

*Andreas Fischer-Lescano\**

## Subjektlose Rechte

Subjektive Rechte zu haben oder nicht zu haben, macht in der Welt des Rechts einen entscheidenden Unterschied aus. Dass Menschen einzeln als „natürliche Personen“ oder im Verbund als „juristische Personen“ eigene, subjektive, individuelle Rechte „haben“, „behaupten“, „beanspruchen“, „geltend machen“, „erkämpfen“, ihre Verletzung „rügen“, ihre Erfüllung „begehren“ und diese Rechte im Konflikt geschützt durch das Individualrecht auf effektiven Rechtsschutz (Art. 19 Abs. 4 GG, Art. 47 EuGRCh, Art. 6 und 13 EMRK, Art. 14 IPBPR) gerichtlich durchsetzen können, wird als Kernaufgabe modernen Rechts schlechthin verstanden. Erkämpft gegen spätabsolutistische Rechtsverweigerungen vor allem im kontinentaleuropäischen Konstitutionalismus des 19. Jahrhunderts, in dem Rechte Garantien ohne klare Bindung des Gesetzgebers und ohne einklagbare Berechtigungsfunktion darstellten, regulieren subjektive Rechte heutzutage regelmäßig den Zugang zu den Verfahren der Gerichtsbarkeiten.<sup>1</sup> Sie strukturieren als Grundrechte durch die Generierung von Unverfügbarkeiten den Gesetzgebungsprozess und spitzen staatengerichtete *duties to respect, protect, and fulfill* so zu, dass Rechtssubjekte einklagbare Ansprüche aus ihnen ableiten können. Subjektlose Rechte sind in diesem System undenkbar.<sup>2</sup>

### I. Kritik der subjektiven Rechte

Die Erfolgsgeschichte des subjektiven Rechts hat aber auch eine Schattenseite. Subjektive Rechte privatisieren das Öffentliche. Sie forcieren das Eigenhaben von Rechten, verpflichten die Türhüter des Rechts aufs vereinzelte (und nicht gattungsförmige) Subjekt und die Subjekte auf die individuellen Privatwege in die Welten des Rechts.<sup>3</sup> Was nicht ins Schema subjektiver Rechte passt, was keine „eigenen“ Rechte verleiht, was keine individuelle Betroffenheit auslöst, kann – wenn überhaupt – nur über Umwege gerichtlich durchgesetzt werden. Subjektive Rechte öffnen daher nicht nur die Schutzwälle der In-

\* Gekürzte Fassung meines Beitrages in: Hannah Franzki/Andreas Fischer-Lescano/Johan Horst (Hrsg.), *Gegenrechte. Recht jenseits des Subjekts*, Tübingen 2018, i.E. Ich danke dem Verlag Mohr & Siebeck für die Genehmigung des Vorabdrucks. Für konstruktive Kritiken danke ich Nele Austermann, Sebastian Eickenjäger, Hannah Franzki und Johan Horst.

1 Zu den bestehenden Ausnahmen siehe unten Ziff. I.1.b) und I.3.b).

2 Und wenn doch, dann als subjektlose subjektive Rechte wie bei Georg Hohner, *Subjektlose Rechte*, Bielefeld 1969, 39 ff.

3 In Kafkas Türhüterparabel zum Extrem verdichtet: „Hier konnte niemand sonst Einlaß erhalten, denn dieser Eingang war nur für dich bestimmt. Ich gehe jetzt und schließe ihn“ (Franz Kafka, *Der Prozeß*, Frankfurt am Main 1996, 182-3; zunächst 1915 veröffentlicht im Erzählband „Der Landarzt“ als eigenständige Erzählung mit dem Titel „Vor dem Gesetz“).

stitutionen der Gerechtigkeit, sondern limitieren auch den Zugang zu ihnen. Wer nach der Schutznormtheorie keine subjektiven Rechte vorweisen, sondern sich nur auf vermeintlich „objektives Recht“ berufen kann, vermag in aller Regel den Verwaltungsrechtsweg nicht zu beschreiten (§ 42 Abs. 2 VwGO). Wer keine Verletzung in eigenen Rechten nachweist, kommt nicht mittels Verfassungsbeschwerde oder Organstreit zum Bundesverfassungsgericht (Art. 93 Abs. 1 Ziff. 1 und 4a GG). Wer sich im Rahmen der EuGRCh nicht auf individuelle Rechte, sondern nur auf Rechtsgrundsätze beruft und keine individuelle Betroffenheit nach der Plaumann-Formel vorzuweisen hat, wird beim EuGH in Grundrechtsfragen nicht gehört. Und auch in den Individualbeschwerdeverfahren nach den UN-Pakten, der EMRK und vielen anderen speziellen und regionalen Menschenrechtsverträgen, ja selbst vor den (Schieds-)Gerichten der Investitionsschutzverträge einschließlich CETA und TTIP dringt im „Zeitalter der Rechte“<sup>4</sup> nicht durch, wer nicht als Verletzenklage eigene Rechte gegen andere Rechtssubjekte geltend macht.

Gleichwohl bleiben in der Rechtswissenschaft die subjektiven Rechte, die Besonderheiten ihrer Form und Ausgestaltung trotz ihrer zentralen Funktion merkwürdig unreflektiert. Kritiken am subjektiven Recht sind eine Randnotiz im Getriebe des Rechts. Sie haben die Praxis kaum erreicht. In ihrer Entlarvung des Privatismus der Rechte, dem die „Möglichkeit einer vom ‚Eigenhaben‘ emanzipierten Subjektivität und einer sie umgreifenden Sozialität“ entgegengestellt wurde, gingen sie entweder zu ökonomistisch vor, indem sie das Subjekt zu einseitig vom „Ich der Warenbesitzer“ her konzipiert haben<sup>5</sup> oder sie erschöpften sich in Dechiffrierungen des Wirkens politischer Hegemonialmacht im Recht, die die Form der subjektiven Rechte als solche nicht in Frage gestellt haben.<sup>6</sup> Auch feministische und postkoloniale Kritiken an den Identitätszuschreibungen durch subjektive Rechte<sup>7</sup> haben an der Zentralstellung des „subjektiven Rechts“ – gerade auch im Öffentlichen Recht – nicht zu rütteln vermocht. Bis heute ist der subjektive Anspruch der Fixstern im juristischen Weltall. Soziale Konflikte übersetzt das Recht in Kollisionslagen von Subjektivrechten mit anderen „Verfassungsgütern“, d.h. kollidierenden Subjektivrechten oder kollektiven Verfassungsgütern aus der Sphäre des Rechtssubjektes „Staat“, und verdunkelt die Aporien der Kollisionsentscheidung regelmäßig mit der Zauberformel „praktische Konkordanz widerstreitender Interessen“.

Niklas Luhmann diagnostizierte daher schon vor mehr als 50 Jahren die dadurch eintretenden Verzerrungen durch die Rechtsdogmatik, die in der Zusitzung auf Individualkonflikte die gesellschaftlichen Verhältnisse nur ungenügend in die Rechtsfrage übersetze, überkommenes Gegensatzdenken von Staat und Gesellschaft perpetuiere und wider alle gesellschaftliche Plausibilität private und öffentliche Sphären starr voneinander abgrenze. Es sei ein historisch überholter Konzeptionsfehler, dass die gesamte Vorstellungswelt der Dogmatik um die Achse subjektiver Rechte geordnet werde,

4 Louis Henkin, *The Age of Rights*, New York 1990.

5 Ulrich K. Preuß, *Die Internalisierung des Subjekts: Zur Kritik der Funktionsweise des subjektiven Rechts*, Frankfurt 1979, 201 u. 18; siehe ferner Duncan Kennedy, *The Critique of Rights in Critical Legal Studies*, in: Wendy Brown/Janet Halley, *Left Legalism/Left Critique*, Durham, London 2002, 178 ff. (210 u. 216).

6 So die Kritik bei Christoph Menke, *Kultur der Rechte*, Berlin 2015, 409.

7 Statt aller Wendy Brown, *Die Paradoxien der Rechte ertragen*, in: Christoph Menke/Francesca Raimondi (Hrsg.), *Die Revolution der Menschenrechte*, Frankfurt 2011, 454 ff.

*„daß die Wirklichkeit, die die Dogmatik voraussetzt und auf die sie ihre Interpretationen bezieht, als Welt des Gegensatzes von Staat und Gesellschaft, von öffentlichem und privatem Interesse aufgefaßt wird [...] Die Verzeichnung der Wirklichkeit liegt [...] in der Annahme von nur zwei einander gegenüberstehenden Interessensphären, die jeweils durch den Kläger bzw. den Beklagten vertreten werden. Auf diese Weise wird die Prozeßsituation in die Sozialordnung projiziert, damit aus der Sozialordnung Entscheidungsgesichtspunkte reflektieren.“<sup>8</sup>*

Es ist diese Projektion der Rechtsdogmatik, an der auch Christoph Menkes „Kritik der Rechte“ ansetzt.<sup>9</sup> Menke führt die juristische Fallfrage nach dem subjektivrechtlichen Anspruch vor ihren Ausgang zurück, indem er den Blick auf die Wirkungsweise des Rechts der Rechte lenkt und vor das Werwasvonwemworaus des Rechts die Frage platziert: Welche gesellschaftlichen Probleme löst eigentlich das subjektive Recht? Wie hat sich diese unwahrscheinliche Antwort des Rechts auf die Herausforderung sozialer und menschlicher Freiheit ausbilden können? Ist diese Form der Verknüpfung von Recht und Gesellschaft angemessen? Menke skizziert mit den Rechtsregimes in Athen, Rom und London drei Modelle, die die – europäische – Vorstellung vom subjektiven Recht geprägt haben.<sup>10</sup> Dabei geht es ihm aber nicht um das geltende Recht in einer der betreffenden Rechtsordnungen, sondern um das Modell des subjektiven Rechts als solches. Sein Argument wird systematisch, nicht historisch geführt. Es demonstriert die Wirkungsweise und Universalisierung des subjektiven Rechts.

Christoph Menkes und Niklas Luhmanns Kritiken der Übersetzung aller Rechtsfragen in bilaterale Interessenkollisionen zielen insofern beide auf das Weltmodell „subjektive Rechte“. Ich möchte im Folgenden zunächst diese Kombination aus soziologischer (Luhmann) und philosophischer (Menke) Kritik des Subjektivrechtes im Hinblick auf die öffentlich-rechtlichen Diskussionen zum subjektiven Recht rekonstruieren und Christoph Menkes Vorschlag der Entwicklung nicht-subjektiver, sondern „sozialer und politischer Gegenrechte“ in ein Modell „subjektloser Rechte“ integrieren. Drei Thesen möchte ich dabei entfalten:

1. Subjektlose Rechte sind *sozial*. Sie übersetzen gesellschaftliche Strukturkonflikte nicht universell in das verzerrende Schema kollidierender Subjektrechte, sondern *berechtigen* heterogene Rechtspersonalitäten und die in ihnen rechtlich rekonstituierten

8 Niklas Luhmann, Grundrechte als Institution (1965), 4. Aufl., Berlin 1999, 206; ausf. ders., Subjektive Rechte: Zum Umbau des Rechtsbewußtseins für die moderne Gesellschaft, in: ders., Gesellschaftsstruktur und Semantik, Bd. 2, Frankfurt am Main 1981, 45 ff.

9 Menke (Fn. 6), 15 ff.

10 Die postkoloniale Kritik insistiert zu Recht den imperialen Moment der Universalisierung des Konzepts subjektiver Rechte, siehe statt aller Antony Anghie, Imperialism, Sovereignty, and the Making of International Law, Cambridge 2005; Upendra Baxi, The Future of Human Rights, 3. Aufl., New Delhi 2013; José-Manuel Barreto, Human Rights from a Third World Perspective: Critique, History and International Law, Cambridge 2013; Makau Mutua, Savages, Victims and Saviors: The Metaphor of Human Rights, Harvard International Law Journal 42 (2001), 201 ff.; Sundhya Pahuja, The Poverty of Development and the Development of Poverty in International Law, European Society of International Law (Hrsg.), Select Proceedings of the European Society of International Law, 3/2010 (2012), 365 ff.; Shalini Randeria, Legal Pluralism, Social Movements and the Post-Colonial State in India: Fractured Sovereignty and Differential Citizenship Rights, in: Boaventura de Sousa Santos (Hrsg.), Another Knowledge is Possible: Beyond Northern Epistemologies, London 2007, 41 ff.

- humanen, ökologischen und sozialen Autonomieräume. Subjektlose Rechte überwinden den Subjektivismus des Rechts (hierzu 1.).
2. Subjektlose Rechte sind *transnational*. Sie verpflichten nicht exklusiv staatliche Hoheitsträger, sondern heterogene Rechtspersonalitäten und die in ihnen rechtlich rekonstituierten humanen, ökologischen und sozialen Autonomieräume. Subjektlose Rechte überwinden den Etatismus des subjektiven Rechts (hierzu 2.)
  3. Subjektlose Rechte sind *relationierend*. Sie antworten auf Gefährdungen, die aus der *wechselseitigen Abhängigkeit von Autonomieräumen* resultieren, nicht dadurch, dass Subjektivrechte zu wechselseitigen Unverfügbarkeiten stipuliert werden. Subjektlose Rechte sichern nicht Unabhängigkeit, sondern Abhängigkeiten. Sie relationieren Autonomieräume. Subjektlose Rechte überwinden die Disjunktionsdogmen des Rechts (hierzu 3.).

### 1. „Wer?“ – Von subjektiven zu *sozialen* Rechten

„Wenn man nämlich das Problem in Begriffen der Kraft und nicht anders aufwirft, lässt man bereits jegliche Subjektivität hinter sich.“  
Gilles Deleuze<sup>11</sup>

Für die Rechtspraxis ist es eine Selbstverständlichkeit: Das subjektive Recht ermächtigt Rechtssubjekte und konstituiert die Rechtspersonalität. Das konzipiert das Pandektenrecht nicht anders als das System des öffentlichen Rechts. Das subjektive Recht stellt anspruchsförmige Beziehungen zwischen Rechtssubjekten her – im bürgerlichen Recht in der Regel auf horizontaler Ebene, im öffentlichen Recht in vertikaler Hinsicht. Diese intersubjektiven Rechtsbeziehungen sind klassischer Weise staatlich geordnet.

So soll in den vier Jellinekschen statüs – dem passiven, dem negativen, dem positiven und dem aktiven – „sich die gliedliche Stellung des Individuums zum Staate“ erschöpfen.<sup>12</sup> Das „subjektive Recht“ hat insofern einen „Passepartoutcharakter“.<sup>13</sup> Die Bilder, die sich die Rechtsdogmatik von sozialen Konflikten macht, sind Konflikte subjektiver Rechte von „natürlichen“ und juristischen Rechtssubjekten im Staat bzw. von solchen Subjekten mit dem Staat. Die Außenbeziehungen in diesem durch den Status als Rechtsverhältnis gegliederten System werden durch das inter-nationale Recht geordnet. Auch hier entstehen subjektive Rechte, allerdings nicht als Individualansprüche, sondern als eigene Rechte von Kollektivsubjekten: Staaten. Jellinek fragt daher nach „Grund und Art der subjektiven Rechte der Staaten in der Staatengemeinschaft“.<sup>14</sup>

Es ist offensichtlich, dass dieses System des öffentlichen Rechts, das Rechtssätze und Rechtsquellen in Binnen- und Außengewässer trennt, angesichts der transnationalen Rechtsentwicklungen vor Herausforderungen gestellt ist. Wie sollen die menschenrechtlichen Anspruchslagen eingeordnet werden, die offensichtlich die gewöhnlichen Muster des ius inter nationes durchbrechen? Was ist mit den Weiten der *lex mercatoria*, in der

11 Deleuze, Schluss mit dem Gericht, in: ders., Kritik und Klinik, Frankfurt am Main 2000, 171 ff. (183).

12 Georg Jellinek, Das System des öffentlichen Rechts, 2. Aufl., Tübingen 1919, 87.

13 Jens Kersten, Georg Jellineks System: Eine Einleitung, in: Georg Jellinek, System der subjektiven öffentlichen Rechte, Wiederabdruck der 2. Aufl., hrsgg. v. Jens Kersten, Tübingen 2011, 7 ff. (35).

14 Jellinek (Fn. 12), 311.

nichtstaatliche Rechtspersonen mit anderen nichtstaatlichen Rechtspersonen weltumspannende Verträge schließen? Wie verhält sich das supranationale Recht der EU zur Statuslehre der subjektiven Rechte im Staat?

Regelrecht hilflos wirken die Versuche, Anbauten an Jellineks Statuslehre vorzunehmen. Denn Erweiterungen um einzelne Statusformen – bei Peter Häberle um den status procesualis,<sup>15</sup> bei Winfried Brugger um den status culturalis et oecologicus sowie den status europaeus et universalis,<sup>16</sup> bei Johannes Masing um den status procuratoris, der die Vervielfältigung personaler Projektionspunkte des subjektiven Rechts einfangen soll<sup>17</sup> – können die statischen Probleme des Modells nicht lösen: Der subjektive und etatistische Grund, auf dem die Statusarchitektur steht, hat sich radikal verschoben. Er trägt nicht mehr.<sup>18</sup>

Die Komplexität rechtlicher Beziehungen in der Weltgesellschaft wird im rechtlichen Passepartout der „subjektiven Rechte“ nicht adäquat abgebildet. Die Strukturkonflikte einer durch Ausdifferenzierung geprägten Weltgesellschaft, die durch das interlegale Zusammenspiel von Rechtsordnungen unterschiedlicher Provenienz geprägt ist, können nur unter großer Verzerrung als Konflikte staatlich geordneter subjektiver Rechte reformuliert werden. Die staatliche Rechtsordnung ist in vielfältige Rechtskontexte eingebettet, deren Anwendungskontexte funktional eröffnet werden. Überlappende Jurisdiktionskreise, die Parallelität unterschiedlichster Ordnungsmuster führen zu Normkollisionen im globalen Rechtspluralismus und zu einer Fragmentierung des Völkerrechts, das nicht nur aus der Perspektive der politisch organisierten internationalen Gemeinschaft gedacht werden kann, sondern in dem ein Regimepluralismus herrscht, der neuartige Rechtskolisionen provoziert. Jede Rechtsordnungs-Perspektive hat hier ihren eigenen Anspruch auf Geltung und Rechtskraft. Die Zugehörigkeitsverhältnisse zu den Institutionen Europarat, EU, aber auch zur WTO, NATO u.a. sind asymmetrisch. Eine Einheit gibt es im System polyzentrischer Global Governance nicht, und im Weltrecht geht es vor allem darum, das rechtspolitische Pluriversum durch gegenseitige Berücksichtigungspflichten der Ordnungsmuster zu ordnen. Recht ist nicht mehr Ergebnis der Hierarchie staatlichen Letztentscheidens, sondern eines heterarchischen Kommunikationsprozesses im Netzwerk des transnationalen Rechts.

Der globale Rechtspluralismus erschöpft sich dabei nicht in Regimes politischer Regulation. Jenseits des staatsgewaltförmigen Rechts haben sich in der *lex mercatoria*, dem Recht der entfesselten globalisierten Wirtschaft, und der *lex digitalis* des Cyberspace eigene Rechtsetzungsdynamiken entfaltet. Noch dringlicher als im nationalen Rahmen stellt sich in diesen Konstellationen die Frage, wie die „öffentliche Gewalt“ in den Sphären

15 Peter Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat, VVDStRL 1972, 43 ff. (80).

16 Winfried Brugger, Georg Jellineks Statuslehre: national und international, AÖR 136 (2011), 1 ff.

17 Johannes Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts. Europäische Impulse für eine Revision der Lehre vom subjektiv-öffentlichen Recht, Berlin 1997, 225 ff.

18 Und selbst Wolfgang Abendroths *status socialis activus*, der Christoph Menkes Gedanken sozialer und politischer Gegenrechte wohl recht nahe kommt, bleibt in der Grammatik des Status gefangen: Der Status ist auch für ihn das grundlegende Verhältnis zweier Rechtssubjekte, der Individuen zum Staat. Auch wenn die gestalterischen Arme des *status activus* nunmehr tentakelhaft bis in die letzten Winkel der gesellschaftlichen Sphären reichen sollen, denkt auch diese Fassung Gesellschaften im Plural, knüpft rechtliche Ordnung letztlich an den Staat und trennt diesen eigentlich von der Gesellschaft (Wolfgang Abendroth in seinem Diskussionsbeitrag zur Jahrestagung der Staatsrechtslehrer 1954, der kein Vortrag sein durfte, in der Aussprache zu „Begriff und Wesen des sozialen Rechtsstaates“, VVDStRL 12 (1954), 85 ff. (86)).

ren jenseits des Staates gedacht werden kann. Gerade die Gefährdungen der Menschen- und Umweltrechte durch transnationale Unternehmen verdeutlichen, dass das dichotome Denkmuster privat/öffentlich neu konzipiert werden muss, um nach Wegen der Begründung einer horizontalen Menschenrechtsbindung zu suchen. Die Dezentrierung der öffentlichen Gewalt in der transnationalen Konstellation verlangt einen Begriff des Rechts, der den etatistischen Reduktionismus überwindet und dabei auf die neuen Gewaltphänomene reagiert. Entfesselte Partialrationalitäten schreiben sich ins Recht ein. Die Global Players spielen mit dem Recht. Gestützt auf weltumspannende Verträge bewegen sich transnationale Unternehmen auf den globalen Märkten. Wenn die Rechtsdogmatik diese weltgesellschaftlichen und polykontexturalen Konflikte als Konflikte subjektiver Rechte im Staat formuliert, beschreibt sie sie bereits im Ausgang falsch und hält in der Konsequenz auch nur unzureichende Lösungen für die Entscheidung der Konflikte parat.<sup>19</sup>

Die Aufdeckung der Unzulänglichkeit des „subjektiven Rechts“ und seines Junktums mit dem Konzept der Staatlichkeit verbindet Christoph Menkes philosophische und Niklas Luhmanns soziologische Analysen des subjektiven Rechts. Sie wählen für ihr Vorgehen aber unterschiedliche Strategien. Während Christoph Menkes genealogische Kritik des subjektiven Rechts die Falschheit der Kategorie subjektiver Rechte dadurch aufzeigt, dass sie die Gegensätze und Widersprüche, die in dieser Figur eingeschrieben sind, ins Extreme treibt, interessiert sich Niklas Luhmann primär dafür, wie es der Rechtsdogmatik gelingt, die Zweifel am subjektiven Recht zum Schweigen zu bringen. Während Christoph Menke gewissermaßen alteuropäisch von „Gesellschaften“ im Plural zu sprechen pflegt und sich für die konkrete Ausgestaltung des Weltrechts, der Weltpolitik und der Weltwirtschaft etc. nur am Rande interessiert, geht Niklas Luhmann von einer „Weltgesellschaft“ aus und beschreibt akribisch die Differenzierungsmuster und Gefährdungs-szenarien der eigenrationalitätsmaximierenden Weltsysteme, unter denen keines mehr in der Lage ist, *den* exklusiven allesgliedernden Status zu vermitteln, der Bürger\_innen, Unionsbürger\_innen oder Weltbürger\_innen ihren Platz in der Welt zuweist.<sup>20</sup>

Trotz dieser Unterschiede sind die beiden Vorgehensweisen aber nicht inkommensurabel, sondern ergänzen sich. Während Christoph Menke durch die Entlarvung *immanenter* Widersprüche im subjektiven Recht am „Aufreissen des sozialen Abgrunds“<sup>21</sup> arbeitet, geht es Niklas Luhmanns soziologischer Deskription darum, aus einer *externen*, soziologischen Perspektive die gesellschaftliche Adäquanz des subjektiven Rechts zu hinterfragen. Aber letztlich fordert auch Luhmann radikal: Das, was in der Rechtsdogmatik „selbstverständlich und gewohnter Alltag geworden ist, muß mit der nötigen Radikalität wieder in Frage gestellt werden.“<sup>22</sup>

19 Insofern ist die Lage dramatischer als dies Verwaltungsrechtler selbst lakonisch einschätzen, siehe nur Klaus Rennert, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit?, DVBl. 2015, 793 ff. (793 f.): „Die Verwaltungsgerichtsbarkeit [...] konzentriert sich auf die subjektiven Rechte des jeweiligen Klägers, gräbt dort in die Tiefe, klammert anderes aus.“

20 Niklas Luhmann, Die Weltgesellschaft, Archiv für Rechts- und Sozialphilosophie 57 (1971), 1 ff.

21 Menke (Fn. 6), 171.

22 Luhmann, Subjektive Rechte (Fn. 8), 46; zur Infragestellung des subjektivrechtlichen Paradigmas im Abwägungsvorgang siehe auch Rudolf Wiethölter, Sozialwissenschaftliche Modelle im Wirtschaftsrecht, KJ 1985, 126 ff. (139).

### a) Heuchlerischer Humanismus

Schon Hans Kelsen hatte in seiner Kritik der „Ideologie des subjektiven Rechts“ die mit dieser Figur einhergehenden Dualismen von Staat und Gesellschaft sowie von öffentlichem und privatem Recht kritisiert.<sup>23</sup> Dass das objektive Recht der staatlichen Rechtsordnung schützend neben das subjektive Recht trete und diesem gegenüber eine dienende und rahmensexistende Funktion einnehme, hält Kelsen für eine liberale Lüge, die in der Behauptung gipfele, dass eine Rechtsordnung ohne subjektive Rechte undenkbar sei.<sup>24</sup> Für Kelsen ist derlei ethische Überhöhung ein grandioses Verdeckungsmanöver, das einen Mantel des Schweigens darüber lege, dass es beim subjektiven Recht um die individuelle Aneignung des Sozialen gehe, dass „die Bestimmung des Eigentums als Verhältnis zwischen Person und Sache dessen ökonomisch entscheidende Funktion verhüllt: die Funktion der Ausbeutung“.<sup>25</sup> Während liberale Ansätze insistieren, dass subjektive Rechte moralisch, ethisch, natürlich oder wie immer begründete Unverfügbarkeiten rechtlichem Fundamentalschutz zuführen und die jeweiligen Rechtssubjekte damit eine rechtliche Handhabe zur Durchsetzung ihrer Rechte erhalten, dreht Kelsen diesen Ableitungszusammenhang um: Das subjektive Recht sei ein Reflex der Rechtspflicht, finde Grund und Grenze nicht in der freien Person, sondern im objektiven Recht. Das Rechtssubjekt sei letztlich nur unter dem Druck einer „anthropomorph-personifizierenden Rechtssprache geschaffen“, und das Subjektivrecht stelle nichts weiter als einen „Einheitsausdruck für ein Bündel von Rechtspflichten und Berechtigungen, d.h. aber für Normkomplexe“, dar.<sup>26</sup> Zwar bindet Kelsens Auflösung des Dualismus von subjektivem und öffentlichem Recht diese letztlich auch gesellschaftlichen Normkomplexe wiederum künstlich an den Staat und seinen Durchsetzungsapparat, indem selbst die Vertragsfreiheit als Ausübung einer staatlichen Rechtsetzungsmacht fingiert wird. Kelsens Kritik an der Ideologie der freien Person, die dem herkömmlichen subjektiven Recht zugrunde liegt, macht aber einen entscheidenden Zug, denn Kelsen stülpt die Dinge um. Daran schließt auch Christoph Menkes Kritik der Rechte an: „Es gibt“, so reformuliert das Menke, „die moderne Form der Rechte nicht, weil es autonome Subjekte gibt, sondern es gibt autonome Subjekte, weil es die moderne Form der Rechte gibt.“<sup>27</sup>

Dass die rechtliche Auflösung der in der politischen Theorie als *agent-structure*-Problem verhandelten Frage, ob die Agenten die Strukturen oder die Strukturen die Agenten schaffen,<sup>28</sup> nur unter Hinnahme von Paradoxien gelingt, haben kritische Ansätze schon immer betont: Karl-Heinz Ladeur hat die Zirkularität bei der Begründung der juristischen Personalität unter Rekurs auf Maurice Hauriou dechiffriert;<sup>29</sup> Wendy Brown hat im Anschluss an postkoloniale Rechtskritiken die Paradoxie der Rechte so beschrieben,

23 Hans Kelsen, *The Communist Theory of Law*, London 1955, 97f.

24 Hans Kelsen, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung, Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik 66 (1931), 449 ff. (489 f.) paraphrasiert das heuchlerische Credo des Liberalismus wie folgt: „Eine Ordnung, die den Menschen nicht als freie Persönlichkeit in diesem Sinne anerkennt, d.h. aber eine Ordnung, die nicht das subjektive Recht gewährleistet, eine solche Ordnung soll überhaupt nicht als Rechtsordnung gelten.“

25 Kelsen, ebd., 490.

26 Kelsen, ebd., 493.

27 Menke (Fn. 6), 17 und 196.

28 Alexander Wendt, The Agent-Structure Problem in International Relations Theory, International Organization 41 (1987), 335 ff.

29 Karl-Heinz Ladeur, Rechtssubjekt und Rechtsstruktur, Gießen 1978, 163.

dass subjektivierende Diskurse – wie das Recht der subjektiven Rechte – die Subjekte erst hervorbringen.<sup>30</sup> Zirkularitäten überall, und auch die Völkerrechtsordnung bleibt davon nicht unberührt, steht doch in deren Zentrum der „nation state creating an international law which creates it“.<sup>31</sup>

Die gesellschaftliche und juridische Plausibilität der Figur der „subjektiven Rechte“ beruht denn auch nicht auf ihrer logischen Stringenz, sondern auf dem praktischen Mehrwert und dem vordergründig humanistischen Überbau des Konzepts: Subjektive Rechte stellen vermeintlich die Menschlichkeit der Ordnung sicher und bieten dabei einen Mittelweg, der die Routen rechtlicher Unterverbindlichkeit und Überverbindlichkeit als Irrwege erscheinen lässt: „Subjektive Rechte“ sind mehr als nur objektives Recht, nämlich einklagbares Recht, das Akteure mit Durchsetzungsmacht ausstattet und verhindert, dass die Mächtigen das (letztlich *unterverbindliche*) Recht gerichtlich unkontrolliert biegen und brechen können. „Subjektive Rechte“ sind aber zugleich nicht starr, sondern biegsam, indem sie soziale Verhältnisse entquicken, Individuen aus dem Gefängnis rechtlich strukturierter *Überverbindlichkeit* befreien und aus starren Gesellschaftsvorgaben in ein dynamisches System entlassen. „Subjektive Rechte“ distanzieren gesellschaftliche Determinanten, die noch im *ius-* und *actio*-Denken die Rolle des Individuums in der Gesellschaft festlegten und menschliche sowie soziale Freiheiten in jeweils reziproken Rechte-Pflichten-Bündeln erstickt haben. „Subjektive Rechte“ sind insofern ein evolutionärer Schritt, als sie von der Reziprozität in die Komplementarität des Erwartens führen und die Gemeinschaft insoweit auf Distanz halten: Nicht Netzwerke der Verwandtschaft, der Verschwagerung oder der Partei strukturieren die Erwartungen an Individuen, sondern Komplementärrollen, deren rechtliche Stabilisierung es den Individuen ermöglicht, unterschiedliche Charaktermasken zugleich anzunehmen. Die Kapitalistin hat es so mit Arbeiterinnen zu tun, die Verkäufer mit Käufern, die Verwaltungsangestellten mit Antragstellerinnen, die Politiker mit Wählern (Nichtwählern und Protestwählern...) usw. Es gibt demnach keine einheitliche Repräsentanz des „Menschen“ im System, sondern komplementäre Inklusionsformen.<sup>32</sup>

Als Ort der Inklusion wird der Staat eingesetzt, dessen Rechtsordnung die relevanten Sozialbeziehungen subjektivrechtlich strukturiert. Rechtssubjektivität und Grundrechts-trägerschaft werden hierbei vom „natürlichen“ Subjekt her gedacht, wobei für „inländische juristische Personen“ Subjekterweiterungen und Grundrechtsträgerschaften nach Art. 19 Abs. 3 GG<sup>33</sup> in Betracht kommen, soweit die Grundrechte „ihrem Wesen nach

30 Brown (Fn. 7), 465: „Das heißt, geschlechtliche, Klassen-, nationale, rassische, sexuelle Subjekte usw. werden durch verschiedene Geschichten, verschiedene Mechanismen und Orte der Macht, verschiedene Formationen, verschiedene Regulationsschemata hervorgebracht.“

31 Peter Fitzpatrick, Latin roots, the force of international law as events, in: Fleur Johns/Richard Joyce/Sundhya Pahuja (Hrsg.), Events: The Force of International Law, New York 2011, 43 ff. (44).

32 Zum ganzen siehe Luhmann, Subjektive Rechte (Fn. 8), 79.

33 Vgl. auch Art. 34 EMRK (nichtstaatliche Organisation oder Personengruppe); in der EuGRCh fehlt eine entsprechende Generalbestimmung, der EuGH entwickelt den Schutz für juristische Personen aber entsprechend aus den jeweiligen Einzelgrundrechten, auch wenn es nicht immer (wie bspw. in Art. 42 EuGRCh [„juristische Person“]) explizite Schutzbereichseröffnungen auch auf juristische Personen gibt; im Rahmen des IPBPR hat der Menschenrechtsausschusses eine Erstreckung der Individualbeschwerde auf juristische Personen bislang abgelehnt, sieht aber u.U. die die Person tragenden „natürlichen Personen“ als antragsbefugt, siehe bspw. CCPR, B.d.B. et al. v. the

auf diese anwendbar sind“ und sie „Ausdruck freier Entfaltung der privaten natürlichen Personen sind“<sup>34</sup> – reifizierender kann man das insgesamt nicht fassen.<sup>35</sup>

### b) Polygonalität der Grundrechtskonflikte

Die Komplementarisierungsmaschine „subjektives Recht“ ist aber in der transnationalen Konstellation kein adäquates Mittel mehr, um die Dynamik sozialer Konfliktizität zu erfassen. Die von den autonomen Funktionssystemen ausgehenden Gefährdungen wirken nicht lediglich in Komplementärverhältnissen, sondern polygonal. Diese Polygonalitäten in Konflikte subjektiver Rechte zu übersetzen, ist nur bis zu einem gewissen Grade adäquat – und gerade die Diskussion um multipolare Grundrechtskollisionen zeigt, wie unbefriedigend die Ergebnisse bleiben,<sup>36</sup> wenn Strukturkonflikte subjektiviert und dann auch noch in polyzentrische Ordnungen eingepasst werden.<sup>37</sup> Die Subjektivierung bietet insbesondere im Hinblick auf diejenigen Probleme kein überzeugendes rechtliches Konditionalprogramm, „die sich in einer funktional ausdifferenzierten Gesellschaft mit relativ autonom operierenden Teilsystemen zunehmend stellen [...] Gerade in der Gesellschaftsordnung, die mit Hilfe dieser subjektbezogenen Semantik aufgebaut worden ist, mag sich deshalb eine Lage ergeben, in der diese Semantik nicht mehr überzeugt und ihre Plausibilität einbüßt“.<sup>38</sup>

Allzu offensichtlich wird, dass die subjektivrechtliche Fassung gesellschaftlicher Probleme Komplementärverhältnisse voraussetzt, die einerseits angesichts des Strukturwandels des Öffentlichen und andererseits angesichts der Evidenz transsubjektiver Gefährdungslagen der Umwelt, des Institutionenschutzes, diffus organisierter Bewegungen, Gemeinschaften usw. nicht mehr überzeugend als Rechtsverhältnis der Rechtssubjekte Staat-Individuum darstellbar sind. Am deutlichsten wird das im Völkerrecht, wo die sog. „dritte Generation“ der Menschenrechte die Grenzen des subjektiven Paradigmas sprengt und Entwicklungsrechte, Nachhaltigkeitsrechte, Friedensrechte und kollektive Solidaritätsrechte vorsieht. Zudem hat das Unionsrecht zumindest im Bereich des Verwaltungsrechts die Bedeutung des subjektiven Rechts deutlich relativiert<sup>39</sup> und mobiliert die Bürger\_innen regelmäßig für die Durchsetzung des Rechts, auch ohne auf sub-

Netherlands (Az. 273/1988), Entscheidung vom 30. März 1989, A/44/40 (1989), Annex XI.F (S. 286) = CCPR/C/OP/3 (2002), 37, § 2.1.

<sup>34</sup> St.Rspr., siehe BVerfGE 68, 193 (205 f.).

<sup>35</sup> Freilich bietet die Norm einen möglichen Referenzpunkt, um im Geltungsbereich des Grundgesetzes den grundrechtlichen Schutz der hier diskutierten Rechtspersonalitäten jeweils differenziert für die juristischen Personen Umwelt, Tiere, Unternehmen, Institutionen, Kollektivakteure, Kommunikationsbereiche zu entwickeln.

<sup>36</sup> Statt aller Wolfgang Hoffmann-Riem, Innovation und Recht - Recht und Innovation: Recht im Ensemble seiner Kontexte, Tübingen 2016, 228.

<sup>37</sup> Gerade in polygonalen Situationen versagen auch in der Regel die sog. „Mindestniveauleklauseln“ (z.B. Art. 53 EuGRCh und Art. 53 EMRK), weil eine reformatio in peius für ein rechtliches Interesse angesichts der Vielzahl betroffener Schutzgüter letztlich nicht ausgeschlossen werden kann.

<sup>38</sup> Luhmann, Subjektive Rechte (Fn. 8), 80.

<sup>39</sup> Auch wenn Klaus Gärditz, Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit unter dem Einfluss des Unionsrechts, in: Verhandlungen des 71. Dt. Juristentages, Bd. I, Gutachten D, München 2016, D 19, das kleinzureden und als Sonder-, Spezial- und Irrwege zu diskreditieren sucht, um an der Märe einer „Vollsubjektivierung“ festhalten zu können.

jektive Rechtsansprüche zu rekurrieren.<sup>40</sup> Und auch im nationalen Recht zeigen unter anderem die Diskussionen um transsubjektive Systemrechte,<sup>41</sup> die Anerkennung neuer Kollektivakteure<sup>42</sup> und sog. „diffuse Rechte“,<sup>43</sup> dass längst nicht mehr alle sozialen Strukturprobleme subjektivrechtlich abgebildet werden (können), zumal man angesichts der gesellschaftlichen Komplexität „die Kollision der subjektiven Rechte untereinander ins Unübersehbare vermehren“ müsste.<sup>44</sup>

Dass die Rechtspraxis daher mit Aufweichungen versucht, zumindest die offensichtlichsten Probleme beispielsweise im Bereich des Umweltschutzes und der dort regelmäßig vorliegenden „diffusen“ Rechtelage aus der subjektiven Klammer zu lösen, ist daher nur konsequent. Letztlich bleiben diese Ausfrasungen des Subjektivrechts aber nur halbherzig. Sie lösen entweder nur einen Teil der Probleme (neue Kollektivakteure werden als *Subjekte* ermächtigt),<sup>45</sup> generieren in einem subjektivistisch geprägten System neue Probleme (institutionelle Grundrechte sollen keine subjektiven Durchsetzungsansprüche vermitteln können) oder bleiben letztlich zu sehr dem individualistischen Rechteschema verhaftet (so konzipiert das Bundesverfassungsgericht selbst das subjektlose Grundrecht auf Gewährleistung der Vertraulichkeit und Integrität informationstechnischer Systeme als Ausfluss des allgemeinen Persönlichkeitsrechts aus Art. 2 Abs. 1 i.V.m. Art. 1 Abs. 1 GG und bindet es letztlich doch an die Erwartung „selbstbestimmter“ Verfügungsrechte seitens der Nutzer\_innen<sup>46</sup>). Eine einfache Erweiterung des Werwas von wemworaus unter Schaffung neuer Subjektivitätskonzepte und immer weiter reichender Subjektivierung dringt nicht zum Problem durch. Vielmehr bedarf es einer Modifikation in der Form der Rechte selbst.

#### *aa) Gegenrechte als Prozessrechte jenseits des Subjekts (Christoph Menke)*

Das ist der Punkt, an dem die Analysen von Christoph Menke und Niklas Luhmann konvergieren. Die Korrekturen, die sie vorschlagen, führen zu Berechtigungen, die zwar auch die Form von „Rechten“ annehmen, aber eben nicht Rechte *des* Subjekts sind, sondern anders wirken; bei Christoph Menke haben sie die Form von „Gegenrechten“. Die-

40 Siehe ausf. Masing, Die Mobilisierung des Bürgers für die Durchsetzung des Rechts (Fn. 17), 225 ff.

41 Siehe das Plädoyer für die Einbeziehung gesellschaftlicher Selbstorganisation bei Thomas Vesting/Stefan Korioth/Ino Augsberg, Einleitung, in: dies. (Hrsg.), Grundrechte als Phänomene kollektiver Ordnung, Tübingen 2014, 1 ff. (6).

42 Albert Ingold, Grundrechtsschutz sozialer Emergenz. Eine Neukonfiguration juristischer Personalität in Art. 19 Abs. 3 GG angesichts webbasierter Kollektivitätsformen, *Der Staat* 53 (2014), 193 ff.

43 M.w.N. Steffen Kommer, Diffuse Umweltrechte in Brasilien: am Beispiel von Kollektivanlagen gegen ökologische Schäden durch queimadas, *ZUR* 2012, 459 ff.

44 Luhmann, Subjektive Rechte (Fn. 8), 95 f.

45 Insofern greift es zu kurz, von transsubjektiven „Kollektivrechten“ zu sprechen, denn auch hier wird eine vereinheitlichende Zuspritzung auf „Kollektivsubjekte“ behauptet, die der Diffusität der Rechte regelmäßig nicht gerecht wird – siehe die Engführung bei Vesting u.a. (Fn. 41), 1 ff.

46 BVerfGE 120, 274 (315): „[...] selbstbestimmt verfügt.“ Zu den Risiken des Unterlaufens rechtlicher Schutzbestimmungen über die an Selbstbestimmungsschutz via Einwilligung ansetzenden Konzeptionen siehe auch Wolfgang Hoffmann-Riem, Verhaltenssteuerung durch Algorithmen, *AöR* 142 (2017), 1 ff. (20 ff.).

se Gegenrechte implizieren drei zentrale Transformationen und verschieben (1) Grund, (2) Inhalt und (3) Regierungsweise der Rechte:<sup>47</sup>

- (1) *Grund der Rechte*: Von den *Subjekten*, d.h. ihrer Position „im Gefüge von Tun und Leiden, Aktivität und Passivität“, zum „Guten des Urteilens“, d.h. der Einheit zweier *Differenzen im Urteilen*: Gegenrechte zielen auf die Berücksichtigung der sinnlichen Kräfte im rationalen Urteil sowie der Passivität in der Aktivität des Urteilens (Subjekt -> Urteilsform).
- (2) *Inhalt der Rechte*: Von der *Statuslehre* (activus, positivus, negativus) bzw. den drei *duties to respect, protect, and fulfill* als Teilhabeformen am Bestehenden zur Regulierung der Teilnahme, d.h. dem Recht auf *Nichtteilnahme in der Teilnahme*: Gegenrechte ermöglichen die Unterbrechung der sozialen Teilnahme (*Status/Teilhabe -> Teilnahme/Nichtteilnahme*).
- (3) *Regierung der Rechte*: Von den drei Dimensionen der Menschenrechte (liberal, sozial und politische) bzw. den drei Generationen der Menschenrechte (erste: klassisch, zweite: sozial, dritte: kollektiv) als *Regulierungswisen* zum *Recht des widerwilligen Regierens*: Gegenrechte berücksichtigen die Unfähigkeit zum Logos in der Regierung, d.h. sie verwirklichen die Macht der Mitregierung gegen das Erleiden und das Recht des Ohnmächtigen in der Regierung (Form- und Inhaltsregulierungen -> Prozessermöglichung).

An die Stelle subjektiver Rechte, die vorgeblich Natürliches rechtlich garantieren und dabei das Öffentliche privatisieren, treten Rechte, deren Funktion es ist, Prozesse zu ordnen. In öffentlich-rechtlicher Terminologie: Christoph Menkes Gegenrechte distanzieren sich sowohl von reinen Subjekttheorien des Rechts, die Grund, Inhalt und Weise des Rechts aus dem Subjekt ableiten, als auch von modifizierten Subjekttheorien, die Grund, Inhalt und Weise des Rechts aus der Intersubjektivität entwickeln, d.h. aus dem Rechts-Verhältnis von Subjekten. Menkes Modell sozialer Gegenrechte zielt nicht auf die Ordnung von Subjekten oder Subjektverhältnissen, sondern auf die Ordnung desjenigen „Prozesses“,<sup>48</sup> der Subjektivierung erst hervorbringt.

Offen bleibt dann aber die Frage, *wer* durch diese rechtlich geordneten Prozesse berechtigt werden soll. Christoph Menkes Andeutungen, dass sich das „neue Recht“ in den Formen der alten Subjektivberechtigung realisiert, ihm entgegengesetzt ist, in es zurückfällt und es doch übersteigt,<sup>49</sup> legen nahe, dass auch die Gegenrechte letztlich an Personalisierungsformen gebunden bleiben, zumal deren Aufgabe sein soll, „die Spaltung des Subjekts zu sichern“, damit dieses Teilnehmer\_in und Nichtteilnehmer\_in an sozialen Prozessen in einem sein kann.<sup>50</sup> Das neue Recht ist dann zwar transsubjektiv in dem Sinn, dass es nicht vorsoziale Subjekte in ihren vermeintlich natürlichen Autonomiebereichen schützt. Es bleibt aber in der Durchsetzung und Ausübung mit Rechtspersonalität dergestalt verknüpft, dass die Ausübung der Gegenrechte an Berechtigungsformen gebunden ist, die Rechtspersonen zuzuordnen sind.

Freilich wird dann das Denken „vom Subjekt her“ abgelöst. Es gibt schlicht kein einheitliches Subjekt mehr, durch dessen Gravitationskraft der rechtliche Kosmos zusam-

47 Menke (Fn. 6), 381-394.

48 Menke (Fn. 6), 391.

49 Menke (Fn. 6), 401.

50 Menke (Fn. 6), 397.

mengehalten würde.<sup>51</sup> Die im Recht berechtigten und verpflichteten Personen, die juridischen Charaktermasken, sind jeweils juristisch konstituierte Personen. Die floskelhafte Dopplung des Personenbegriffs in „natürliche und juristische Personen“ verdeckt bislang nur, dass auch die natürliche Rechtsperson eine juristische Rechtsperson darstellt, denn Rechtsperson – in der Formulierung Kelsens – „ist ein Komplex von Rechtspflichten und subjektiven Rechten, deren Einheit im Begriff der Person figürlich zum Ausdruck kommt. Die Person ist nur die Personifikation dieser Einheit“.<sup>52</sup> Wenn das subjektive Recht als der Fixpunkt des juristischen Weltalls seine ordnende Kraft verliert, dann kommt auch das von diesem geordnete Feld der juristischen (und das heißt der Einheit der Differenz „natürlicher und juristischer“) Personen ins Wanken.

### *bb) Koevolutiv generierte Berechtigungsformen (Niklas Luhmann)*

Was, wenn nicht die *subjektiven* Rechte von Rechts-Subjekten, sind dann die rechtlich relevanten Einheiten? Wie die gesellschaftlichen Konflikte jenseits subjektivrechtlich geprägter Individualkonflikte in die *quaestio iuris* transformieren?

Niklas Luhmanns rechtssoziologische Analyse gesellschaftlicher Ausdifferenzungsprozesse setzt hier an und verortet die maßgeblichen Konflikte „in den gesellschaftsinternen Systembeziehungen ebenso wie im Verhältnis des Gesellschaftssystems selbst zu seiner natürlichen und personalen Umwelt“.<sup>53</sup> Das öffnet den Blick darauf, dass es um drei sehr verschiedene Grenzbeziehungen von Systemen mit Systemen oder ihrer Umwelt geht, in denen die Generierung von Rechtspersonalität und die Institutionalisierung der Berechtigung je spezifisch verlaufen muss:<sup>54</sup>

- (1) *Menschenrechte* („personale Umwelt“) zielen auf die Grenzbeziehungen eigenrationalitätsmaximierender Systeme mit Menschen „aus Fleisch und Blut“, auf die Vermeidung negativer systemischer Externalitäten der Kommunikation für Menschen, auf die Eindämmung des lebens- und bewusstseinsbedrohenden Potentials.
- (2) *Ökologische Rechte* („natürliche Umwelt“) schützen die Integrität der natürlichen Lebensgrundlagen.
- (3) *System- und Institutionenrechte* („gesellschaftsinterne Systembeziehungen“) schützen Systeme, Institutionen, Kollektive, Netze usw. vor der Kolonialisierung durch andere Systeme, Institutionen usw.; sie schützen die „distribuierte Erzeugung einer eigenständigen Regelhaftigkeit“.<sup>55</sup>

Damit diffundiert die Berechtigtenseite im System des „Rechts der Rechte“. Nicht mehr „natürliche Personen“, vorsoziale „Subjekte“ werden in ihren *Eigenrechten* berechtigt, sondern eine Vielfalt von Rechtspersonen sui generis tritt auf den Plan: Institutionen, Systeme, Netzwerke, Schwärme, intelligente Maschinen, Tiere, die Natur.<sup>56</sup> Schon in der Status-Lehre ist eine solche Multilateralität angelegt, denn der Schutz der persönlichen

51 Preuß, Die Internalisierung des Subjekts (Fn. 5), 207.

52 Hans Kelsen, Reine Rechtslehre, Nachdr. der 2. Aufl. 1960, Wien 2000, 177.

53 Luhmann, Subjektive Rechte (Fn. 8), 80, meine Hervorhebung.

54 I.d.S. auch die Systematik bei Gunther Teubner, Die anonyme Matrix: Zu Menschenrechtsverletzungen durch „private“ transnationale Akteure, Der Staat 44 (2006), 161 ff.

55 Karl-Heinz Ladeur, Helmut Ridders Konzeption der Meinungs- und Pressefreiheit, KJ 1999, 281 ff. (290).

56 Siehe Sophie Arndt/Malte Gruber, Einleitung in den Themenschwerpunkt „Neue Theorien der Rechtssubjektivität“, Zeitschrift für Rechtssoziologie 37 (2017), 1 ff. und die Beiträge ebd.

Lebensphäre und die Erhaltung ihrer Grundbedingungen folgen gerade keinem übergreifenden Rechtsansatz, sondern werden an unterschiedliche Grundrechtsgehalte angehängt. Bereits hier ist das einheitliche Subjekt eine Rechtsprojektion, die selbst für zentrale Fragen des Schutzes menschlicher Integrität mit dem „semantischen Artefakt des aufgeklärten, informierten und zur Selbstbestimmung fähigen Subjekts“ eine Folie bietet, die weder in der Ausgangsbeschreibung noch hinsichtlich der Lösungsvorschläge für den Schutz des Menschen im biopolitischen Zeitalter zureichende Antworten bietet.<sup>57</sup>

### *cc) Natürlich-juristische Personen (Christoph Menke + Niklas Luhmann)*

Es ist insoweit kein Bruch, sondern eine konsequente Weiterentwicklung, wenn die Typologie der Rechtspersonalität um juridische konstituierte Personalitäten ergänzt wird, die nicht notwendig auf ein subjektives Substrat zurückgeführt werden. Menschen, Systeme, Institutionen und Umwelt haben Rechtspersonalität, weil sie mit spezifischen Rechten ausgestattet sind – und nicht umgekehrt. Das „Wer“ im Schema des Werwasvon-wemworaus beantwortet sich nicht durch den schematischen Verweis auf eine vorsoziale Rechtssubjektivität, sondern wird sozial generiert.

Es wäre aber unzureichend, lediglich den Berechtigtenkreis zu erweitern und die durch subjektive Rechte berechtigten vorsozialen Subjekte durch „Rechtspersonen“ mit „subjektlosen Rechten“ zu substantiiieren. So würde letztlich nur ein rechtlicher Naturalismus (Subjekte) durch eine andere Ontologie (Sozialautonomien) abgelöst, würde nur eine überkommene Privatisierungsformel durch eine neue Partikularisierungsformel ersetzt. Das Unpersönliche, das im Personenbegriff Ausgeschlossene,<sup>58</sup> bliebe im unmärked space des Rechts.

Die Prozesse der Kraftentfaltung, die Christoph Menke in den Gegenrechten zu institutionalisieren sucht, die Berücksichtigung des Leidens im Regieren, der „Unfähigkeit zur Sprache, zum Logos in der Regierung“,<sup>59</sup> die er einfordert, sind denn auch komplexer. Es geht um menschliche, ökologische und soziale Kräfte, deren Entfaltungsformen durch Rechte, die nicht am vorsozialen Subjekt, sondern an sozialer Personalität ansetzen, zu relationieren sind. Diese Relationierung besteht in einer Doppelbewegung. In dem das Recht die gesellschaftlichen Verhältnisse intern spiegelt, sich regulierend auf die komplexe gesellschaftliche Welt einstellt, transformiert es die gesellschaftliche Welt. Aufgabe subjektloser Rechte ist es hierbei, den Prozess dieser Transformation zu organisieren, ohne lediglich auf konkreten Ordnungen gesellschaftlicher Provenienz aufzusetzen und diese gegen demokratische Steuerung abzudichten. Im Gegenteil: Subjektlose Rechte zielen darauf, die Ordnungsmuster und ihre rechtlichen Normierungsprozesse zu politisieren.

Soziale Freiheit, institutionelle Normkomplexe, menschliche Autonomie und ökologische Integrität sind insofern keine feststehenden Grundwerte, auf die das Recht einfach responsiv reagieren kann, sondern sind in ihrer Konstitution bereits rechtlich mitgeformt und formen so auch das Recht. Bei der Entwicklung subjektloser Rechte geht es darum,

57 Siehe die instruktive Kritik bei Vagias Karavas, Das Parlament der Körperfragmente, Zeitschrift für Rechtssoziologie 2017, 112 ff.

58 Statt aller Roberto Esposito, Person und menschliches Leben, 2010, 29 ff. und Simone Weil, Human Personality, in: dies., Selected Essays 1934-43, 2015, 9 ff.

59 Menke (Fn. 6), 387.

diese Wechselwirkung zwischen Nichtrecht und Recht demokratisch zu ordnen und zu dynamisieren.

Es wäre allerdings unzureichend, die rechtliche Personifizierung des bislang Unpersönlichen – Ökologie, Tiere, Maschinen, Körper usw. – lediglich dergestalt zu ermöglichen, dass staatliche Umweltplanungsbehörden, Verbände oder andere Kollektivorgane ermächtigt werden, die zu Rechtspersonen aufgewerteten natürlichen Entitäten im Recht zu vertreten. Eine solche Form der Diversifizierung der Rechtspersonalität – wie sie in den Entscheidungen zum Recht der Flüsse, in Forderungen nach Subjektrechten für Tiere, Rechten für Institutionen und Personalitätsrechten für Maschinen regelmäßig zum Ausdruck kommt<sup>60</sup> – würde nur den Kreis der Personen erweitern, ohne die Form des Rechts zu verändern. Es kommt aber gerade darauf an, das subjektivrechtliche Statusdenken zu einem subjektlosen Prozessdenken zu transformieren.

Um das am Beispiel einer natürlich-juristischen Person zu erläutern: Der Fluss Ganges und sein wichtigster Nebenfluss Yamuna wurden jüngst in Indien zu Rechtspersonen erklärt. Die Vertretungsgewalt wurde einer staatlichen Behörde zugewiesen.<sup>61</sup> Dieses neuartige – in Deutschland bislang schwer denkbare Arrangement – ist zwar zu begrüßen, weil der Fluss dadurch rechtliche Gestaltungsmöglichkeiten erhält. Es löst allein aber kein Problem der Umweltadäquanz von Recht und Gesellschaft. Im Gegenteil, die Probleme werden verschärft: Wie die Vertreter der Flüsse an die Integritätsinteressen des Ökosystems binden, wie die Unterjochung des Flusses durch vorgebliche Sachwalter verhindern? Wie die intern heterogenen Interessen des Flusses organisieren und artikulieren? Wo hört der Fluss auf (Küstengewässer, hohe See)? Wo beginnt er (Quellen, Troposphäre)? Wie kann man vermeiden, dass man in die Falle der advokatorischen Gewalt tappt, wie sie bspw. Gayatri Chakravorty Spivak und Boaventura de Souza Santos zur transnationalen Menschenrechtsbewegung beschreiben?<sup>62</sup>

Es ist nicht hinreichend,<sup>63</sup> wenn man die Systematik subjektiver Rechte auf ökologische, tierliche, systemische usw. Rechtspersonen anwendet und sie mit eigenen Status-Rechten (negativus, activus, positivus) versieht und dabei die Konstitutionsbedingungen der Rechtspersonalität der Flüsse, Tiere etc. ausblendet.<sup>64</sup> Vielmehr ist es gerade auch im Hinblick auf natürlich-juristische Personen zentral, nicht nur die Form der Person, sondern auch die Form der Berechtigung zu transformieren. Dabei kann man Prozeduralisierungserfahrungen (Einbeziehung von Experten und Interessenverbänden, Richtervorbehalt, Aufklärungspflichten, Mischung amtlicher und gesellschaftlicher Akteure) in Ver-

60 Für einen Überblick siehe Jens Kersten, Das Anthropozän-Konzept, RW 2014, 378 ff.

61 High Court of Uttarakhand at Nainital, 126/2014, Order v. 20.3.2017, Rn 19 f.; zu natürlichen juristischen Personen siehe generell Caroline Raspé, Die tierliche Person, 2013.

62 Gayatri Chakravorty Spivak, Righting Wrongs, The South Atlantic Quarterly 103 (2/3) 2004, 523 ff.; Boaventura de Sousa Santos/ César Rodriguez-Garavito, Law, Politics and the Subaltern in Counter-Hegemonic Globalisation, in: dies. (Hrsg.), Law and Globalization from Below. Towards a Cosmopolitan Legality. Cambridge 2005, 1 ff.; Boaventura de Sousa Santos, The law of the oppressed, Law & Society Review 1977, 5 ff. ders., Sociología jurídica crítica, Madrid 2009, Kapitel 2, 4, 6, 7.

63 Siehe nur das US-amerikanische Gerichtsverfahren, in dem die Tierrechtsorganisation „Peta“ im Namen des Affen Naruto gegen den Besitzer der Fotokamera, den Fotografen David Slater, kapitalistische Verwertungsrechte im Hinblick auf das von Naruto geschossene Selfie einklagt: Laura Hertreiter, Rechtstreit um Affen-Selfie, SZ v. 1.8.2017.

64 Gunther Teubner, Rights of Non-humans? Electronic Agents and Animals as New Actors in Politics and Law, Journal of Law & Society 33 (2006), 497 ff.

tretungskontexten wie der gesetzlichen Betreuung, in denen die verbale Artikulationsfähigkeit der Vertretenen prekär ist, nutzen. Deren Effektivität sollte man aber zugleich nicht überschätzen. Sie hängt vom Engagement der Beteiligten und adäquaten Checks-and-Balances im Vertretungsmodell ab.

Entscheidend ist hierbei, dass Formen der Sozialität<sup>65</sup> rechtlich institutionalisiert werden, über die die Prozesse der Generierung der Rechtspersonalität und die Relationierung der Rechtspersonen zu anderen Rechtspersonen so organisiert werden, dass nicht nur *über* die Unvertretenen gesprochen wird, sondern dass das Recht es ermöglicht, mit ihnen in Beziehung zu treten und eine Sensitivität für die Unvertretenen und das Exkludierte auszubilden.<sup>66</sup>

## 2. „Von wem?“ – Von nationalen zu transnationalen Rechten

*„Mit diesen universellen Ansprüchen meine ich transnationale und nicht bloß kosmopolitische. Denn das Kosmopolitische [...] setzt immer noch die Instanz des Staates und des Bürgers voraus, selbst wenn er Weltbürger ist.“*  
Jacques Derrida<sup>67</sup>

Aber nicht nur die Berechtigenseite im bipolaren Statusmodell der subjektiven Rechte ist in der transnationalen Konstellation Transformationen ausgesetzt, auch die Verpflichtetenseite: Gegenüber wem können die subjektlosen Rechte eingefordert werden?

### a) Doppelpolitik

In der Statuslehre ist die Berechtigung staatsgerichtet realisiert. Die Grundrechte verpflichten unmittelbar nur den Staat. Die Monopolisierung der staatlichen Verpflichtetenseite, die Individualpflichten nur mittelbar vorsehen kann – sei es über gesetzlich auferlegte Pflichten oder über richterliche Grundrechtsbindungen bei der Entscheidung über Horizontalkonflikte –, entspricht den Konzeptionen in der politischen Philosophie, die traditionell die Jurisgenese an politischen Durchsetzungzwang und politische Kollektivität bindet.

Diese Ausgangsbeschreibung ist aber in der transnationalen Konstellation nicht mehr komplexitätsadäquat. Auch hier laufen Luhmanns und Menkes Analysen parallel. So insistiert Luhmann, dass wir es in der Weltgesellschaft mit global ausdifferenzierten Funktionssystemen zu tun haben, von denen polyzentrische Gefährdungslagen ausgehen. Der Staat bzw. das politische System ist nicht das Zentralsystem der Weltgesellschaft, sondern

65 Konsequenterweise wünscht sich Franz Kafka auf seiner Suche nach Fürsprechern an einen Ort, „wo vielerlei Menschen zusammenkommen, aus verschiedenen Gegenden, aus allen Ständen, aus allen Berufen, verschiedenen Alters [...] Am besten wäre dazu vielleicht ein großer Jahrmarkt geeignet.“ Dort wünscht er „die Tauglichen, die Freundlichen, die, welche einen Blick für mich haben, vorsichtig auszuwählen aus einer Menge“ (ders., Fürsprecher, 1922).

66 Vgl. Rüdiger Campe, An Outline for a Critical History of *Fürsprache*: Synegoria and Advocacy, DVJS 2008, 355 ff.; siehe auch Bruno Latours Vorschlag, die Eigenrechte der Natur über Assoziationen von menschlichen und nicht-menschlichen Wesen zur Sprache zu bringen (ders., Das Parlament der Dinge, 2001, 116 ff.).

67 Jacques Derrida, Nicht die Utopie, das Un-Mögliche, in: ders., Maschinen Papier, Wien 2006, 321 ff. (324).

nur eines unter vielen. Der Staat ist auch nicht der einzige Grundrechtsgefährder und schon gar nicht der einzige Grundrechtsverpflichtete. Im Gegenteil ist er, wie sich nicht zuletzt an existenzvernichtenden Austeritätsmaßnahmen zeigt, bisweilen selbst durch Grundrechte vor den Eigenrationalitätsmaximierungen einer entfesselten Weltwirtschaft zu schützen.

Und auch Christoph Menkes Analyse legt offen, dass die gesellschaftliche Ausgangssituation komplizierter ist und dass eine Grundrechtsdogmatik, die die Rechtsfragen etatistisch monopolisiert, zu kurz greift, weil sie keinen Blick für das entwickelt, was er „Doppelpolitik“ nennt: die Kombination intersegmentärer und institutioneller Herrschaftsmodi.<sup>68</sup> Anders als in Ernst Fraenkels Analysen zum faschistischen „Doppelstaat“ verweist Menke dabei nicht auf die Gleichzeitigkeit von Politiken im Gesetzes- und im Maßnahmestaat, sondern schließt explizit an Untersuchungen an, die das „Politische“ nicht nur im System der Politik am Werk sehen, sondern auch in den Weiten der gesellschaftlichen Funktionssysteme, wo das Politische jeweils systemisch mediatisiert hervortritt: im Recht als „herrschende Meinungen“, in der Wirtschaft als Dogmen liberaler Wettbewerbsorientierung, in den wissenschaftlichen Schulenbildungen, in medizinischen Leitlinien usw. Christoph Menke bezieht sich hier auf Gunther Teubners Zivilverfassungspolitik und Michel Foucaults Gouvernementalität als „Mikro-Macht“ zugleich:

*„Die Politik der Hervorbringung der bürgerlichen Gesellschaft ist eine Doppelpolitik: grundrechtlich und gouvernemental, rechtsstaatliche und gesellschaftliche Verfassung. Beide Gestalten sind aneinander gekoppelt; ihre Zweihheit bildet die Einheit der bürgerlichen Politik.“<sup>69</sup>*

Auch wenn Foucault die gedankliche Nähe zu einer technokratischen Systemtheorie genauso vehement zurückweisen dürfte wie Teubner die Gleichsetzung mit einem undifferenzierten Begriff des Politischen, der keine systemischen Mediatisierungen kennt: Die Unterschiede sind im Hinblick auf die gemeinsame Beobachtung von Differenzierungsprozessen im Politischen marginal, und Christoph Menkes Suche nach einem Recht auf Rechte, das – wie er mit Foucault formuliert – „antidisziplinarisch, aber vom Prinzip der Souveränität befreit“ ist,<sup>70</sup> insistiert zu Recht, dass aus der Perspektive menschlicher Freiheit, ökologischer Integrität und sozialer Emanzipation die Gefährdungen durch die Politik und durch andere Funktionssysteme funktional äquivalent sind. Es ist, anders gesagt, kein Unterschied ums grundrechtliche Ganze, ob eine Umweltverschmutzung durch die institutionalisierte Politik („Staat“) oder die institutionalisierte Wirtschaft („Unternehmen“) oder eine Kombination beider verursacht wird.

### b) Grundrechtstypische Gefährdungslagen

Die Differenzierungen, die die Grundrechtsdogmatik und auch die Völkerrechtslehre an dieser Stelle einführen, sind von der überholten Vorstellung geprägt, dass in den gesellschaftlichen Weiten die Freiheit herrscht und es Aufgabe staatlicher Politik ist, die Ausübungsbedingungen gesellschaftlicher Autonomie zu sichern.<sup>71</sup> Gerade auch die Konze-

68 Menke (Fn. 6), 290 ff.

69 Menke (Fn. 6), 331.

70 Menke (Fn. 6), 400.

71 Thorsten Kingreen, Das Verfassungsrecht der Zwischenschicht. Die juristische Person zwischen grundrechtsgeschützter Freiheit und grundrechtsgebundener Macht, Jahrbuch des öffentlichen Rechts 65 (2017), 1 ff. (28 ff.).

te der Völkerrechtssubjektivität leiden an den Folgen des Dualismus von Staat und Gesellschaft, da sie auf staatliche Subjekte zugeschnitten sind und die Völkerrechtsbindung anderer Akteure im internationalen Raum nur als derigierte Bindung verstehen können. Die Menschenrechtsbindung von Internationalen Organisationen und Netzwerken gemeinsamer Maßnahmenerfüllung ist daher genauso prekär wie die Bindung nichtstaatlicher Akteure ans Völkerrecht. Versucht man diese neuen Akteure ins herkömmliche Schema zu zwängen, muss man entweder wie alte Doktrinen der unmittelbaren Grundrechtsbindung Privater die Staatsähnlichkeit der neuen Akteure behaupten, deren Gefährdungspotential analog konzipieren und das Private publifizieren oder aber man muss versuchen, die staatlichen Schutzpflichten usw. auch in den Bereich der neuen Akteure zu erstrecken, um IOs und transnationale Unternehmen mittelbar zu binden. Hierbei läuft die Regulierung indes Gefahr, dass hohe staatliche Schutzpflichten im Wettbewerb der Rechtsordnungen als Standortnachteil verstanden werden und die unternehmerische Flucht aus der Schutzpflicht durch Standortverlagerungen, um- und ausgründende Konzerngestaltungen usw. immer neue und weitere Blüten treibt, die Ruggie-Reports oder Konventionen zur Menschenrechtsbindung Privater nur schwer wieder in rechtlich regelbare Bahnen bringen können.<sup>72</sup>

Um auf die Gefährdungslagen für menschliche und soziale Freiheiten und die ökologische Integrität adäquat zu reagieren, bedarf es komplexerer Konzeptionen von Verpflichtungen, die Schutzbereiche und Beeinträchtigungslagen nicht ins Schema privat/gesellschaftlich vs. öffentlich/staatlich pressen. Es reicht insbesondere nicht, die gesellschaftlichen Freiheitsbereiche frei von gewaltförmigen Interventionen durch die Institutionen der Politik zu halten. Das verkürzt die Aufgabe der Grund- und Menschenrechte auf die Eindämmung staatlicher Gewalt. Dabei haben sich gerade auch oberhalb und unterhalb sowie neben den staatlichen Autoritäten politische Gewaltformen und rechtliche Normierungsprozesse eingestellt.

Die Frage der Rechte in der transnationalen Konstellation stellt sich daher umfassender. Ging es bei der alten Grundrechtsfrage um die Begründung und Begrenzung politischer Gewalt, so geht es in der transnationalen Konstellation „darum, ganz andere gesellschaftliche Energien, besonders sichtbar in der Wirtschaft, aber auch in Wissenschaft und Technologie, in der Medizin und in den neuen Medien, freizusetzen und diese in ihren destruktiven Auswirkungen wirksam zu beschränken.“<sup>73</sup> Anders ausgedrückt: Die globalen Funktionssysteme müssen in den Grenzverhältnissen zu anderen Sphären wie der Politik, der Wissenschaft, der Ökonomie etc. vor diesen Bereichen geschützt werden. Sie müssen aber auch *vice versa* selbst gewährleisten, dass sie in den Grenzverhältnissen zu anderen Systemen und der menschlichen und natürlichen Umwelt keine destruktiven Wirkungen zeigen. Auch die „Privatsphäre“ der funktionsspezifischen Kommunikation erhält damit eine öffentliche Funktion und wird auf eine Öffentlichkeit hin verpflichtet. Das Öffentliche der Sphäre der systemischen Kommunikation ist ihre intrinsische Normativität im Verhältnis zur Gesellschaft, zu den Menschen und zur Ökologie. Privat/Öffentlich ist so kein Schema der Unterscheidung zwischen privaten Rechtssubjekten und öffentlicher Staatlichkeit, sondern verweist in der polykontexturalen Gesellschaft darauf, dass die (private) Integrität autonomer Sphären mit dem (öffentlichen) weltgesellschaftlichen Kontext und der menschlichen und natürlichen Umwelt dieses Kontextes

72 Sebastian Eickenjäger/Ibrahim Kanalan, The Horizontal Effects of Human Rights: The EU Proposal for a Non-financial Reporting Framework, in: Andreas Fischer-Lescano/Kolja Möller (Hrsg.), *Transnationalisation of Social Rights*, Cambridge u.a. 2016, 109 ff.

73 Gunther Teubner, *Verfassungsfragmente*, Berlin 2012, 11.

dergestalt verknüpft werden muss, dass eine Sphäre die Freiheit der anderen Sphäre ermöglicht. Freiheit ist die Freiheit der anderen. Grundrechte sind Abhängigkeitsmechanismen. Sie binden gesellschaftliche Autonomiebereiche wechselseitig aneinander.

Was heißt das für die Verpflichtetenseite im Rechteschema? Die zentrale Herausforderung ist es, Strukturen zu entwickeln, die den expansiven Tendenzen gesellschaftlicher Kommunikationsmedien jeweils sachgerecht durch Organisation und Stärkung von Selbstbegrenzungsverfahren begegnen. Das betrifft die gesellschaftsschädigenden Auswirkungen einer entfesselten Weltwirtschaft genauso wie die gefährlichen Eigenrationalitätsmaximierungen des Gesundheitssystems, des Rechts, der Religion, der Wissenschaft und der Medien.<sup>74</sup>

Neben der Effektivierung von Kontroll- und Partizipationsmöglichkeiten, die die Ebenen der Organisation mit den gesellschaftlichen Institutionen verknüpfen, müssen auch die gesellschaftlichen Voraussetzungen demokratischer Artikulations- und Partizipationsmöglichkeit abgesichert werden. Im Ergebnis geht es darum, rechtsdogmatische Konsequenzen daraus zu ziehen, dass die Staaten nicht mehr Alpha und Omega der transnationalen Rechtsordnung sind, dass sich unterhalb, oberhalb und zwischen den Staaten neue Organisationsformen entwickelt haben, die in die Gewährleistungsstruktur der Rechte in der transnationalen Konstellation einzubeziehen sind und demokratischer Gestaltung unterliegen.

Wie bei der Erweiterung des Berechtigtenkreises kann sich die Erweiterung im Hinblick auf die durch subjektlose Rechte Verpflichteten nicht darin erschöpfen, den klassischen Staatssubjektivismus lediglich dadurch auszuweiten, dass neue transnationale und soziale „Akteure“ eine Adresse im Rechtssystem erhalten und zu Rechtspersonen aufgewertet werden. Vielmehr geht es auch hier um die Initiierung eines politischen Prozesses, der die Politisierung der gesellschaftlichen Funktion von Systemen, Netzwerken, Institutionen, Organisationen usw. ermöglicht. Aufgabe des Rechts und der Rechte ist es nicht, das funktionale Setting der sozialen Akteure nachzuzeichnen und zu stabilisieren, sondern im Gegenteil: die Infragestellung des sozialen Settings zu ermöglichen. Subjektlose Rechte sind Rechte, die gegen Systeme, Institutionen und Konzerne nicht nur Schutzinstrumente liefern, sondern die es ermöglichen, die sozialen Strukturen selbst in Streit zu stellen.

### 3. „Was? Woraus?“ – Von der Unabhängigkeit zur Abhängigkeit der Rechte

*„Freiheit ist immer Freiheit der Andersdenkenden.  
Nicht wegen des Fanatismus der ‚Gerechtigkeit‘,  
sondern weil all das Belebende, Heilsame und Reinigende  
der politischen Freiheit an diesem Wesen hängt  
und seine Wirkung versagt, wenn die ‚Freiheit‘ zum Privilegium wird.“  
Rosa Luxemburg<sup>75</sup>*

An die Stelle eines bilateralen Statusverhältnisses vorsozialer Subjekte treten in einem solchen Modell komplexe Sozialbeziehungen. Die entscheidende Frage ist dann, wie die sozialen Autonomiesphären zueinander in Beziehung zu setzen sind.

74 Ausf. Andreas Fischer-Lescano, Der Kampf um die Internetverfassung, JZ 2014, 965 ff.

75 Rosa Luxemburg, Zur russischen Revolution, GW 4, Berlin 1974, 332 ff. (359, Anm. 3).

In gängigen Konzeptionen der Grundrechtsdogmatik liegt die Funktion der Rechte darin, autonome Lebensbereiche herzustellen und gesellschaftliche Freiheit vor staatlichen Interventionen zu schützen. Rechte schaffen aber nicht autonome Kommunikationsstrukturen, die gegeneinander abzudichten sind, sondern sind auf Gefährdungen angesetzt, „die aus den Systemtrennungen und den damit verbundenen wechselseitigen Abhängigkeiten entstehen.“<sup>76</sup> Auch an diesem Punkt konvergieren Luhmanns systemtheoretische Analyse und Christoph Menkes Kritik der Rechte. Auch in Menkes Konzeption wird der Dualismus privat/öffentlicht aufgebrochen und durch ein Arrangement von miteinander verwobenen Sozialautonomien ersetzt, in denen es vor allem darum geht, dass das Recht neue Formen der Teilnahme im Sozialen gewährleistet: Gegenrechte demokratisieren die Sozialität, indem sie in der Sphäre der Politik (politische Gegenrechte) und auch in den anderen Sozialsphären (soziale Gegenrechte) neuartige Entscheidungsstrukturen schaffen, die zur Teilnahme berechtigen und zugleich die Nichtteilnahme der Altenrität in der Teilnahme ermöglichen.

Das „was“ des Rechts zielt daher nicht auf Autonomiegewährleistung, nicht auf eine Freiheit „von“, sondern auf die Regulierung von Abhängigkeiten und die Organisation eines Prozesses der Herstellung einer solchen Alteritätsorientierung. Nicht privat und öffentlich, Gesellschaft und Staat oder Individuen und Gemeinschaft werden miteinander verknüpft, sondern die segmentären und institutionellen Sozialautonomien werden untereinander und im Verhältnis zu den menschlichen und natürlichen Umwelten relativiert. Abstrakter: Rechte schützen nicht kontextlose Identität, sondern gewährleisten das differenzielle Zusammenwirken im rechtlich organisierten Entscheidungsprozess.

#### a) Transformationen der Rechtsgewalt

Ziel das subjektive Recht auf Subjektermächtigung zur (staatlich mediatisierten) Rechtsetzung (Verträge und allgemeine Gesetzgebung), gerichtlichen Rechtsverfolgung (actio) und exekutiven Durchsetzung (vertragliche und staatliche Sanktionsbewehrung von Rechtsbrüchen), errichtet das subjektlose Recht die Ordnung von Prozessen, die es ermöglichen, menschliche Kräfte freizusetzen und die intersegmentären und institutionellen Entscheidungsbetriebe zu demokratisieren und auf die Alterität zu verpflichten. Ziel ist es, die Rechtsgewalten selbst zu transformieren und die jurisgenerativen Kräfte nicht staatlich zu monopolisieren.

Am deutlichsten wird das im Hinblick auf die Prozesse der Rechtsetzung. Schon im Paradigma des subjektiven Rechts haben anspruchsvolle Ansätze herausgearbeitet, dass das subjektive Recht eine Rechtsetzungsbefugnis impliziert<sup>77</sup> und „Normkomplexe“ generiert.<sup>78</sup> Die sich in den jeweiligen Autonomiebereichen bildenden Normkomplexe existieren aber nicht etwa, wie die klassische Dogmatik es konzipiert, in Unabhängigkeit von anderen Autonomiebereichen, sondern sind in wechselseitige Abhängigkeiten eingebunden. Politische Gestaltung und soziale Selbstorganisation, private Standardsetzung und öffentliche Skandalisierung sind miteinander verwoben, verweisen wechselseitig aufeinander, kollidieren miteinander usw. Die Rechtsetzungsdimension der in den subjektlosen Rechten gebündelten Normkomplexe zu betonen, bedeutet daher nicht, konkrete Ordnungsmuster von politischer Gestaltung auszunehmen. Es geht vielmehr darum, Prozesse institutioneller Selbstreflexion freizusetzen, die die Autonomiebereiche mit ihrem ande-

76 Luhmann, Grundrechte als Institution (Fn. 8), 72, Hervorhebung im Original.

77 Auf. Eugen Buchner, Das subjektive Recht als Normsetzungsbefugnis, Tübingen, 1965, 55 ff.

78 Kelsen, Allgemeine Rechtslehre im Lichte materialistischer Geschichtsauffassung (Fn. 26), 493.

ren konstitutiv verknüpfen, ihre sozialverträglichen Energien freisetzen, zugleich aber ihr Destruktionspotential eindämmen. Die Formen dafür sind abhängig von den jeweiligen Sphären. Demokratisches Entscheiden in der Wissenschaft folgt anderen Regeln als im Arbeitskampf.

Aber auch die Aufgabe der Judikative wird transformiert: Rechtegewährleistung realisiert sich nicht in der autoritativen richterlichen Entscheidung über konfligierende Grundwerte, sondern über die Ermöglichung von gesellschaftlichen Prozessen, in denen über die Relationierungen von menschlichen, gesellschaftlichen/sozialen/institutionellen und ökologischen Sphären zu streiten ist. In einem solch prozeduralen Paradigma geht es in erster Linie darum, die Entscheidungsprozesse so zu gestalten, dass in ihnen das jeweils Logosfremde zum Ausdruck kommen kann: In der Transformation von Grund (Urteilsform), Inhalt (Teilnahme) und Regierungsweise (Prozessermöglichung) der Rechte ändern sich die Modi der Jurisgeneration.

### b) *actio socialis*

Die größten praktischen Schwierigkeiten für die Rechtsdogmatik dürfte es hierbei im Hinblick auf die Transformation der gerichtlichen Durchsetzungsregeln der subjektlosen Rechte geben. Zwar gibt es eine ganze Reihe von entgegenkommenden Instituten der Rechtspraxis: die objektiven Rechtsschutzverfahren der abstrakten Normenkontrolle und die *actio popularis* in Art. 98 Satz 4 der Verfassung des Freistaates Bayern, die nicht an die Rüge eigener Rechtsverletzung gebunden ist, sondern Züge eines abstrakten Normenkontrollverfahrens hat, wären hier zu nennen; genauso wie die Verbandsklage, wie Kollektivbeschwerdemechanismen beispielsweise in Kap. D der revESC und die Bemühungen im internationalen Recht, der transsubjektiven Dimension von Makrodelinquenz durch Gruppenrechte Betroffener Rechnung zu tragen.<sup>79</sup> Auch an sog. Sammelklagen ist zu denken. Zu diesen wird im deutschen Recht gerade der Entwurf eines Musterfeststellungsklagegesetzes erarbeitet, der neben Verbraucherverbänden i.S.d. § 3 Nr. 1 UKlaG auch Industrie- und Handelskammern sowie Handwerkskammern Musterklagemöglichkeiten ermöglichen soll. Das bliebe zwar noch weit (zu weit) hinter den Modellen einer class action zurück, wäre aber ein begrüßenswerter Schritt zur Ablösung des subjektiven Paradigmas, der freilich im Hinblick auf advokatorische, prokuratorische, kollektive und strategische Prozessführung noch weiterzuentwickeln ist, um die gerichtliche Durchsetzung subjektloser Rechte über eine *actio socialis* adäquat zu ermöglichen und transformatorische Kräfte freizusetzen.

Wie schwer sich gerade die deutsche Rechtsordnung mit der Ablösung der subjektiv-rechtlich geprägten Klagebefugnis tut, kann man an den Diskussionen um die Arhus-Konvention sehen, wo im deutschen Recht eine transsubjektive Regelung subjektiviert und beispielsweise die Verbandsklage völker- und unionsrechtswidrig drittschutzakzessorisch interpretiert wird.<sup>80</sup> Insofern ist bei der Konturierung eines subjektlosen Rechtebegriffs mit Widerstand zu rechnen. Dabei wäre es dogmatisch ein Leichtes, die Transsubjektivität auch unter den gegebenen Prozessordnungen anzuwenden und damit den

79 Zu letzterem siehe Elisa Hoven, Ideal und Wirklichkeit der Opferbeteiligung im Völkerstrafverfahren, ZIS 2014, 679 ff.

80 Hierzu Claudio Franzius, Modernisierung des subjektiven öffentlichen Rechts. Zum Funktionswandel der Verwaltungsgerichtsbarkeit, UPR 2016, 281 ff.

Gedanken, dass die/der Einzelne letztlich „Funktionär der Rechtsordnung“<sup>81</sup> ist, zur Geltung zu bringen, indem man den Begriff der „eigenen Rechte“ bzw. der „subjektiven Rechte“, wie sie insbesondere die § 42 VwGO, Art. 91 GG, Art. 34 EMRK usw. für Klagen und Beschwerdeverfahren verlangen, breit interpretiert und das Eingedenken des Rechts der Anderen im eigenen Recht unter die Konzeption „eigener Rechtsverletzung“ fasst, also altruistische, prozessstandschaftliche und prokuratorische Prozessinitiierungen schon durch eine Neuinterpretation bestehender Prozessregeln gewährleistet.

Behauptungen, dass eine judikative Einführung „überindividueller Klagebefugnisse“ ausgeschlossen sei,<sup>82</sup> erkennen, dass die bestehenden Prozessordnungen die transsubjektive Dimension der Rechte durchaus auch ohne gesetzgeberisches Tätigwerden aufnehmen und Dimensionen der Durchsetzung subjektloser Rechte integrieren können. So kritisiert beispielsweise Eberhard Schmidt-Aßmann zu Recht, dass das subjektive Recht bislang „zu erratisch interpretiert worden ist“, und schlägt eine Weiterentwicklung vor, „um die Verbindungen und gegenseitigen Überlagerungen öffentlicher und privater Interessen richtig zu erfassen“.<sup>83</sup> In völkerrechtlichen Konzepten von *erga omnes*-Pflichten, die nicht *inter partes*, sondern absolut berechtigen und ein *ius standi* eröffnen (siehe Art. 42 lit. b) (i) ASR), findet dieser Gedanke eine Entsprechung.<sup>84</sup>

Versteht man individuelle und soziale Freiheit nicht als den Grund der Rechte, sondern als Effekt eines institutionellen Reflexionsprozesses, wird es allerdings nicht ausreichen, individuelle Rechte mit Gemeinwohlbelangen, die als aggregierte Individualinteressen konzipiert werden,<sup>85</sup> zu verknüpfen. Die Idee aggregierter Gesamtinteressen von Individuen verfährt sich im Arrow-Paradoxon, nach dem eine konstante Aggregation gerade nicht möglich ist. Das Ganze ist nicht die Summe seiner Teile, sondern ein Aliud.<sup>86</sup> Zudem bleibt der Dualismus private Interessen/Gemeinwohl dem überkommenden Denken im Trennungsschema privat/öffentliche zu sehr verhaftet. Er kann über den Be-

<sup>81</sup> Siehe die Formulierung bei Ludwig Raiser, Die Aufgabe des Privatrechts, in: Tübinger Juristenfakultät (Hrsg.), *Summum ius summa iniuria*, Tübingen 1963, 145 ff. (159).

<sup>82</sup> Sabine Schlacke, in: Klaus Gärditz, *VwGO*, Köln 2013, nach § 42 „Überindividueller Rechts-schutz“ Rn. 19.

<sup>83</sup> Eberhard Schmidt-Aßmann, *Verwaltungsrechtliche Dogmatik*, Tübingen 2013, 113; zu einer solchen Überlagerung im Völkerrecht siehe IGH, Urteil v. 27.6.2001, I.C.J. Reports 2001, 446 ff. § 77, nach dem die Norm des Art. 36 Abs. 1 lit. b) WÜK (konsularische Unterrichtungspflichten bei Strafverfahren gegen Ausländer) neben einer kollektiven (Schutz der Personalhöheit des Staates) auch eine individuelle (Schutz der festgenommenen Person) Berechtigungsdimension hat, ein Individualrecht, das im Wege des diplomatischen Schutzes vor dem IGH geltend gemacht werden könnte.

<sup>84</sup> Das Konzept der *erga omnes*-Pflichten hat der IGH im *Barcelona Traction-Fall* (Belg. v. Spain) als Pflichten „gegenüber der Internationalen Gemeinschaft als solcher“ entwickelt (I.C.J. Reports 1970, 32 Rn. 33); zuletzt hat er auch Gruppenrechte darunter gefasst, diese explizit auf das *ius standi* bezogen und in seinem Urteil vom 20. Juli 2012 im Fall *Questions Concerning the Obligation to Prosecute or Extradite* (Belg. v. Sen.) festgestellt: „That common interest implies that the obligations in question are owed by any State party to all the other States parties to the Convention. All the States parties ‚have a legal interest‘ in the protection of the rights involved (*Barcelona Traction, Light and Power Company, Limited, Judgment*, I.C.J. Reports 1970, p. 32, para. 33). These obligations may be defined as ‚obligations *erga omnes partes*‘ in the sense that each State party has an interest in compliance with them in any given case“ (IGH, ebd., Rn. 68).

<sup>85</sup> Schmidt-Aßmann (Fn. 82), 113; siehe auch Julian Krüper, *Gemeinwohl im Prozess. Elemente eines funktionalen subjektiven Rechts auf Umweltvorsorge*, Berlin 2009, 212 ff.

<sup>86</sup> Kenneth Arrow, *Values and Collective Decision Making*, in: Larlett/Runciman (Hrsg.), *Philosophy, Politics, and Society*, New York 1967, 215 ff.

griff des „Gemeinwohls“ weder die polyzentrischen sozialen Sphären noch die damit verbundenen nationalen, supranationalen und internationalen Governancefelder und Rechtsordnungen aufnehmen.

Daher wird an den systemischen, menschlichen und ökologischen Autonomiesphären selbst anzusetzen sein, wird man deren je autonomen (und nicht abgeleiteten, aggregierten etc.) Regelhaftigkeiten sozial rekonstruieren und sie jeweils so relationieren müssen, dass die Alterität – vielschichtig und offen, wie sie ist und wie sie sich Festlegungen als „Gemeinwohl“ entzieht – im Entscheidungsprozess Stimme erhält und der Privatismus der Rechte abgelöst wird. Selbst Verbandsklagen und class actions als Modelle der aggregierten Partialinteressendurchsetzung gehen hier letztlich nicht weit genug, wenn sie am Verhältnis von Verkäufer\_innen und Käufer\_innen (Verbraucher\_innenklage) oder von Produktionsmittelbesitzenden und Arbeiter\_innen (Kollektivbeschwerden im Arbeitsrecht) aufsetzen, ohne dieses Verhältnis selbst in Frage zu stellen, wenn sie es nicht ermöglichen, dass die sozialen Voraussetzungen gesellschaftlicher Ungleichheit transformiert werden können. Partikularistische Rechtegewährleistung auf die Ordnung eines politischen Prozesses umzustellen, der es letztlich ermöglicht, dass die gesellschaftlichen Verhältnisse demokratischer Transformation unterliegen – das ist das Ziel.

## II. Fazit

„Subjekte Rechte“ und die damit verbundene Bilateralisierung der Rechtsverhältnisse in Komplementärverhältnisse von natürlichen Personen (Berechtigte) und Staaten (Verpflichtete) sind für die Freisetzung und Begrenzung sozialer Energien in der transnationalen Konstellation ein dysfunktionales Passepartout. Die Alteritätsorientierung von humanen, sozialen/institutionellen und ökologischen Autonomieräumen in der Interlegalität zu gewährleisten, ist eine zu komplexe Aufgabe, als dass die damit einhergehenden Kollisionen in Kollisionen subjektiver Rechte übersetzt werden könnten.

Nicht die staatlich organisierte Abdichtung subjektiver Autonomieräume gegeneinander ist die Herausforderung des Rechts in der transnationalen Konstellation, sondern die Organisation einer neuen Form der Sozialität, die statt der Separierung die Relationierung der Autonomieräume ins Zentrum stellt, um über subjektlose Rechte Prozesse wechselseitiger Abhängigkeit so zu organisieren, dass die Grenzen der autonomen Sozi-alsphären und der Umgang mit deren destruktiven Gefährdungen in demokratischen Verfahren, in denen sich das Arationale im Rationalen als transformatorische Kraft entfalten kann, entschieden werden. Aufgabe des Rechts und der Rechte ist es hierbei, diese humanen und sozialen Kräfteentfaltungen zu ermöglichen. Erst diese Loslösung der Rechte vom vorsozialen Subjekt und die entsprechende Entwicklung von nach Rechtspersönlichkeit differenzierenden subjektlosen Rechten stellt das Recht der Rechte, um das einschlägige Diktum Häberles zu variieren, vom subjektivistischen Kopf der Statuslehre auf die demokratischen Füße einer nicht partikularistischen Sozialität.<sup>87</sup>

<sup>87</sup> Häberle, Grundrechte im Leistungsstaat (Fn. 15), 43 ff. (80): „Statuslehre [...] ist von ihrem spätabsolutistischen Kopf auf demokratische Füße zu stellen.“