Verbindung gebracht wird, von der Position der Rechte als Grund des Rechts nicht getrennt werden kann. Diese Position ist aber nicht einfach gegeben, sondern muss immer wieder eingesetzt werden. Die *Begründung* der Rechte ist von Operationen der Fundamentalisierung abhängig.

Die Menschenrechte bilden für Lefort ein »generatives Prinzip« der Demokratie. Wesentlich für die politische Form der Demokratie ist die Revision der Herrschaft des Volkes durch den zugrunde gelegten Anspruch der Gleichberücksichtigung. So betrachtet kann auch die demokratische Funktion der Menschenrechte nicht allein und nicht zuerst das Resultat der Unbestimmtheit dieser Rechte sein (vgl. Gündoğdu 2014: 373). Dass die Menschenrechte, wie Lefort betont, ohne eigene

82 Vgl. zu den Kooptationen des menschenrechtlichen Diskurses durch den Neoliberalismus z.B. Whyte (2019), durch den Humanitarismus z.B. Fassin (2011). Sie bilden auch einen zentralen Aspekt der Kritik der Menschenrechte durch die postkoloniale Rechts- und Verfassungstheorie, vgl. dazu u.a. Mutua (2001), Mignolo (2009), Dhawan (2014).

83 Siehe dazu *Kapitel 1.2.1.*

»Realität« sind (Lefort 1990b: 264), bedeutet, dass eine Unterscheidung zwischen fundamentalen Rechten und anderen Ansprüchen nur auf Basis der rechtlichen Operationen getroffen werden kann, die diesen grundlegenden Status erzeugen. Schon im Rahmen der rechtsstaatlichen Vorgeschichte der Demokratie ereignet sich entlang der Vereinheitlichung des Rechts die Zersetzung der Gesellschaft in einen formalen Zusammenhang gleicher Rechtspersonen. In rechtsstaatlichen Verfahren und Institutionen wird bereits die Gleichbehandlung der Einzelnen als Maß sozialer Beziehungen und gesellschaftlicher Verhältnisse manifest. Die historische Innovation der Revolutionen des 18. Jahrhunderts betrifft die Fundamentalisierung der Rechte in der konstitutionellen Form der Grund- bzw. Menschenrechte, also die Positionierung der Rechte als Grund der geltenden Rechtsordnung (vgl. Heller 2018: 24). Die spezifischen Abstraktionen der bürgerlichen Gesellschaft und die egalitären Abstraktionen des Rechts sind also nicht gleichzusetzen. Dass Marx (aufgrund eben dieser Identifikation) die »Dimension des Gesetzes als solche« auslöscht,<sup>84</sup> bedeutet Lefort zufolge, den »Status« zu verkennen, den das Verfassungsgesetz, das die Fundamentalisierung der Rechte bewerkstelligt, durch »die Scheidung von der Sphäre der Macht erlangt.« (Lefort 1990b: 256) Die Erklärung der Menschenrechte vertieft den Prozess der Entflechtung – nicht der »Abspaltung«<sup>85</sup> – von Recht und Macht dadurch, dass diese Rechte von nun an einen Einwand der Gleichberücksichtigung gegen die Manifestationen der Volkssouveränität artikulieren können: einen Einwand, der die rechtsförmigen Setzungen der Herrschaft an deren Grund zurückbindet.

Für Lefort ist der Zusammenhang von Berechtigung und Befähigung somit ein *kontingenter*, kein notwendiger Zusammenhang. »Sobald die Menschenrechte als letzter Bezugsrahmen gesetzt sind, sieht sich das positive Recht der Infragestellung ausgesetzt.« (ebd.: 262) Dieser Status der Rechte als der »letzte Bezugsrahmen« des Rechts ist aber nicht, wie die emphatische Interpretation im Register der Unbestimmtheit argumentiert, ein singulärer Akt der Deklaration. Die demokratische Gesellschaft ist nicht das Ergebnis eines einmaligen Bruches.<sup>86</sup> Die Form der Demokratie ist, wie Lefort in seinen Überlegungen zur Rolle der Repräsentation unterstreicht, vielmehr ein Prozess der Formierungen, der erneuten Behauptungen, der wiederkehrenden Vergegenwärtigungen. Die Form der Demokratie ist ein spezifisches *In-Form-Setzen* der

84 Siehe dazu *Kapitel 2.3.1.*

85 »Entflechtung meint nicht Abspaltung; dieser Begriff wäre nur unter der Bedingung zu verwenden, daß er nicht die Form der wechselseitigen Beziehungen auslöscht, die durch diesen Bruch begründet wird.« (Lefort 1990b: 259)

86 Auch wenn Lefort selbst dies mit seiner Rede von einer »demokratischen Revolution« nahelegt (vgl. z.B. Lefort 1986b: 303).

Gesellschaft. Lefort betont dementsprechend, dass die Menschenrechte »nicht einfach den Gegenstand einer Erklärung [bilden]« (ebd.: 261). Als ein Mittel, um die »Versteinerungen« der Demokratie (Lefort 1990a: 291) aufzubrechen und neu zu verfassen, muss diese Fundamentalposition der Rechte immer wieder hervorgebracht werden. Sie muss in rechts-erzeugenden Verfahren, in konkreten Operationen des Rechts, abermals zur Existenz kommen. Denn nur so kann sie zur Revision der bestehenden Bestimmungen beitragen und den vermeintlich einheitlichen Willen des Volkes in die Gleichberücksichtigung der Einzelnen auflösen. Die Behauptung von fundamentalen Rechten (oder: die Abschaffung der Privilegien) passiert also nicht nur einmal. Die Menschenrechte sind für Lefort gerade kein grundlegendes Prinzip, sondern müssen stets erneut als Grund des Rechts etabliert werden, um die rechtsförmigen Manifestationen der Souveränität des Volkes durchbrechen zu können.

Durch die Deklarationen der Menschenrechte allein ist weder das Recht noch die Gesellschaft schon anders geworden. Als ein generatives Prinzip der demokratischen Gesellschaftsform operieren diese Berechtigungen nur dann und nur so, wenn sie immer wieder als der »letzte Bezugsrahmen« des Rechts (ein-)gesetzt werden. Der Zusammenhang von subjektiver Berechtigung und demokratischer Befähigung besteht somit nicht aufgrund der Unbestimmtheit der Menschenrechte. Die egalitären Wirkungen der dezentralen Erprobung von neuen und der Verteidigung von bestehenden Rechten sind von der erneuten, effektiven Behauptung als Grund oder Basis der Rechtsordnung, damit von der Bekräftigung des Status einer »unauslöschbare[n] Exterritorialität« (Lefort 1990b: 259) nicht zu trennen. Die »undefinierbaren Wesenheite[n]«, die der Staat, das Volk oder die Nation, aber auch die Interessen »der« Gesellschaft darstellen, sind, so Lefort,

von einer Idee des Menschen geprägt, die ihre Bekräftigung unterminiert. [...] So bleiben diese Wesenheiten *beständig von der Äußerung von Rechten abhängig*, die gegen die Staatsräson und das geheiligte Interesse der Gesellschaft, des Volkes und der Nation rebellieren. (ebd.: 287f., Herv. J.H.)

Nur in diesem Sinne einer *Grundlegenden* Unbestimmtheit bedeuten subjektive Rechte ein Potential demokratischer Befähigung, das die Verallgemeinerungen der Herrschaft egalitär durchbrechen kann. Die Menschenrechte sind somit für Lefort nicht als ein »Grundprinzip« im Sinne von normativen Ansprüchen aufzufassen, die den demokratischen Verfahren als Richtlinie und Grenze dienen (vgl. Lacroix 2023). Zugleich sind sie aber auch kein bloßes Moment der Grundlosigkeit. Die Dimension der Unbestimmtheit oder Polyvalenz ist von der Dimension einer fundamentalen Gleichberücksichtigung zu unterscheiden. Denn jene bezeichnet Eigenschaften von semantischen Artefakten, diese aber

Eigenschaften einer Rechtsposition im Prozess der Rechtserzeugung. Ähnlich wie das Verfahren der Wahl bringt auch die Position der Rechte am Grund des Rechts allein ein formales Prinzip der Gleichheit hervor. Alle können sich zu gleichen Teilen auf diese Rechte stützen. Fundamentale Rechte können den Festlegungen, in denen sich die Herrschaft des Volkes – nicht zuletzt entlang von »Vorstellungen über den Menschen«<sup>87</sup> und den rechtlichen Kodifikationen dieser Vorstellungen<sup>88</sup> – äußert, die Substanz entziehen. Sie haben Anteil an der Öffentlichkeit der Gleichheit, weil sie dazu eignen, die Selbstsetzungen der Herrschaft egalitär aufzubrechen. Die Menschenrechte werden also von Lefort nicht als liberale Individualfreiheiten konzipiert, die sodann die Demokratie rahmen. Zugleich geht die Ausübung demokratischer Herrschaft den Ansprüchen der Rechte nicht voraus. Der Anspruch der Gleichberücksichtigung ergibt sich nicht aus der Zugehörigkeit zur Gemeinschaft der Rechtsautor:innen, wie es die Idee der Volkssouveränität annimmt. Schließlich formieren die Revision oder der Entzug der Souveränität des Volkes (sei es durch Verfahren der Repräsentation oder durch die Garantie der Rechte) ja selbst die Demokratie. Als fundamentale Rechte wenden die Menschenrechte die Gleichberücksichtigung der Einzelnen gegen die Institutionen der Volkssouveränität und können so die Herrschaft des Volkes in sich zurücklaufen lassen, sie an deren Grund zurückbinden. Diese Gleichheit wiederum ist nicht der Ausdruck von bestimmten (moralischen) Gehalten. Sie ist das Resultat einer grundlegenden Rolle der Rechte der Einzelnen für das Recht, die mittels rechtlicher Operationen hervorgebracht wird und so Anteil daran hat, die Demokratie in Form zu setzen.

Genauso wie die Macht des Volkes eigentlich die Macht von niemand ist, kann Lefort zufolge niemand die Rechte des Menschen endgültig verleihen oder bestätigen. Deshalb lassen sich die Menschenrechte »unmöglich vom Akt der Verkündigung trennen« (ebd.: 260). Aber auch diese vorläufigen Selbstberechtigungen (oder rechtlichen Selbstermächtigungen) sind autoritäre Setzungen. Denn nicht nur erscheinen, wie Lefort festhält, die Rechtsträger:innen als »lauter kleine Mikroeinheiten, die aus der gesellschaftlichen Gesamtheit herausgelöst sind.« Sie erscheinen auch als »lauter kleine selbstständige Souveräne«, die über den Gehalt dieser Berechtigungen selbst entscheiden. »Doch zerstört« eben diese Figur selbstreferentieller Setzungen, so Lefort weiter, auch Vorstellungen

87 »Zu oft haben Vorstellungen über den Menschen dazu gedient, Rollenasymmetrien über externe Referenzen zu verhärten und der sozialen Disposition zu entziehen.« (Luhmann 1995: 168)

88 Zum Essentialismus der Menschenrechte und der darauf beruhenden »Dialektik von Befähigungen und Ausschließungen« vgl. Balibar (2012: 171 ff., hier: 189).

einer »transzendierenden Totalität« (ebd.: 261). Gerade die unbegrenzte Vielheit der Rechtsträger:innen (bzw. der Rechtsverkünder:innen) widerstreitet Vorstellungen einer übergreifenden, substantiellen Einheit und einer manifesten Souveränität der einzelnen Rechtsgemeinschaft. Solche Einheitskonzeptionen werden durchbrochen von einer »horizontale[n] Dimension der gesellschaftlichen Beziehungen« (ebd.: 261), also der Berücksichtigung von gleichgestellten Einzelnen. Wiederum tritt also, hier nun vonseiten des Rechts der Rechte, die Zahl an die Stelle der Substanz. So beobachtet Lefort in den Protesten und außerparlamentarischen Forderungen nach neuen Rechten, dass, analog zur »Leerstelle« der Macht, diese vielgestaltigen Forderungen »aus einem Zentrum hervor[gehen], das die Macht nicht besetzen kann.« (ebd.: 269) Aufgrund dieser pluralen Bewegung des Entzuges von Legitimation fügen sich jene Forderungen und Bewegungen nicht »dem Bild des einen, einheitlichen Volkes« (ebd.: 272). Fundamentale Rechte stehen auf diese Weise mit Behauptungen der Souveränität in einem ambivalenten Verhältnis. Einerseits wird eine »Beziehung zwischen der Meinung und dem Gesetz und eine zwischen dem Subjekt und dem Gesetz etabliert, die nicht gelöst werden kann.« (Lefort, zit. Wagner 2010: 146) Andererseits dementieren diese Behauptungen die eigene Souveränität, insofern sie durch ihre Praxis anerkennen, dass das Legitimationssubjekt (der Mensch der Menschenrechte genauso wie das Volk der Volkssouveränität) aus der reinen Vielfalt von gleichen Einzelnen besteht.

Die Fundamentalisierung der Rechte geht mit einer Bewegung der Negation und des Entzuges einher. Die Menschenrechte »entziehen« sich, so Lefort, »jeder, sei es religiösen oder mythischen, monarchischen oder Volksmacht.« (Lefort 1990b: 262) Fundamentale Rechte sind kein Begründungsprinzip, sondern sie »leeren« die substantiellen Bestimmungen der Herrschaft. Denn sobald und solange Rechte die Position des Grundes einnehmen, kann der »Kampf der Interpretationen« (Hama-cher) immerzu neu geführt werden. Schließlich sind auch demokratische Gesellschaften für Lefort nicht »ohne Identität«.<sup>89</sup> Jede Manifestation der Souveränität und jede Aktion der Selbstbestimmung ist notwendigerweise konkretistisch. Diese konkrete Identität betrifft die Komposition der Gesellschaft, also Fragen der Inklusion und Exklusion, der Marginalisierung und des Ausschlusses von Perspektiven, Bedürfnissen und Ansprüchen. Sie betrifft aber auch Fragen der inhaltlichen Gewichtung, also wie Umweltschutz und kapitalistische Märkte, Gefahrenabwehr und Schutz der Privatsphäre etc. ins Verhältnis zu setzen sind. Wie Verfahren demokratischer Repräsentation hat auch das Recht der Menschenrechte an diesen Konflikten der besonderen Allgemeinheiten und scheinbar objektiven Interessen Anteil. Der Wille des Volkes ist stets ein

89 Siehe dazu *Kapitel 2.1.1.*

partikularer Wille, und ebenso sind die formulierten Rechte niemals wirklich universal. Dass niemand die Souveränität des Volkes verkörpert und niemand über die Natur des Menschen und dessen Rechte bestimmen kann, hat ja gerade zur Konsequenz, dass dieser Wille und jene Rechte immer nur vorläufig Allgemeinheit für sich beanspruchen können. In diesen Konflikten verschiedener Allgemeingültigkeiten etablieren aber sowohl Verfahren demokratischer Repräsentation als auch fundamentale Rechte »negative«, numerische Beziehungen der Gleichheit. Fundamentale Rechte entziehen, in einer Vielfalt von rechtserzeugenden Verfahren, der Definitionsgewalt des Allgemeinen die Legitimation, indem sie die Selbstsetzungen der Herrschaft egalitär durchbrechen. Sie bewirken, dass sich die Souveränität des Volkes niemals vollends realisiert. Nicht als festgelegter Rahmen des Rechts, sondern als bislang uneingelöster Einspruch der Gleichberücksichtigung bedeuten fundamentale Rechte ein generatives Prinzip der Demokratie. Sie wirken als ein Medium demokratischer Repräsentation, das die Herrschaft des Volkes an seinen Grund – die Gleichheit der Einzelnen – zurückbindet und auf diese Weise neu entfaltet.