

Recht, Angst, Vulnerabilität

Liberaler Gesellschaften zwischen Krise und Resilienz

Benno Zabel*

A. Im Schatten der Angst: Vulnerabilität als Rechtsproblem	233	1. Interventionsverlangen und Folgenorientierung	248
B. Freiheit und Bedürftigkeit	235	2. Krise und Verfassung	252
I. Die Ambivalenz des Rechtsversprechens	235	D. Widerständiges Recht	254
1. Legitimationsfiguren	235	I. Resilienz	254
2. Reflexivität und Kontingenz	238	1. Ausgangspunkte	254
II. Das autonome und das bedürftige Subjekt	241	2. Angst, Vulnerabilität und Urteilkraft	254
C. Das janusköpfige Sicherheitsparadigma	243	II. Responsivität	256
I. Vulnerabilität und Angst	243	1. Das Recht der Gesellschaft	256
2. Normative Zielkonflikte	246	2. Widerständigkeit und Emanzipation	257
II. Sicherheit oder das Sorgeregime des Rechts	248	E. Zusammenfassung	260

Das Verhältnis von Recht und Angst ist ein Verhältnis der Verdrängung, der Verneinung. Recht begründet in der Selbstbeschreibung moderner Demokratien gerade die Garantie für Angstfreiheit, für Autonomie und Sicherheit. Gleichzeitig offenbaren Ängste die Vulnerabilität und das Kontingenzbewusstsein liberaler Gesellschaften. In der gängigen Vorstellung soll das Recht die individuellen Freiheitserwartungen absichern; kann dieses Versprechen aber nur durch permanente Interventionen verwirklichen. Gerade am Beispiel der Angstbewältigung lässt sich zeigen, wie aus der Freiheitsgarantie des Rechts ein Netz „sozialer Sorgetechniken“ entsteht, das beständig in die Gefahr gerät, repressiv zu werden. Dagegen wird hier ein widerständiges Recht gesetzt, das im Begriff reflexiver Resilienz Vulnerabilität und Sicherheit mit der Idee einer machtkritischen Urteilkraft verbindet.

A. Im Schatten der Angst: Vulnerabilität als Rechtsproblem

Das Verhältnis von Recht und Angst ist ein Verhältnis der Verdrängung, der Verneinung. Recht markiert in der Selbstbeschreibung liberaler Demokratien gerade die Garantie für Angstfreiheit, für Autonomie und Sicherheit. Es erscheint als das radikal andere der Angst. Auch deshalb dürfte das Verhältnis von Recht und Angst im rechtswissenschaftlichen Diskurs – von wenigen Ausnahmen angesehen – kaum bis gar keine Rolle spielen.¹ Die *Corona-Pandemie* hat allerdings gezeigt, in wel-

* Prof. Dr. Benno Zabel ist Professor für Strafrecht und Rechtsphilosophie an der Rheinisch-Westfälischen Universität Bonn.

1 So spielt die Frage der Angst und Angstverarbeitung im Bereich der polizeilichen und strafrechtlichen Terrorbekämpfung jedenfalls randständig eine Rolle, vgl. dazu nur G. Jakobs, Terroristen als Personen im Recht? ZStW 117 (2005), 839 sowie M. Pawlik, Der Terrorist und sein Recht, München

cher Geschwindigkeit die Sprache der Angst die gesellschaftliche Öffentlichkeit prägen und normative Orientierungsmedien wie das rechtsstaatlich liberale Recht mit seinen Prozeduren und Garantien in Bedrängnis bringen kann. Nun kann mit guten Gründen darauf verwiesen werden, dass mit Virus-Epidemien oder sonstigen Krisenszenarien existentielle Notlagen einhergehen, die unweigerlich individuelle oder kollektive Bedrohungserwartungen erzeugen. Dem ist gar nicht zu widersprechen. Worauf in dieser rechtstheoretischen Analyse aber aufmerksam gemacht werden soll, ist ein für liberale Gesellschaften charakteristisches „Hintergrundbewusstsein“, nämlich das der *Vulnerabilität*, der Verwundbarkeit. Vulnerabilität bezieht sich nicht nur auf eine wie auch immer geartete Krisen- oder Konfliktsituation. Vulnerabilität betrachtet vielmehr die je eigene Verfassung des Rechtssubjekts oder ganzer Gesellschaften und die sich daraus ergebenden Verletzungspotentiale.² Mit dieser Perspektive geht dann aber gleichzeitig eine rechtsgüterbezogene Krisen- und Zukunftsbeherrschungsinteresse einher.

Mit anderen Worten, moderne Gesellschaften sind auf Angst- und Schadensvermeidung, jedenfalls aber auf effektive Schadensminderung ausgerichtet. Möglich erscheint das jedoch nur durch ein intaktes und sich immer wieder anpassendes *Vulnerabilitätsbewusstsein*. Diese Hervorhebung eines Vulnerabilitätsbewusstseins übersieht nicht, dass die Beschäftigung mit Verletzbarkeit und Verletzungserfahrungen im Recht, etwa in Gestalt des Opferparadigmas oder von Gender- und *queer*-Konzepten, schon seit längerer Zeit an Bedeutung gewinnt.³ Während dieser Fokus jedoch ein begrenzter bleibt, soll Vulnerabilität in den nachfolgenden Überlegungen auch als *universales Phänomen des Rechts*, als Schlüsselkategorie freier Gesellschaften rekonstruiert werden. Daraus ergibt sich, dass das Vulnerabilitätsbewusstsein dem liberalen Recht nicht äußerlich, sondern genetisch mit ihm verknüpft ist. Die durch die Pandemie ausgelöste gesellschaftliche Krise hat also einen neuralgischen Punkt des Rechts nur besonders grell hervorscheinen lassen.

Wie sich aus dem Gesagten bereits ergibt, ist Vulnerabilität keine für sich allein stehende, nur aus sich schöpfende Kategorie, kein solitärer Begriff. Ganz im Gegenteil, Vulnerabilität lässt sich nur in einem komplexen Kraft- und Deutungsfeld

2008. Daneben wird das Verhältnis von Angst und Recht auch im Bereich von Hasskriminalität und *bate-Speech* vielfältig diskutiert.

- 2 R. *Damm*, Vulnerabilität als Rechtskonzept?, *Medizinrecht* 2013, S. 201; aus der politischen Theorie H. *Münkler*/ F. *Wassermann*, Von strategischer Vulnerabilität zu strategischer Resilienz, in: Lars Gerhold (Hrsg.), *Perspektiven der Sicherheitsforschung*, Frankfurt am Main 2012, S. 77; zur philosophischen Debatte etwa A. *Margalit*, *Politik der Würde*, Berlin 2012.
- 3 A. *Schmidt*, *Strafe und Versöhnung*, Berlin 2012; S. *Baer*, *Recht. Normen zwischen Zwang, Konstruktion und Ermöglichung*, in: R. Becker/ B. Kortendiek (Hrsg.), *Handbuch Frauen- und Geschlechterforschung. Theorie, Methoden, Empirie*, Wiesbaden 2010, S. 555; D. *Cornell*, *Beyond Accommodation. Ethical Feminism, Deconstruction, and the Law*, Lanham: Routledge 1991; darüber hinaus J. *Butler*, *Precarious Life, Vulnerability, and the Ethics of Cohabitation*, *Journal of Speculative Philosophy* 2012, S. 134.

ausbuchstabieren. Es muss daher auf die Angst- und Bedrohungsvorstellungen einer Gesellschaft ebenso Bezug genommen werden wie auf die politische Interventionskultur, die rechtliche Regulierungs- oder Vorsorgekonzepte. Versteht man das Vulnerabilitätsbewusstsein als eine Schlüsselkategorie freier Gesellschaften, dann wird aber auch klar, dass es vor allem Ausdruck freier Subjekte und ihrer verletzbaren Rechte ist und sein muss. Rechte sind die Form individueller Freiheitsverwirklichung schlechthin. Staat und Rechtsordnung müssen dafür sorgen, dass diese Rechte als Freiheitsrechte gewährt und effektiv geschützt werden. Nur dann – so der liberale Konsens – nehmen sie ihre Verantwortung wahr und können auf dauerhafte Legitimation hoffen.⁴ Die erwähnte Interventionskultur, die Regulierungs- und Vorsorgekonzepte sollen genau diese Verantwortung markieren. Allerdings, und das ist die These, die hier verteidigt werden soll, hat diese Legitimations- und Verantwortungsidee ein janusköpfiges Gesicht. Sie offenbart die unvermeidlichen *Zielkonflikte* des modernen Rechts. Denn die Vulnerabilität und Schutzbedürftigkeit der gesellschaftlichen Freiheitsverwirklichung hat neben der permanenten Regulierung der Rechte ein sich selbst verstärkendes Sicherheitsregime zur Folge.⁵ Mehr noch: Die Regulierung der Rechte kann – was gerade an den aktuellen Krisen- und Angstbewältigungsszenarien zu beobachten ist – zu einer Ausweitung der Vulnerabilität und einer Relativierung des Freiheitsstatus führen. *Die Freiheitverbürgung der Rechte kreierte wenn man so will ihre eigene Verletzbarkeit.* Ich werde die These in zwei Schritten erläutern: In einem ersten Schritt möchte ich die Ambivalenz des modernen Rechtsversprechens herausarbeiten und die Konsequenzen für Subjekt und Gesellschaft diskutieren (B.). Der zweite Schritt wird zum einen das Verhältnis von Freiheit, Angst und Vulnerabilität untersuchen, zum anderen das damit verknüpfte Sicherheitsregime näher beleuchten (C.). Ein dritter Teil wird nach Auswegen aus dem sich daraus ergebenden Dilemma fragen, indem er Recht mit den Ideen der Resilienz und der Responsivität verknüpft (D.).

B. Freiheit und Bedürftigkeit

I. Die Ambivalenz des Rechtsversprechens

1. Legitimationsfiguren

Ein verlässliches gemeinsames Leben, eine offene und plurale Gesellschaft ist ohne das Versprechen des Rechts nicht denkbar, das Versprechen allgemeiner Gleichheit und Freiheit, kultureller und politischer Teilhabe. Das Rechtsversprechen ist damit aber auch ein Versprechen der Rechtesicherung. Denn Rechte sind nur dann etwas wert, wenn sie in eine gesellschaftliche Kommunikation eingespeist werden können und auf diese Weise individuelle oder kollektive Selbstverwirklichung garantieren.

4 D. von der Pfordten, *Rechtsethik*, 2. Aufl., München 2011, S. 244 ff. und öfter.

5 B. Zabel, *Die Ordnung des Strafrechts*, Tübingen 2017.

Rechtesicherung ist der Ausweis aufgeklärter normativer Ordnungen, eines seine Macht begrenzenden Staates.⁶ Das betrifft die Berücksichtigung vielfältiger individueller Interessen, Bedürfnisse und Fähigkeiten, es betrifft aber ebenso die Einhegung existenzieller Ängste und Verunsicherungen, von Krisen- und Katastrophenszenarien.⁷ Nun ist unbestritten, dass nach heutigem Demokratieverständnis erst die gesellschaftliche und verfassungspolitische Verständigung darüber entscheidet, was als geschützte Rechtspositionen, als konkrete Befugnisse und Berechtigungen, Geltung beanspruchen kann.⁸ Aber auch diese demokratische Verständigung kann die liberale Idee der Rechte nicht ignorieren. Denn die Bedeutung der Rechte bestehe gerade darin, so Ronald Dworkin, „dass ein Individuum einen Anspruch auf Schutz gegenüber der Mehrheit selbst auf Kosten des allgemeinen Interesses hat“. Insofern, so Dworkin weiter, böten subjektive Rechte „einen Trumpf über allgemeine utilitaristische Rechtfertigungen“.⁹ In der Anerkennung subjektiver Rechte als Menschenrechte, Grundrechte usw. artikuliert sich danach die Einsicht, dass es individuelle Freiheitserwartungen gibt, die Rechtsqualität haben, weil sie einem Subjekt zustehen.¹⁰ Mobilisiert wird damit zugleich eine Idee politischer Selbstermächtigung – Max Weber spricht von einer „notorischen Machtquelle“¹¹ –, die dem Einzelnen eine erhebliche Gestaltungs- und Verpflichtungsherrschaft ermöglicht, man denke nur an das Klagerecht und die zahlreichen Klageformen, die mit der Inanspruchnahme der Rechte verknüpft sind.¹²

Andererseits ist die Idee der subjektiven Rechte zu keiner Zeit so verstanden worden, dass der Einzelne die normative Reichweite der Rechtspositionen allein aus seiner exzentrischen Perspektive bestimmt. Nicht nur in der Rechts- und politischen Theorie des *Ancien Regime*, sondern bis hinein in die gegenwärtige Verfassungsdogmatik ist klar, dass individuelle Freiheitsspielräume eingeschränkt werden müssen, will man allgemein akzeptable Rechtsverhältnisse auf Dauer stellen.¹³ Subjektive Rechte sind nicht irgendwie vorhanden. Sie sind, so die gängige Begründung, nur im Kontext eines geordneten Gemeinwesens mit einem funktionierenden Gewaltmonopol realisierbar und im Konfliktfall schützenswert. Diese Deutung ist

6 P. Pettit, *Gerechte Freiheit*, Berlin 2015.

7 M. Nussbaum, *Grenzen der Gerechtigkeit*, Berlin 2015; C. Sunstein, *Gesetze der Angst*, Frankfurt am Main 2007.

8 J. Habermas, *Faktizität und Geltung*, Frankfurt am Main 1992.

9 R. Dworkin, *Bürgerrechte ernstgenommen*, Frankfurt am Main 1984, S. 247, 582.

10 So liegt, formuliert John Locke sein liberales Programm „die große Grundlage des Eigentums tief im Wesen des Menschen (weil er der Herr seiner selbst ist und Eigentümer seiner eigenen Person und ihrer Handlungen oder Arbeit)“; J. Locke, *Abhandlungen über die Regierung*, 2. Bd., Frankfurt am Main 1977, § 44.

11 M. Weber, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 5. Aufl., Tübingen 1980, S. 398.

12 T. Shephyakova, *Das Recht der Klage aus demokratietheoretischer Perspektive*, *Deutsche Zeitschrift für Philosophie* 2016, S. 45.

13 H. Dreier, *Dimensionen der Grundrechte*, Hannover 1993, S. 27 ff.

keineswegs neu. Schon für Thomas Hobbes war unbestreitbar, dass Rechte – natürliche Freiheit – nur derjenige geltend machen konnte, der sich gleichzeitig den bürgerlichen Gesetzen unterwirft. Hobbes' ist mit seinem Schutz- und Friedensvertrag einer der ersten, der die Vulnerabilität des Individuums *politisch* denkt.¹⁴ In diesem Sinne sollte auch die zentrale Passage des *Leviathan* gelesen werden:

„Jedermann“, so Hobbes, „soll freiwillig, wenn andere ebenfalls dazu bereit sind, auf sein Recht auf alles verzichten...Denn verzichtet jemand auf sein Recht, oder überträgt er es, so gibt er damit niemanden ein Recht, dass dieser nicht vorher schon besessen hätte [...] Dies ist die Erzeugung jenes großen Leviathan oder besser, um es ehrerbietiger auszudrücken, jenes sterblichen Gottes [mortal god], dem wir unter dem unsterblichen Gott unseren Frieden und Schutz verdanken. Denn durch diese ihm von jedem einzelnen im Staate verliehenen Autorität steht ihm so viel Macht und Stärke zur Verfügung, die auf ihn übertragen worden sind, dass er durch den erzeugten Schrecken in die Lage versetzt wird, den Willen aller auf den innerstaatlichen Frieden und auf gegenseitige Hilfe gegen auswärtige Feinde hinzulenken. Hierin liegt das Wesen des Staates...“¹⁵

Allerdings formuliert Hobbes' Schutz- und Friedensvertrag, darin ist man sich in der Rechts- und politischen Theorie einig, ein radikal antimetaphysisches Unterwerfungsmodell.¹⁶ Diese elementare Verknüpfung von Unterwerfung, Schutz, Frieden und Unterwerfung ist für eine liberale und demokratische Moderne ebenso attraktiv wie problematisch. Attraktiv ist dieses Modell, weil es staatliche Autorität als gesellschaftlich legitimierte und damit anerkannte Rechtesicherungsinstanz rekonstruiert: *auctoritas non veritas facit legem*. Denn, so Hobbes:

„Die Aufgabe des Souveräns, ob Monarch oder Versammlung, ergibt sich aus dem Zweck, zu dem er mit der souveränen Gewalt betraut wurde, nämlich der Sorge für die Sicherheit des Volkes. Hierzu ist er kraft natürlichen Gesetzes verpflichtet, sowie zur Rechenschaft vor Gott, dem Schöpfer dieses Gesetzes, und nur vor ihm. Mit 'Sicherheit' ist hier aber nicht die bloße Erhaltung des Lebens gemeint, sondern auch alle anderen Annehmlichkeiten des Lebens, die sich jedermann durch rechtmäßige Arbeit ohne Gefahr oder Schaden für den Staat erwirbt.“¹⁷

Genau genommen entwirft Hobbes hier ein das gesamte gesellschaftliche Leben umfassendes *Sorgeregime* des Staates. Die Sorge, die *cura* und damit die *securitas* wird zum ausgezeichneten Merkmal einer auf die eigene Ordnungsleistung setzende Autorität. Darauf wird zurückzukommen sein. Das Problem für demokratische Rechts- und Gesellschaftskonzepte besteht nicht nur, aber eben auch darin, dass Hobbes die Verknüpfung von Unterwerfung, Schutz und Frieden von einer individuellen Gehorsamspflicht aus konzipiert. Im Unterschied zum modernen Freiheitsverständnis ist die Pflicht deshalb nicht der Reflex eines Rechts, sondern umgekehrt das Recht Reflex einer Pflicht (John Locke wird einer der ersten sein, der

14 R. Bubner, *Polis und Staat*, Frankfurt am Main 2002, S. 174 ff.

15 T. Hobbes, *Leviathan oder Stoff, Form und Gewalt eines kirchlichen und staatlichen Gemeinwesens*, Frankfurt am Main 1997 (1651), Kap. 13, S. 100.

16 Q. Skinner, *Die drei Körper des Staates*, Göttingen 2012, S. 13 (14).

17 Hobbes, *Leviathan*, Kap. 30, S. 255.

sich gegen diese Vorstellung wendet). Diese Pflicht wird aber durch die Gesetzgebungs- und Zwangsmacht der staatlichen Autorität bestimmt und durchgesetzt. Nur dann erscheinen – im Gegenzug – eine verlässliche Angstbewältigung und ein stabiler Friedenszustand überhaupt möglich. Allerdings ist nicht zu übersehen, dass der Einzelne damit einem rigiden Sicherheitsimperativ ausgesetzt wird, ohne selbst an den normativen Grundsätzen mitgewirkt zu haben. Für Hobbes ist zwar die natürliche Freiheit schützenswert; sie ist aber auch ein rechtliches Risiko, dass es dauerhaft einzuhegen gilt. Die Legalisierung des Sicherheitsbedürfnisses, d.h. eines gesellschaftlichen Vulnerabilitätsbewusstseins hinterlässt in geradezu paradoxer Wendung einen prekären subjektiven Status. Sie ist mit anderen Worten das Ergebnis eines *liberal-autoritären Rechtssicherheitskonzepts*. So sieht es jedenfalls die moderne Rechts- und politische Theorie.¹⁸

2. Reflexivität und Kontingenz

Die Kritik, die an Hobbes unter demokratischen Vorzeichen geäußert wird, ist mehr oder weniger nachvollziehbar. Individuelle Freiheit kann sich nicht in der Rechtfertigung von Sicherheitsimperativen erschöpfen, Freiheit hat vielmehr einen Eigenwert, der politisch und rechtlich ausbuchstabiert werden muss. Aber es bleibt auch die Einsicht von Hobbes, dass Freiheits- und Rechtssicherung mit einer (staatlich sanktionierten) Rechtsmacht einhergeht, die Faktizität und Geltung, diverse gesellschaftliche Interessen mit den Ideen eines Gemeinwesens in Einklang bringen soll. Demokratische Rechts- und Freiheitskonzepte müssen also eine besondere Leistung vollbringen: Sie müssen ein Netzwerk an Interventionsmechanismen – Rechtssicherheitsgarantien – installieren, dies aber gleichzeitig als einen Akt der *Selbstregierung* ausweisen. Jürgen Habermas sieht darin kein grundlegendes philosophisches Problem. Denn im Geltungsmodus des Rechts verschränke sich „die Faktizität der staatlichen Rechtsdurchsetzung mit der Legitimität begründenden Kraft eines dem Anspruch nach rationalen, weil freiheitsverbürgenden Verfahrens der Rechtssetzung“.¹⁹ Insofern habe das Recht aber nicht nur das Kraftfeld von Autonomie und Autorität, Freiheit und Unterwerfung auszumitteln. Recht sei auch als ein Medium zu begreifen, dass die empirischen Antriebe und Bedürfnisse, die lebensweltliche Perspektive der Subjekte, normativ verarbeitet. D.h. das Recht bezeichnet einen integrativen Faktor, es gehört, so Habermas,

„als reflexiv gewordene Ordnung zur Gesellschaftskomponente der Lebenswelt. Wie diese sich nur in eins mit Kultur und Persönlichkeitsstrukturen durch den Strom kommunikativen Handelns hindurch reproduziert, so bilden auch Rechts-handlungen das Medium, durch das sich Rechtsinstitutionen gleichzeitig mit den intersubjektiv geteilten Rechtsüber-

18 Q. Skinner, Freiheit und Pflicht, Frankfurt am Main 2008, S. 81 ff.; F. Neumann, Die Herrschaft des Gesetzes, Frankfurt am Main 1980, S. 128 ff. sowie die Debatte bei K. M. Kodelle (Hrsg.), Furcht und Freiheit, Opladen 1982.

19 Habermas, Faktizität und Geltung, S. 46.

*lieferungen und den subjektiven Fähigkeiten der Interpretation und Beachtung von Rechtsregeln reproduzieren.*²⁰

Stärker noch als bei Habermas kann man in der liberalen Verfassungstheorie beobachten, wie die Verknüpfung von Unterwerfung, Schutz und Frieden auf das demokratische *Rechtsstaatskonzept* verpflichtet werden soll. Rechtsstaatlichkeit, so Ernst-Wolfgang Böckenförde, bedeutet grundsätzlich „die Organisation einer Gesellschaft als Friedenseinheit, als zu eigenen Entscheidungen befähigte Handlungseinheit und Machteinheit“.²¹ Angesprochen sei damit allerdings nicht die Aufhebung politischer Herrschaft, sondern

*„eine bestimmte Organisation dieser Herrschaft. Staatsgewalt und die mit ihr gegebene Herrschaft von Menschen über Menschen bleibt auch in der Demokratie bestehen und wirksam, löst sich ... nicht im herrschaftsfreien Diskurs auf“.*²²

Die Regulierungsmacht des Rechts – das Gewaltmonopol – wird damit in zweifacher Weise legitimiert, zum einen durch die politische und soziale Ordnungsfunktion, zum anderen durch das demokratische Verfahren.²³ Bemerkenswert ist dieses Demokratie- und Gesellschaftsverständnis (bei allen internen Differenzen) vor allem deshalb, weil es versucht, das Recht als neutralen Moderator unterschiedlichster Interessen, Bedürfnisse und Erwartungen zu rekonstruieren, als unangefochtenes Medium normativer Orientierung. Aber die Sache ist weniger eindeutig als es zunächst scheint. Denn mit der Verve, mit der gegen Hobbes und gegen die anti-aufklärerische Tradition das Freiheitsprojekt der Moderne in Stellung gebracht wird, wird möglicherweise übersehen, dass dieses Freiheitsprojekt selbst Resultat politischer und gesellschaftlicher Kämpfe war und immer noch ist.²⁴ Das heißt nun keineswegs, dass auf das Freiheitsprojekt zu verzichten wäre, ganz im Gegenteil. Dennoch gilt es den Kontext und die Dynamik liberaler Freiheits- und Rechtssicherung deutlicher einzubeziehen. So sind Recht und Staat mit einem Gesellschaftskonzept verbunden, das sich als *wertpluralistisch* und *kontingenzerprobt* versteht. Die alltägliche oder verfassungspolitische Berufung auf Werte füllt damit das Vakuum auf, das der Niedergang traditioneller Legitimationsressourcen wie Religion und Moral hinterlassen hat (insofern ziehen sich letztere in den Bereich partikularer Lebensformen zurück). Ob Sicherheit und Solidarität, Gleichheit oder Bildung, Werte sorgen für Sinn und normative Orientierung. Sie haben die Aufgabe in den „Bedürfnissen und Zuständen des unmittelbaren geistigen Lebens“ das Wesentli-

20 Habermas, Faktizität und Geltung, S. 108.

21 E.-W. Böckenförde, Die Zukunft der Autonomie, in ders., Staat, Nation, Europa. Studien zur Staatslehre, Verfassungslehre und Rechtsphilosophie, Frankfurt am Main 1999, S. 103 (108).

22 E.-W. Böckenförde, Demokratie als Verfassungsprinzip, in: ders., Staat, Verfassung, Demokratie. Studien zur Verfassungstheorie und zum Verfassungsrecht, Frankfurt am Main 1991, S. 289 (297).

23 C. Möllers, Die drei Gewalten, Weilerswist 2008, S. 57 ff.

24 C. Menke, Kritik der Rechte, Berlin 2015, S. 235 ff.

che und Wertvolle buchstäblich zur Geltung zu bringen.²⁵ Das betrifft den Umgang mit Ängsten und Ungewissheiten ebenso wie die Daseinsorge im Allgemeinen. Ohne Werte kein normativer Kompass. Deshalb ist es auch kaum verwunderlich dass allenthalben von Wertegemeinschaften und Werteordnungen, von einer Verteidigung demokratischer Werte oder sogar von einem wertorientierten Verfassungspatriotismus Rede ist.²⁶

Werte markieren das Medium und die Kommunikationsform, mittels derer in modernen Gesellschaften die allgemeinverbindlichen Freiheitsstandards artikuliert werden. Werte sind die Basis subjektiver Rechte und der Rechtsverhältnisse. Warum es wichtig ist, die Bedeutung der Werte und der Wertesemantik zu erwähnen, sieht man daran, wie die Stabilisierung und Reproduktion demokratischer Gemeinwesen erfolgt: Recht und Politik in Gestalt von Gesetzgebung, Rechtswissenschaft und Rechtsanwendung moderieren nämlich nicht nur die verschiedenen Wertvorstellungen und wertgebundenen Rechte. Vielmehr werden die vorhandenen Rechtsverhältnisse immer wieder neu geordnet, verändert oder neu bewertet (man denke nur an die Hervorbringung immer neuer Grundrechte durch die Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts). Recht und Politik sind Katalysatoren und Produzenten der erwähnten Werteordnungen. Sie können sich nicht mehr auf eine Bindungskraft der Lebenswelt verlassen, die die Gesellschaft antreibt. Gesellschaften *verlangen* eine anpassungsfähige Gestaltung von Werte-, Interessen- und d.h. von Rechtskonflikten. Die daraus erwachsene Rechtsmacht, vereint eine Vielzahl von Regulierungstechniken, wie sie von der Verwaltung, der Rechtspflege oder der Polizei eingesetzt werden, etwa Verwaltungsakte jeglicher Art, gerichtliche Verfahren oder die Gefahrenabwehr. Demokratische Freiheits- und Rechtssicherung setzt sich damit zwar eindeutig von vormodernen Konzepten ab. Sichtbar wird aber auch, dass das Recht als Gestaltungs- und Interventionsmacht auf vielfältige Wirkungen angewiesen ist; und dass es auf eingeforderte Wirkungen – wie nicht nur in der *Corona-Krise* deutlich wurde – klar reagieren muss. Rechtliche Kommunikationen sollen gesellschaftliche Eindrücke steuern, begrenzen oder erst hervorbringen. Es sind gerade diese Wirkeffekte, dieses permanente Einspielen von Normalität und normativem Vertrauen, woran die rechtliche und legitime Kommunikation gemessen wird, man denke nur an die sicherheitsbezogene Kontrolle des öffentlichen Raumes oder an das Strafrecht. Die Ambivalenz und die Zielkonflikte der Rechtesicherung sind so aber kaum zu übersehen: Rechte und Rechtsverhältnisse können nur stabilisiert werden, wenn permanent interveniert und reguliert wird.

25 H. Lotze, *Metaphysik*, Leipzig, 1879, S. 324.

26 Für die verfassungsrechtliche Dogmatik vgl. nur die ständige Rspr. des BVerfG: „...in den Grundrechtsbestimmungen des Grundgesetzes verkörpert sich ... eine objektive Werteordnung“, BVerfGE 7, 198. Und deshalb wird auch die Menschenwürde als „tragendes Konstitutionsprinzip und oberster Wert der Verfassung“ angesehen, BVerfGE 6, 32 (36). Dazu H. Goerlich, *Wertordnung und Grundgesetz*, Baden-Baden 1973.

Das allerdings ist keine einseitige Angelegenheit. Denn Intervention und Regulierung – also Eingriffsermächtigungen – erfüllen nur ihren Zweck, soweit sie auf die gesellschaftlichen Bedürfnisse und Erwartungen abgestimmt werden, also etwa einen effektiven Infektionsschutz etablieren. Auf diese Weise werden sie jedoch von individuellen und kollektiven Interessen abhängig, plakativ: freie Normbefolgung gegen Sicherheit (Hobbes ist also auch im modernen Recht nicht einfach verschwunden). Es ist diese Wechsel- und Abhängigkeitsbeziehung, so die These, die die Autonomie des Rechtssubjekts prägt und die gleichzeitig den Kontext abgibt, innerhalb dessen der Einzelne seine Bedürftigkeit und Vulnerabilität erlebt.

II. Das autonome und das bedürftige Subjekt

Um das Verhältnis von Recht und Angst, Freiheit und Vulnerabilität besser zu verstehen, erscheint es sinnvoll, die Perspektive „zu drehen“ und genauer zu beleuchten, was die skizzierte Wechsel- und Abhängigkeitsbeziehung für den Rechtsstatus des Subjekts bedeutet. Wie verhält sich also die seit der Aufklärung in liberalen Rechtssystemen hochgeschätzte Autonomie zu den Vulnerabilitäts- und Bedürftigkeitserfahrungen des Individuums? Beginnen wir mit dem gängigen Begründungsmuster: Es besagt, dass alle politischen und rechtlichen Entscheidungen ihre Rechtfertigung nur in Bezug auf das normunterworfenen Individuum finden können. Individuelle Interessen beschränken, binden oder mobilisieren hoheitliches Handeln, kurz: Autonomieermöglichung schafft Legitimation.²⁷ Nun ist aber schon deutlich geworden, dass Freiheits- und Rechtesicherung in liberalen Gesellschaften dynamischer verlaufen als in den Deutungen zu Verfassung, Rechtsstaat und Rechtsgüterschutz häufig angenommen. Aber was hat es mit dieser Dynamik auf sich? Eine Antwort auf diese Frage findet man, wenn man sich den *Ausgangspunkt* rechtsstaatlicher Freiheitssicherung klar macht. Dann sieht man, dass die rechtsstaatliche Freiheitssicherung immer schon das Individuum und die Gesellschaft *voraussetzt*, sie werden als von Staat und Verfassung *vorgegeben* gedacht. Gemeint ist damit einerseits, dass Individuum und Gesellschaft nicht um des Staates oder der Verfassung willen irgendeine Funktion wahrnehmen, sondern dass Staat, Recht und Verfassung um des Individuums und der Gesellschaft willen handeln und gestalten.²⁸ Dass dieses Handeln und Gestalten wesentlich mit Instrumenten der Intervention und Regulierung verbunden ist, wurde schon erwähnt. Das sagt aber andererseits noch sehr wenig über das *Wie* dieser Freiheitssicherung, über die *inhaltliche* Regulierung der Interessen aus. Wenn Staat, Recht und Verfassung um der Individuen und der Gesellschaft willen ihre ordnende Macht einsetzen, dann muss sich das aber notwendig im Umgang mit den Interessen und Gesellschaftsbedingungen wi-

27 von der Pfordten, *Rechtsethik*, S. 244 ff. und öfter.

28 Dazu bereits E.-W. Böckenförde, *Die Entstehung des Staates als Vorgang der Säkularisation*, in: ders., *Recht, Staat, Freiheit*, 5. Aufl., Frankfurt am Main 2013, S. 92.

derspiegeln. Michel Foucault, der französische Philosoph und Soziologe, weist genau darauf hin, wenn er betont, dass ein liberales Rechtssystem Freiheit nicht einfach akzeptiere. „Der Liberalismus“, so Foucault, „nimmt sich vor, sie [die Freiheit, Anm. BZ] jeden Augenblick herzustellen, sie entstehen zu lassen und sie zu produzieren“. Das Recht, so Foucault weiter, bezöge sich damit auf ein Subjekt, „das als Subjekt individualistischer Entscheidungen erscheint, die zugleich nicht weiter zurückführbar oder übertragbar sind“.²⁹

Anders formuliert, *Rechtsgüter sind das Ergebnis regulierter Freiheit*. Die Vorstellung liberaler Rechtssysteme beruht darauf, das Individuum und die faktisch gegebenen Gesellschaftsbedingungen zum *Grund* der Freiheitssicherung zu machen. D.h. das Rechtssystem orientiert sich an den subjektbezogenen Bedürfnissen und den sozialen Tatsachen und ordnet von dort aus die Vielfalt der Rechtsverhältnisse und Eingriffsermächtigungen (was das heißt, wird klar, wenn man sich vor Augen führt, mit welcher „Produktivität“ der Gesetzgeber etwa im Strafrecht neue Tatbestände und damit auch neue Rechtsgüter schafft).³⁰ Das klingt in einer liberalen Welt wie wir sie kennen kaum überraschend. Doch sollte man die Sprengkraft dieser heute weithin geteilten Überzeugung nicht unterschätzen. Denn indem die Autonomie des Individuums durch „die Brille“ der vorhandenen Gesellschaftsbedingungen betrachtet wird, müssen sich auch alle Mechanismen der *Autonomieermöglichung* konsequent daran ausrichten. Wenn das aber so ist, dann wird die Autonomieermöglichung nicht nur durch die funktionale Diversität moderner Gesellschaften beeinflusst, sondern gleichermaßen durch die instabilen, jedenfalls aber fragilen Beziehungen, die zwischen den verschiedenen Funktionsbereichen, etwa der Wirtschaft, der Kultur, der Religion oder des privaten Lebens bestehen (Bereiche, an denen das Individuum punktuell, temporär oder dauerhaft Anteil hat). Die individuelle Autonomie, die das Recht gewähren und schützen soll, ist nicht mehr in erster Linie ethisch fundiert – wie noch bei Kant –, sie ist Ausdruck eines Interessengeflechts. In diesem Sinne ist sie selbst – bis zu einem gewissen Grade – instabil und fragil.

Die Perspektive des Subjekts, der individuellen Autonomie, macht deutlich, dass die Hochschätzung des Individuums eine Reihe von politischen und rechtlichen Konsequenzen nach sich zieht (darauf kommen wir gleich zurück). Vor allem zeigen sich nun die Interferenzen der Freiheits- und Rechtssicherung in ihrer ganzen Schärfe. Schutz, d.h. Intervention, Regulierung etc. ist nicht nur von den jeweiligen Interessen abhängig. Intervention und Regulierung – sei es durch Gesetzgebung, Verwaltung oder Justiz – entfalten ihre Dynamik und Intensität auch in Bezug auf

29 M. Foucault, *Geschichte der Gouvernementalität*, Bd. 2, Frankfurt am Main 2004, S. 99, 353.

30 So etwa 202d oder 217 StGB. Erinnert sei aber auch an die frühe Einschätzung J. Kirchmanns, *Von der Werthlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*, Berlin 1848.

ein Rechtssubjekt, dem gerade *durch* seine Autonomie seine Bedürftigkeit und seine Vulnerabilität zunehmend bewusst werden. Recht und Politik kommt daher die Aufgabe zu, diese Autonomie in der bestmöglichen Form zu stabilisieren. Dieser Umgang mit individuellen oder kollektiven Vulnerabilitäts- und Krisenerfahrungen hat jedoch erhebliche Folgen für die Binnenarchitektur des Rechts. Rechtsschutz bedeutet die Umstellung auf ein *autonomiesicherndes Sorgeregime*. Das wird nirgend deutlicher als im Verhältnis von Recht, Freiheit und Angst.

C. Das janusköpfige Sicherheitsparadigma

I. Vulnerabilität und Angst

Die Idee der Sorge als ein Paradigma der Politik, aber besonders des Rechts zu mobilisieren, ist immer wieder diskutiert worden. Hingewiesen wurde bereits darauf, dass auch Hobbes ein solches Sorgeregime kannte und vehement verteidigte. Die entscheidende Frage ist indes, wie ein liberales und demokratisches Gemeinwesen ein *Sorgeregime des Rechts* einsetzt. Um das zu verdeutlichen, soll auf soziologische und anthropologische, auf rechtsphilosophische und rechtsdogmatische Einsichten Bezug genommen werden. Blickt man auf die bisherige Analyse, dann sind konkret die Janusköpfigkeit individueller Autonomie und die Ambivalenz der rechtlichen Schutzmechanismen hervorgetreten. Die eigentliche Problematik dieser Rechts- und Autonomiekonzeption liegt darin, dass sie zwar die faktischen Interessen, die Bedürfnisse und Präferenzen *als Rechte begründend* berücksichtigt will, dass sie die internen Verschiebungen und Effekte jedoch nur unzureichend reflektiert. Wenn von internen Verschiebungen die Rede ist, meint das namentlich den enormen Bedeutungszuwachs von Faktizität und Erfahrungswissen. Es ist diese Dominanz, die auch das Vulnerabilitätsbewusstsein beeinflusst. Deshalb ist es gar nicht verwunderlich, dass die Formen rechtlicher Freiheitsverwirklichung immer nachdrücklicher an die gesellschaftlichen *Realbedingungen* und damit an die Kontingenzerfahrungen der Individuen gekoppelt werden.³¹ Nicht das ewige, das endliche und natürliche Leben beherrscht den allgemeinen Erwartungshorizont (was auch an der aktuellen Debatte um eine kontingente Menschenwürde erkennbar wird).³² Auch deshalb erscheint die Freiheit zuallererst als eine Frage der Immanenz. Aber diese Freiheit vulnerabler Lebensbewältigung hat noch einen weiteren häufig unterschätzten Effekt, nämlich *die Erzeugung von Angst aus Freiheit*. Mit der Hochschätzung der Individuen durch die Anerkennung subjektiver Rechte werden nicht nur die individuellen Gestaltungsmöglichkeiten innerhalb der Rechtsordnung hervorgehoben. Die Anerkennung und Durchsetzung subjektiver Rechte

31 N. Lubmann, Kontingenz als Eigenwert der modernen Gesellschaft, in: ders., Beobachtungen der Moderne, Opladen 1992, S. 93.

32 E. Weber-Guskar, M. Brandhorst, Menschenwürde: Eine philosophische Debatte über Dimensionen ihrer Kontingenz, Berlin 2017.

führt auch zu temporären (und immer wiederkehrenden) *Vertrauenskrisen*, anders formuliert, zu einem Gefühl der Ohnmacht und des Ausgeliefertseins an eine soziale Welt, die die Individuen mit ihrer Undurchschaubarkeit irritiert. Dass die Gesellschaftssubjekte sich in dieser Welt eingerichtet haben, verweist dann eher auf die Verdrängungstechniken des normalen Alltags als auf eine spezifische Angstresistenz der Moderne. Aber was genau ist unter Angst zu verstehen?

Nun ist Angst als individuelles und kollektives Phänomen kein Novum der Moderne, jede Epoche kannte und kennt sie.³³ So hatten vormoderne Epochen (vor allem des Hochmittelalters und der Frühen Neuzeit) ein umfangreiches Arsenal an Angstsemantiken und Angstverarbeitungstechniken entwickelt. Man denke nur an die Idee der christlichen Heilsordnung und die hier eingeführten Angstagenten des Teufels, der Dämonen, der Hexen, Ketzer usw. Sichergestellt wurde dadurch, dass Angsterlebnisse benannt, erklärt und nicht selten auch entdramatisiert werden konnten.³⁴ Angst- und ihre andere Seite, die Furchterlebnisse, sind Indikatoren existentieller Bedrohungslagen oder jedenfalls Bedrohungswahrnehmungen. Während Furcht in der philosophischen Debatte mit einer gerichteten Reaktion, also mit einem konkreten Ereignis verknüpft wird, wird Angst mit einem existenziellen, jegliche innere Orientierung aufhebenden Zustand in Verbindung gebracht.³⁵ Diese analytische Unterscheidung wurde in den sozialen und rechtlich-juristischen Wissensbeständen unterschiedlichster Epochen kaum reflektiert. Wir beobachten stattdessen unter dem Titel der Angst eine Verknüpfung beider Perspektiven. Vor allem Freud wird mit seiner psychoanalytischen Angsttheorie einflussreich und wirkmächtig, indem er verschiedene Affekt- und Gefahrenphänomene miteinander kombiniert und damit einem weiten Verständnis den Weg bereitet.³⁶ Das Neuartige im Verhältnis von Angst und Moderne dürfte aber darin liegen, dass säkulare Gesellschaften völlig andere Formen der Angstadressierung kennen. Insofern sind sie auf die sich in den Rechtsgarantien kondensierten Bedürfnisse, Kontingenzerfahrungen und normativen Erwartungen verwiesen, die – gerade weil sie keine Schicksalsmetaphysik akzeptieren – in einer freiheitsangemessenen Sicherheitssemantik ausbuchstabiert werden müssen.

33 J. Delumeau, *Angst im Abendland*, Hamburg 1985; H. Böhme, *Zur Kulturgeschichte der Angst und der Katastrophe*, in: A. Fuchs (Hrsg.), *Sedimente, Gefühle, Empfindungen*, Würzburg 2003, S. 27.

34 H. Böhme, *Vom phobos zur Angst. Zur Transformations- und Kulturgeschichte der Angst*, in: M. Harbsmeier/ S. Möckel (Hrsg.), *Pathos, Affekt, Emotion. Transformationen der Antike*, Frankfurt am Main 2009, S. 154.

35 Bis heute wegweisend für die gesamte Debatte S. Kierkegaard, *Der Begriff der Angst*, Hamburg 1984; M. Heidegger, *Sein und Zeit*, 1993 [1927], §§ 39 ff.

36 S. Freud, *Hemmung, Symptom und Angst*. *Gesammelte Werke*, Band. XIV, Frankfurt am Main 1986, S. 111 (120).

Das schließt nicht aus, dass andere Agenten und Projektionen gesucht und gefunden werden, nationale, gruppenspezifische Feinde, fremde Ethnien usw. Denn auch für moderne liberale Gesellschaften gilt:

„Ein gemeinsamer Feind, den man als Kollektiv fürchten kann...ist der beste Garant für die Befriedung von Gemeinschafts- und Ordnungssehnsüchten. Dieser Mechanismus der Ohnmachtsverarbeitung spielt für das Verständnis des Sozialdarwinismus des 19. Jahrhunderts ebenso eine Rolle wie für die Analyse der emotionalen Grundierung des historischen und gegenwärtigen Antisemitismus“.³⁷

In der Ohnmachtsverarbeitung, ja in der Feindbekämpfung zeigen sich die Legitimationsressourcen von Recht, Staat und Verfassung (oder auch der Legitimationsverlust). Ohnmacht und Feindschaft können sich auf Einzelpersonen, konkrete Gruppen oder sonstige politische Konstellationen beziehen. Das muss aber nicht notwendig der Fall sein, wie wir an diversen Naturkatastrophen und jüngst an der *Corona-Pandemie* sehen konnten. Die Pandemie bewirkt – zumal wenn der Krankheitserreger nicht bekannt und ein Impfstoff noch nicht verfügbar ist – eine kollektive Vertrauenskrise (so jedenfalls konnte es bei der ersten *modernen Epidemie*, der Cholera von 1831/1832 beobachten werden). Hinzu kommt, dass die Verbreitung einer bakteriellen oder Viruserkrankung durch Ansteckung/ Infektion erfolgt; diese unsichtbare und nicht spürbare Infektion aber nur begrenzt beherrschbar erscheint. Nicht zuletzt daraus entstehen medial verstärkte Angsterwartungen und Bedrohungsszenarien, die sich zu gesellschaftlichen Hysterien, Ressentiments und überschießenden Irrationalismen auswachsen können (etwa wenn die Epidemie mit antisemitischen Vorstellungen oder verschiedensten Verschwörungstheorien verknüpft wird).

Angst- und Ohnmachtserfahrungen sind eingebettet in das kulturelle Gedächtnis und die Rationalitätsstandards liberaler Gesellschaften und fordern gleichzeitig das Freiheits- und Sicherheitskonzept der Rechts heraus.³⁸ Genauer betrachtet entwickelt Angst eine eigene unwiderstehliche Dynamik. Denn sie artikuliert nicht nur eine besondere Ordnungssehnsucht. In und mit ihr bricht sich auch die Kraft individueller oder kollektiver Selbsterhaltung, eine *Leidenschaft des Überlebens* Bahn. Insofern ist die Sprache der Angst, was eine gut informierte Gesellschaftstheorie schon immer wusste, Teil einer politischen Kommunikation und sie wirkt hierbei in höchstem Maße disruptiv (das lässt sich gerade in der gegenwärtigen *Corona-Krise* gut beobachten). „Angst“, so heißt es bei Niklas Luhmann, „widersteht jeder Kritik der reinen Vernunft. Sie ist das moderne Apriori – nicht empirisch, sondern

37 L. Koch, Einleitung: Angst und Moderne, in: ders. (Hrsg.), *Angst. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/ Weimar 2013, S. 8; Heinz Bude, *Gesellschaft der Angst*, Hamburg 2014, S. 11 ff.

38 O. Briese, Konjunkturen kollektiver Angst: Ansteckung, in: L. Koch (Hrsg.), *Angst. Ein interdisziplinäres Handbuch*, Stuttgart/ Weimar 2013, S. 290.

transzendental. Sie ist das Prinzip, das nicht versagt, wenn alle Prinzipien versagen.“³⁹

2. Normative Zielkonflikte

Für das Recht und die Rechte ist diese Dramaturgie der Angst ein nicht zu unterschätzendes Problem. Angst kann als Form individueller oder kollektiver Selbstvergewisserung – und Selbsterhaltung – nicht ignoriert, sie kann aber auch nicht als konkurrierendes Prinzip einfach hingenommen werden. Das Recht würde seine normative Orientierungsfunktion einbüßen, wenn es die Codes der Angstsemantik einfach übernehme, und das gängige Ordnungsmodell würde womöglich implodieren. Angstphänomene, so der klassischen Diskurs, müssten vielmehr in der normativen Grammatik des Rechts dekonstruiert und dauerhaft eingeeht werden. Aber wie kann ein Handlungsprinzip eingeeht oder transformiert werden, das den rational beruhigten Kommunikationsstandards des Rechts widerspricht und welche Dynamiken werden damit in Gang gesetzt?

Hier lohnt es sich, auf Hobbes zurückzukommen. Denn Hobbes, ein Angsttheoretiker *avant la lettre*, hat diese Frage umgetrieben; wenn auch im Kontext der frühmodernen Staats- und Souveränitätstheorie. Leo Strauss fasst die hobbesche Problemanalyse prägnant zusammen:

„Daß die Erhaltung des Lebens das erste Gut ist, sagt die Vernunft, nur die Vernunft, hingegen, daß der Tod das erste Übel ist, sagt ein Affekt, der Affekt der Todesfurcht. Und da die Vernunft für sich ohnmächtig ist, so wäre der Mensch nicht willens, an die Erhaltung seines Lebens als an das erste und dringlichste Gut zu denken, wenn der Affekt der Todesfurcht ihn nicht dazu zwänge.“⁴⁰

Hobbes plädiert nicht nur für ein Rechtskonzept, das mit einem autoritativen Herrschaftsmodell verknüpft ist. Sein Herrschaftsmodell beruht auch auf einer besonderen Logik der Angstbewältigung. Angstbewältigung, als individuelle oder kollektive, mobilisiert einen *affektiven Zwang*, einen Zwang, der den rationalen Egoisten nötigt, sich die Vorteile eines Friedenszustandes bewusst zu machen (es geht also darum, so die Pointe bei Hobbes, Furcht in Ehrfurcht zu verwandeln, indem man die Macht eines anderen anerkennt).⁴¹ *Angstbewältigung ist ein Akt der Selbstreflexion*. Die damit einhergehende Friedensnötigung ist für Hobbes ohne Alternative. Folgt doch aus der Unterwerfung unter die Macht und das Gesetz des *Leviathan* eine umfassende Sicherheitsgarantie.⁴² Nun ist heute weitgehend unbestritten, dass dieses Rechtesicherungskonzept nicht dem Selbstverständnis der libe-

39 N. Luhmann, *Ökologische Kommunikation. Kann sich die moderne Gesellschaft auf ökologischen Gefährdungen einstellen?* Opladen 1986, S. 240.

40 L. Strauss, *Hobbes' politische Wissenschaft in ihrer Genesis*, Stuttgart 2001, S. 28.

41 Hobbes, *Vom Bürger*, in: ders., *Vom Menschen. Vom Bürger*, eingeleitet und hrsg. v. Günter Gawlick, Hamburg 1994, S. 169: „Ehrfurcht besteht nur in der Achtung der Macht eines anderen.“

42 Hobbes, *Leviathan*, 17. Kap., S. 131 ff.

ralen Moderne entspricht. Mit der Idee subjektiver Rechte wird auf einer Gesellschaftsform beharrt, die Individualität an das konkrete Freiheitsinteresse bindet. Dieses Freiheitsinteresse soll gerade die Gestaltungsmacht des Subjekts artikulieren.⁴³ Es ist deshalb kaum verwunderlich, dass Angst keinen Legitimationsgrund rechtlicher Herrschaft abgeben kann. Mit anderen Worten, Angst ist zwar ein unbestrittenes anthropologisches Phänomen, aber kein normatives Argument. Andererseits wurde aber auch deutlich, dass das nur die halbe Wahrheit ist: Denn das liberale Versprechen setzt am Rechtssubjekt als Bedürfniswesen an. Wenn aber Recht und Freiheit vom natürlichen Willen und den konkreten Gesellschaftsbedingungen ihren Ausgang nehmen, wenn also das Bewusstsein fragiler menschlicher Existenz eine konstitutive Bedingung des Rechts darstellt, dann sind Ängste und Vulnerabilitätserfahrungen keine sekundären Phänomene. Ganz im Gegenteil, sie bestimmen *wesentlich* die normative und funktionale Codierung des Rechts.

Der Umgang mit Angst- und Vulnerabilitätsphänomenen – mit Epidemien, Terroranschlägen usw. – reproduziert die Zielkonflikte modernen Rechts. Erinnern wir uns an Foucaults Hinweis, wonach der Liberalismus Freiheit nicht einfach akzeptiert, sondern sie immer wieder herstellen und regulieren muss. Freiheit und Recht bezeichnen Macht- und Herrschaftsverhältnisse, die in den Gesellschaften verwurzelt sind. Die gängige und auch juristische Sichtweise, wonach Macht- und Herrschaftsverhältnisse nur hierarchisch und nur in einer vertikalen Form der Herrschaftsausübung gedacht werden können, nimmt die netzwerkartige Regulierung in modernen Gesellschaften nicht genügend zur Kenntnis, die etwa durch die Infrastrukturen der *Governance* und *Compliance*⁴⁴ große Bedeutung erlangt hat (aber nicht darauf zu begrenzen ist). Für Macht- und Herrschaftsverhältnisse gibt es in diesem Sinne auch kein Innen und Außen.⁴⁵ Sie werden selbstverständlich vom Staat, der Staatsgewalt in Anspruch genommen; sie werden aber auch in der Gesellschaft ausagiert und stetig neu verhandelt. Diese Verwurzelung der Macht- und Herrschaftsverhältnisse in den Gesellschaften ist aber zugleich der Grund für die diversen Einwirkungs- und Kommunikationstechniken. Mit anderen Worten, die Bewältigung von Angsterfahrungen und das Bewusstsein für die Zerbrechlichkeit menschlicher Existenz macht nur besonders deutlich, wie wenig selbstverständlich Freiheitsrechte sind und als wie fragil sie *erlebt* werden. Hier zeigt sich nicht nur die starke Abhängigkeit des Vernunft- vom Erfahrungswesen. Sichtbar wird auch,

43 Vgl. die Erörterungen unter B.

44 R. Mayntz, *Governance Theory als fortentwickelte Steuerungstheorie?*, in: G. F. Schuppert (Hrsg.): *Governance-Forschung*, 2. Aufl., Baden-Baden 2005, S. 11. G. Folke Schuppert, *Staat als Prozess*, Frankfurt am Main 2010; A. Vofskuhle, „Regulierte Selbstregulierung“. Zur Karriere eines Schlüsselbegriffs, in: *Regulierte Selbstregulierung als Steuerungskonzept des Gewährleistungsstaates*, Berlin 2001, S. 197; zu (Criminal) Compliance-Praktiken B. Zabel, *Die Ordnung des Strafrechts*, Tübingen 2017.

45 Foucault, *Geschichte der Gouvernementalität*, S. 97, 99.

wie im Schatten der liberalen Freiheits- und Rechtsgarantie das Sicherheitsdenken eine immer größere Bedeutung gewinnt. Sicherheit tritt als Sinnressource einer „entzauberten Welt“ in eine unauflösliche Konkurrenz zur Freiheit. Ob und wie sich Normativität gegen Natur und faktische Evidenzen durchsetzt, ist dann davon abhängig, wie das Verhältnis von Freiheit, Schutz und Sicherheit, von Subjekt und Regierung konkret bestimmt wird. Auch wenn man eine Nähe zum autoritativen Herrschaftsmodell des *Leviathan* bestreitet – und das durchaus mit guten Gründen –, sind die widerstreitenden Interessen, die das liberale Versprechen erzeugt und gleichzeitig einzuhegen versucht, kaum zu übersehen. Vielleicht ist das aber auch der Preis, den ein Rechtsstaatskonzept zahlen muss, das in der Freisetzung des Individuums überhaupt die Chance sieht, Freiheit, Politik und Recht produktiv aufeinander zu beziehen. Wie prekär und dynamisch dieses Beziehungsgeflecht allerdings bleibt, zeigt sich markant am Sorgeregime des Rechts.

II. Sicherheit oder das Sorgeregime des Rechts

1. Interventionsverlangen und Folgenorientierung

Das, was hier als rechtliches oder rechtsstaatliches Sorgeregime bezeichnet wird, ist die Antwort auf die Angstproduktion und die allgegenwärtige Verunsicherung liberaler Gesellschaften. Das Sorgeregime, als rechtliche und staatliche Fürsorge, als Vorsorge usw., macht die Angst- und Unsicherheitsbeherrschung zur *gesellschaftsübergreifenden* Aufgabe. Das Regime unterläuft deshalb, zumindest partiell und/oder temporär, auch die in der üblichen Sicht geschiedenen Domänen des Rechts und der Politik oder verschiebt, offen oder verdeckt, die Grenzverläufe. Das macht aber nur die Zielkonflikte modernen Rechts offensichtlich. Das gilt es genauer zu erläutern.

Häufig wird die Eigenart des Sorgeregimes an der Institution und den Praktiken der Polizei veranschaulicht. Die Polizei gilt hier als Paradebeispiel für eine hoheitlich moderierte Gefahrenabwehr und eine allgemeine Sicherheitskommunikation. Die Überführung der *guten Policey*, der umfassenden Verwaltung des Gemeinwesens (wie sie noch das Ancien Regime etabliert hatte) in das Arrangement einer Interventionsverwaltung, verknüpft das Prinzip der *rule of law* (das Rechtsstaatsprinzip) mit einem effektiven Kontroll- und Gestaltungsanspruch.⁴⁶ Dieser Kontroll- und Gestaltungsanspruch bündelt bis heute Techniken der Disziplinierung und der Selbstführung, des individuellen Schutzes und der Freiheitsoptimierung.⁴⁷

46 Klassisch juristisch etwa *R. von Mohl*, Die Polizei-Wissenschaft nach den Grundsätzen des Rechtsstaates, 3. Aufl., Tübingen 1866; zur rechtsphilosophischen Debatte *F. Balke*, Zwischen Polizei und Politik, in: T. Bedorf/ K. Röttgers (Hrsg.), Das Politische und die Politik, Berlin 2010, S. 207.

47 Zur Idee der *rule of law* wiederum *P. Pettit*, Gerechte Freiheit, S. 153 ff.; zur verfassungsrechtlichen Diskussion *C. Bäcker*, Gerechtigkeit im Rechtsstaat, Tübingen 2015, S. 167 ff.; *P. Kunig*, Das Rechtsstaatsprinzip, Tübingen 1986, S. 63 ff.; *K. von Schlieffen*, Das Prinzip Rechtsstaat, Tübingen 1997, S. 399 ff.

In der verfassungsrechtlichen Deutung werden die auftretenden Interessensgegensätze dadurch entdramatisiert, dass die exekutive Gewalt des Staates mit der Praxis des Gesetzesvorbehalts kurzgeschlossen wird.⁴⁸ D.h., die Gesetze vollziehende Verwaltung ist durch die Verfassung an die geltenden Gesetze gebunden, was die Verwirklichung subjektiver Rechte und stabiler Rechtsverhältnisse ermöglichen soll. Aber diese Deutung beschreibt ein normatives Konzept des Rechtsstaates, das die Gesellschaft, die funktionale Differenzierung und die faktischen Verhältnisse nur als eine (andere) Sphäre betrachtet, die man von *außen* gestaltet, in die man „hineinregiert“ oder „hineininterveniert“. Bezieht man die vorangegangene Analyse des Rechts ein, dann sieht man, dass Rechtsstaat, Gesellschaft und Individuen zwar mit separaten Organisationsbereichen verknüpft, dass sie aber auch in vielfältiger Weise aufeinander bezogen, voneinander abhängig sind. Das betrifft die verschiedenen Macht- und Herrschaftsstrukturen innerhalb eines Gemeinwesens. Es betrifft aber auch die Abhängigkeit normativer Gestaltungs- von den konkreten Sicherheitsinteressen (und die sich daraus ergebenden Wechselbezüglichkeiten). Hier wird unübersehbar, wie die auf faktischen Evidenzen, auf Krisen- und Vulnerabilitätserfahrungen beruhende Sicherheitsannahme in offene Konkurrenz zur Freiheitsgarantie gerät. Nochmals hilft hier ein rechtssoziologischer Blick: Denn gerade mit dieser Sicherheitsannahme, so Michel Foucault, wird das liberale Gemeinwesen gezwungen,

*„genau zu bestimmen, in welchem Maß und bis zu welchem Punkt das individuelle Interesse, die verschiedenen Interessen, die insofern individuelle sind, als sie voneinander abweichen und gelegentlich einander entgegengesetzt sind, eine Gefahr für das Interesse aller darstellen. Das Problem der Sicherheit: das kollektive Interesse gegen die individuellen zu schützen. Umgekehrt haben wir dieselbe Situation: Es wird nötig sein, die individuellen Interessen gegen alles zu schützen, was ihnen gegenüber als vom kollektiven Interesse ausgehende Beeinträchtigung erscheinen könnte“.*⁴⁹

Nun sind der Umgang und die Abwägung von Interessen das tägliche Geschäft der Juristinnen und Juristen, keiner kennt sich in diesem Metier besser aus. Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitstechniken erlauben eine flexible Handhabung von kollidierenden Interessen und garantieren damit, so der Tenor, eine *lebensnahe Freiheitsoptimierung*.⁵⁰ Allerdings hat das Erfordernis einer permanenten Ausmittlung von Interessen, Rechten usw. mehrere Stoßrichtungen, die man sehen muss, um die Handlungsdynamiken (und damit auch die Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitserwägungen) richtig einordnen zu können. Denn gegen Verunsicherungen und Befürchtungen, gegen Überlebens-, Existenz- und Abstiegsängste, gegen

48 Vgl. auch die dogmatische Analyse bei E.-W. Böckenförde, Schutzbereich, Eingriff, verfassungsimmanente Schranken. Zur Kritik der Grundrechtsdogmatik, Der Staat 2003, S. 165.

49 Foucault, Geschichte der Gouvernementalität, S. 99 f.

50 Dazu bereits B. Schlink, Abwägung im Verfassungsrecht, Berlin 1976 und jüngst die Beiträge in: M. Jaestedt/ O. Lepsius (Hrsg.), Verhältnismäßigkeit. Zur Tragfähigkeit eines verfassungsrechtlichen Schlüsselkonzepts, Tübingen 2015.

soziale und ökonomische Krisen etc., muss nicht nur ein umfangreiches Arsenal an Steuerungs- und Regulierungsmaßnahmen zur Verfügung stehen. Recht und Politik müssen vielmehr dafür Sorge tragen, dass die Kontroll-, Überwachungs- und Schutzvorhaben auch effektiv *wirken* und d.h. in der Öffentlichkeit und gegenüber allen Gesellschaftssubjekten *wahrnehmbar* sind. Die moderne politische und rechtliche Bewältigung von Krisen (aber nicht allein von Krisen) ist immer öfter auf eine expressive und diversifizierte Verantwortungskultur angewiesen. D.h. die Begründung von Zuständigkeiten zielt nicht nur auf geschehene Ereignisse und Katastrophen. Vielmehr werden Verantwortlichkeiten bereits durch die Möglichkeit einer (staatlichen) Einflussnahme kreiert. Naturkatastrophen etwa sind keine *bloßen* Naturereignisse mehr, wenn sie durch politisches und rechtliches Handeln vermieden oder doch abgemildert werden können. Dass das auf der Rückseite erhebliche Kosten verursachen kann, ist offensichtlich. Das betrifft diverse Formen staatlicher Intervention, es betrifft den Eingriff in die Privatsphäre, aber auch in Handlungs- oder Berufsfreiheiten. Es ist unbestreitbar, dass sich gerade an der Polizei und dem polizeirechtlichen Interventionsmanagement die Umschlagpunkte von freien funktionierenden Ordnungen in Ausnahme- und Repressionszustände gut studieren lassen (man denke nur an die Eskalation beim G20 Gipfel in Hamburg).⁵¹ Und doch ist die Situation komplexer. Zwei Faktoren dürften dafür entscheidend sein: Zum einen das ausgeprägte Sicherheits- und Interventions*verlangen* liberaler Gesellschaften, zum anderen die Idee einer allgemein durchsetzbaren *Folgenorientierung*. Beide Faktoren sollen kurz betrachtet werden.

Zunächst zum ersten Faktor, dem Sicherheits- und Interventionsverlangen. Dieses Verlangen muss als Konsequenz des liberalen Freiheitsverständnisses verstanden werden: Die Lebensverhältnisse gelten als Recht und Staat vorgeordnete Interessenfelder, die permanent neu abgesichert werden müssen. Eine Sicherheitsannahme ist daher nichts, was abstrakt besteht oder formuliert werden kann. Sie entsteht und verändert sich in dem Maße, in dem Freiheitsansprüche – etwa durch die Gesellschaft – als *regulierungsbedürftig* geltend gemacht und anerkannt werden. Es geht also um einen Prozess, in dem sich Freiheitsansprüche in ihrer Adressierung an Recht und Staat zu Gewährleistungspflichten wandeln. Folgerichtig werden Ängste, Bedrohungen und Verunsicherungen an Recht und Staat kommuniziert. Im Gegenzug richtet sich die Kommunikation von Recht und Staat zumindest auch an *Angstsubjekte* und an *Angstgesellschaften* (Heinz Bude).⁵² Und es sind dann *Gesetze der Angst* (Cass Sunstein)⁵³ die die Sicherheit der individuellen Freiheit und die Ordnung der Gesellschaft erhalten sollen.

51 Ausführliche Analyse bei T. Singelstein: <https://news.rub.de/presseinformationen/wissenschaft/2019-09-17-kriminologie-zwischenbericht-im-forschungsprojekt-zu-rechtswidriger-polizeigewalt>.

52 H. Bude, Gesellschaft der Angst, S. 11 ff.

53 Sunstein, Gesetze der Angst, S. 25 ff. und 161 ff.

Diese Wechselbezüglichkeit von Rechten und Pflichten, von Schutzverlangen und Verantwortungsübernahme führt zum zweiten Faktor, der Idee umfassender Folgenorientierung. Folgenorientierung durch das Recht ist notwendig an Interventions- und Machtverhältnisse gebunden, ohne Regulierungsmacht keine Folgen. Der so initiierte Bedeutungszuwachs psycho-kultureller Einwirkungsformen (im Vollzug von Verwaltung, Rechtspflege oder Bürokratie) verweist auf ein Netzwerk von Denk-, Sprach- und Handlungsmustern, die der *Zukunft* von Gesellschaften und Lebensverhältnissen große Bedeutung beimessen. In der Folgenorientierung wird das Sorgeregime als gesellschaftsübergreifendes Prinzip unübersehbar. Das Ziel ist klar, es geht um normative Kohärenz durch *Zukunftsbeherrschung*.⁵⁴ Gleichzeitig wird durch das Sorgeregime das relativ statische Konzept der Verantwortung dynamisiert. Neben der klassischen Vorsorge, der Verhinderung von Rechtsgutsverletzungen jeglicher Art, geht es verstärkt um den Umgang mit zukünftig erwarteten Krisen, Schäden und sonstigen destabilisierenden Effekten. Auf diese Weise eröffnet sich aber für das Recht (und die Politik sowieso) ein ganzes Feld von Sorgepraktiken, angefangen bei der generellen Daseinssorge durch Existenzsicherung (namentlich die Sicherung des Lebensunterhalts nach dem Sozialgesetzbuch), über die Gesundheits-, Gefahren- oder Verbrechensvorsorge.⁵⁵ Im Recht soll sich das *ethische Minimum* abbilden (Jellinek). Das Sorgeregime nimmt das Bewusstsein um die fragile Existenz auf und verspricht zugleich eine verlässliche Abschirmung von Angst- und Verunsicherungspotentialen.⁵⁶ Denn auf dem Spiel stehen, wie nun erkennbar wird, die Normalitätserwartungen von Individuum und Gesellschaft.

An der Rechts- und Verfassungswirklichkeit können wir die Verschränkung der erwähnten Normativitätsstandards und Normalitätserwartungen gut beobachten. Geht es doch darum, das würdebezogene Autonomiekonzept, die Person als Selbstzweck (Kant), mit einem konsequentialistischen Kalkül zu harmonisieren. Das Wechselverhältnis von Rechten und Pflichten bezeichnet damit zugleich ein prekäres Umschlagverhältnis. Rechte und Pflichten werden ständig neu definiert, d.h. Individuen, Gesellschaft, Recht und Staat mit fluktuierenden Verhaltensanforderungen konfrontiert. Wenn also die weiträumige Absicherung von Interessen, Gütern und Werten – von Leben, Eigentum, Subsistenz oder der öffentlichen Ordnung – das erklärte Ziel und die staatliche Pflicht ist, dann sind Rechts- und Freiheitsgefährdungen das unbedingt zu vermeidende. Vermeiden lassen sich Rechts- und

54 Auf eine rechtstheoretische Unterfütterung des Zukunftsbegriffs muss hier verzichtet werden, vgl. aber auch B. Zabel, Das Paradox der Prävention. Über ein Versprechen des Rechts und seine Folgen, in: J. Puschke/ T. Singelstein (Hrsg.), Der Staat und die Sicherheitsgesellschaft, Heidelberg 2017. S. 55.

55 Zabel, Die Ordnung des Strafrechts, S. 322 ff., 514 ff.

56 Von der hier verwendeten Sorgesemantik ist die sog. Care-Ethik zu unterscheiden. Letztere bezieht sich in erster Linie auf gesellschaftliche Formen und gendersensibilisierte Praktiken der Sorge und Fürsorge.

Freiheitsverletzungen effektiv aber nur, soweit die Sorgepraktiken durch die Gesetze ständig optimiert und die Sicherheitsannahmen den Ängsten, Verunsicherungen und folglich den Normalitätserwartungen der Gesellschaften angepasst werden. Im Gegenzug wird der Einzelne selbst *in die Pflicht genommen*. Die Daseinsorge des Staates, etwa im Rahmen der Grundsicherung, ist an strikte Verhaltensanforderungen gebunden, weshalb der Betroffene bei Verstößen mit empfindlichen Disziplinarmaßnahmen zu rechnen hat. Vor allem die Gefahrenvorsorge sensibilisiert dafür, wie tief die Sorgepraktiken in das kulturelle Gedächtnis liberaler Gesellschaften eingreifen können. Denn sie verlangen die Bereitschaft *aller*, die Verfügungsgewalt über die Privatsphäre und vieles andere mehr zu beschränken. Die Kohärenzeffekte, auf die die Sorgepraktiken abzielen, ergänzen oder ersetzen damit die traditionelle Rechts- und Symbolpolitik.

2. Krise und Verfassung

An der *Corona-Krise* zeigt sich die Triftigkeit der vorangegangenen Analyse. Zentral dürfte die Einsicht sein, dass die individuelle Freiheit, die subjektiven Rechte, als Ausgangspunkt – ja als Grundlage – jeder moderner Gesellschafts- und Rechtsordnungen aufgefasst werden. So werden die Techniken des Selbstschutzes, etwa der eigene Schutz vor Infektion, durch politische Aufforderungen ergänzt, das individuelle Verhalten, wie beim sog. *social distancing*, den konkreten Krisensituationen anzupassen. Das Handeln der Exekutive, der Verwaltungen, der Polizei usw., weitet sich so aber zu sozialen und rechtlichen Sorgetechniken, wenn – gerade auch mit Blick auf das Sicherheitsbedürfnis der Individuen –, massive Ausnahme- und Notstandsregelungen in Kraft und durchgesetzt werden. Man denke nur an die Ausgangssperren, an die Kontaktverbote, die Quarantäneanordnungen oder an die Novellierung des Infektionsschutzgesetzes, die der staatlichen Infektionsbekämpfung und der Gesundheitsvorsorge weitreichender Eingriffskompetenzen einräumt.⁵⁷ Nun geht es hier nicht darum, diese Maßnahmen auf ihre Angemessenheit hin zu beurteilen.⁵⁸ Was aber nicht aus dem Blick geraten sollte, ist, wie sich im Wechselspiel von individueller Ansteckungsangst, Bevölkerungsschutz und der Aufrechterhaltung von Sicherheit und öffentlicher Ordnung ein ausdifferenziertes Sorgeregime etabliert, das Angst kanalisieren und Gefahren eindämmen soll. Ob damit gleichzeitig ein *Ausnahmezustand* ins Leben gerufen wurde und nunmehr durch Politik und Verwaltung mit Macht exekutiert wird, wie der italienische Phi-

57 Vgl. Änderung des Infektionsschutzgesetzes, siehe: „Gesetz zum Schutz der Bevölkerung bei einer epidemischen Lage von nationaler Tragweite“, vom 27. März 2020; BGBl. I, Nr. 14.

58 Zu aktuellen juristischen Debatte etwa G. Lübbe-Wolff, Warum wir nicht in einem Notstandsregime leben, Frankfurter Allgemeine Zeitung vom 27. Mai 2020; darüber hinaus H. Lorenz/ M. Oğlakcioğlu, Keine Panik im Nebenstrafrecht. Zur Strafbarkeit wegen Verstößen gegen Sicherheitsmaßnahmen nach IfSG, Kriminalpolitische Zeitschrift 2020, S. 108; zur Rechtsprechung BVerfG 1. Senat 3. Kammer v. 7.4.2020, 1 BvR 755/20; zur temporären Untersagung der Religionsausübung, BVerfG, 2. Kammer, Beschl., 10.4.2020, 1 BvQ 28/20.

losoph Giorgio Agamben meint, braucht hier nicht diskutiert werden.⁵⁹ Vieles spricht gegen diese Deutung.⁶⁰ Aber selbst wenn das der Fall wäre, könnte man erkennen, dass ein Not- und Ausnahmezustand nicht allein der Logik einer machtversessenen Politik oder Regierung folgt (dass solche Motivationslagen existieren, ist ebenso unbestritten wie die Tatsache, dass Ausnahmezustände gezielt zur Entdemokratisierung von Gesellschaften eingesetzt werden können), sondern dass seine Genese auch mit diversen gesellschaftlichen Krisenverarbeitungsbedürfnissen verknüpft sein kann. Allerdings ist der Hinweis auf einen Ausnahmezustand gar nicht notwendig, um dennoch das latente Kraftfeld und die Zielkonflikte der Rechtegarantie zu entdecken; das darin liegt, dass die rechtliche Hochschätzung des freien Subjekts neue Formen der Vulnerabilität und Bedürftigkeit nach sich zieht.⁶¹ Die Kulturwissenschaftler Joseph Vogl und Burkhardt Wolf spitzen es folgendermaßen zu:

„[I]m Zeichen von Präventionsgesellschaften, Gefahrenmanagement und Angstkommunikation“, so Joseph Vogl, „[hat sich] der Gesellschaftsvertrag neu konstellierte. Er hat sich zu Sicherheitsverträgen verschoben, die auf einem Emissionshandel mit Angstderivaten beruhen und zu punktuellen Abgaben von Rechten (Datenschutz, Fernmeldegeheimnis, Unverletzbarkeit der Wohnung etc.) im Tausch mit Sicherheitsversprechen aufrufen. Das prägt die politische Dimension der Angst. Hier wird die Angstbesetzung von Unsicherheit in die Angstpolitik der Gefahrenabwehr konvertiert, Angstbereitschaft also in das Verlangen verwandelt, sicherer, fürsorglicher regiert zu werden.“⁶²

Nun ist klar (und Jurist*innen wissen es zumal), dass sich eine Gesellschaft, von bestimmten Situationen abgesehen, nicht ständig und flächendeckend über eine wie auch immer codierte Angstpolitik definiert. Demokratische Gemeinwesen und liberale Gesellschaften sind geradezu prädestiniert, ihre Funktionsfähigkeit in den Routinen normalisierter Alltäglichkeit zu stabilisieren. Zu sehen ist aber auch, dass die Angstpolitik zu einem elementaren und funktional einsetzbaren Bestandteil liberaler Rechtsordnungen avanciert ist. *Angstpolitik als Fürsorgepolitik*, Rechtsversprechen als Sicherheitsversprechen, darin zeigt sich einmal mehr das janusköpfige Gesicht des neu konstellierte Gesellschaftsvertrages, die Fragilität der Freiheit. Unübersehbar wird aber vor allem eines: das repressive und paternalistische Potential, das vielen Sorgepraktiken innewohnt.

59 G. Agamben, Nach Corona. Wir sind nurmehr das nackte Leben, Neue Züricher Zeitung vom 18. März 2020; ders., „Giorgio Agamben zum Umgang der liberalen Demokratien mit dem Coronavirus“, Neue Züricher Zeitung vom 15. April 2020.

60 Zu den politischen und juristischen Fragen jüngst A.-B. Kaiser, Ausnahmeverfassungsrecht, Tübingen 2020, S. 35 ff. und 207 ff.

61 Dazu prägnant R. Stichweh, Simplifikation des Sozialen. Die Corona-Pandemie und die Funktionssysteme der Weltgesellschaft, in: Frankfurter Allgemeine Zeitung, 7. April 2020.

62 J. Vogl/ B. Wolf, Angst, in: B. Scherer/ O. von Schubert/ S. Aue (Hrsg.), Bibliothek 100 Jahre Gegenwart, Berlin 2019, S. 42 (45).

D. Widerständiges Recht

I. Resilienz

1. Ausgangspunkte

Aber ist das das letzte Wort in Sachen Angst, Freiheit, Vulnerabilität und Recht? Machen wir nochmals kurz deutlich was die Analyse nicht behaupten wollte: Es ging nicht darum, dem liberalen Rechts- und Freiheitsverständnis eine immanent autoritäre Logik nachzuweisen oder auch nur zu unterstellen. Das liberale Recht ist nicht als solches repressiv oder paternalistisch, ganz im Gegenteil. Die Erörterungen wollten eher die Zielkonflikte und Umschlagpunkte verdeutlichen, die das liberale Denken *selbst* erzeugt und die gerade in den Vulnerabilitätserfahrungen, in den Praktiken der Angstbewältigung und dem rechtlichen Sorgeregime markant zum Vorschein kommen. Wenn die Zielkonflikte und die Umschlagpunkte das Problem sind, dann muss es darauf ankommen, das prekäre Verhältnis von Angst und Freiheit, Vulnerabilität und Recht anders zu bestimmen. Diesem Anliegen dienen die nachfolgenden Überlegungen.

2. Angst, Vulnerabilität und Urteilskraft

Unbestritten ist: Kontingenz und Vulnerabilitätserfahrungen prägen moderne Gesellschaften. Leiblichkeit, Gefühle, Schmerzen oder diverse Ängste gehören zur anthropologischen Grundausstattung jedes Menschen. Diese Grundausstattung muss jedes soziale Medium ernst nehmen und in angemessener Form verarbeiten. Das gilt auch und gerade für das Recht. Um die skizzierte Problemlage weiterentwickeln zu können, soll hier der Begriff der Resilienz herangezogen werden.⁶³ Resilienz gilt inzwischen als weiterer Schlüsselbegriff des 21. Jahrhunderts.⁶⁴ Unter Resilienz wurde zunächst die Widerständigkeit bestimmter natürlicher, technischer oder sozialer Systeme verstanden. Widerständig sind Systeme dann, wenn sie auch in Krisen- oder Stresssituationen in der Lage sind, einen systemspezifischen Gleichgewichtszustand wiederherzustellen oder zu erhalten, ohne dass grundlegende Strukturen und Funktionen aufgegeben werden. Charakteristisch für resiliente Systeme ist demnach, *dass sie sich verändern, ohne sich aufzugeben*, dass sie sich aber auch verändern müssen, um fortzubestehen.⁶⁵ Dieses Konzept von Widerständigkeit lässt sich auch auf das Recht übertragen. Widerständigkeit muss dazu (weitergehend als bei kriminologischen Konzepten) *freiheitlich* bestimmt werden. Resili-

63 Siehe nur K. Lewinski, Resilienz und Recht, Baden-Baden 2016 und R. Poscher et al. (Hrsg.), Resilienz in der offenen Gesellschaft, Baden-Baden 2012; zur fächerübergreifenden Debatte etwa U. Bröckling, Resilienz. Über einen Schlüsselbegriff des 21. Jahrhunderts, in: ders., Gute Hirten führen sanft, Berlin 2017, S. 113; H. Münkler/ E. Wassermann, in: Perspektiven der Sicherheitsforschung, S. 77. Zu verschiedenen Definitionsversuchen F. H. Norris u.a., Community Resilience as a Metaphor, Theory, Set of Capacities, and Strategy for Disaster Readiness, American Journal for Community Psychology 2008, S. 127.

64 So ausdrücklich Bröckling, Hirten, S. 113 f.

65 Bröckling, a.a.O.

enz des Rechts und der Rechte bedeutet danach zunächst, dass der Rechtsstatus des Subjekts und der Primat der Verfassung gerade in Krisen- und Stresssituationen mobilisiert werden muss, nur dann kann überhaupt von einer anpassungsfähigen, integrierenden Kraft des Rechts und des Gemeinwesens gesprochen werden.

Nun ist es nicht so, dass die Rechtstheorie bisher die Anpassungsfähigkeit und Integrationskraft des Rechts ausgeblendet hätte. Klar ist aber auch, dass diese Eigenschaften des Rechts vor allem auf die Idee einer *Abschirmungsnotwendigkeit* bezogen sind. D.h. individuelle oder kollektive Interessen werden primär in vulnerablen Lebensverhältnissen verortet, die frühzeitig – zukunftsgerichtet – gegen verschiedenartige Bedrohungslagen abgesichert werden müssen. Dass diese Erwägungen bei der Freiheitssicherung eine gewichtige Rolle spielen, soll gar nicht bestritten werden (es wäre auch wenig plausibel, das Vorsorgedenken als solches verabschieden zu wollen). Dass diese Perspektive dennoch ergänzungsbedürftig ist, zeigt ein, den rechtlichen Freiheitsbegriff einbeziehendes, Resilienzkonzept: Denn bei der Resilienz als handlungsleitendes Prinzip steht nicht das Abschirmungsinteresse an erster Stelle. Sie betont vielmehr die Notwendigkeit *systemischer Reflexivität* und *politischer Rationalität*. Resilienz geht es, wenn man so will, um die Stärkungen des „inneren Bindegewebes“ eines Systems.

„Während die Prävention heute interveniert, damit morgen die befürchteten Schäden nicht eintreten, will Resilienzförderung heute dazu befähigen, die möglicherweise morgen eintretenden Schäden besser zu bewältigen [...]. Sie sorgt dafür, dass die voraussichtlich geschädigten Individuen, Communities, Organisationen ... sie möglichst rasch und möglichst umfassend erholen; sie verbessert deren Widerstandsfähigkeit gegenüber künftigen Krisen und mutet ihnen die dazu erforderlichen Anpassungsleistungen zu. Kurzum: vorgebeugt wird nicht den Krisen- und Katastropheneignissen selbst, sondern ihren destabilisierenden und zerstörerischen Effekten.“⁶⁶

Rechtliche Resilienz bedeutet – auch wenn es paradox erscheinen mag –, dass die anthropologische Grundausrüstung der Menschen, die Vulnerabilität des Subjekts oder ganzer Gesellschaften nicht als natürlich gegebene Voraussetzung der freiheitlichen Ordnung angesehen werden kann. Die Stabilität eines Gemeinwesens in Krisen, aber auch in den alltäglichen Routinen des Rechtsstaates ergibt sich daraus, dass die Widerständigkeit und das Integrationsvermögen mit einer *freien, Orientierung gebenden Urteilskraft* verknüpft sind. Urteilskraft ist eine Form der gesellschaftlichen Selbstreflexion, wie sie etwa durch die Wissenschaften, den Rechtsstab und die politische Elite oder durch die Bürgerinnen und Bürger artikuliert wird. Urteilskraft ist funktional differenziert und gesellschaftsübergreifend. Das macht, um es klarzustellen, Individuen und Gesellschaften nicht weniger verletzlich.⁶⁷ Aber die Annahme einer solchen Urteilskraft verändert die Perspektive auf vul-

⁶⁶ Bröckling, Hirten, S. 115.

⁶⁷ Wie vehement auf das Konzept der Urteilskraft im politischen und rechtlichen Diskurs der *Corona-Krise* zurückgegriffen wird, zeigt die Bündelung und öffentliche Kommunikation verschiedentlich

nerable und gerade in Krisenzeiten verunsicherte Gesellschaften in zweifacher Weise:

Zum einen hilft sie zu verstehen, dass subjektive Rechte (als Grundrechte, Menschenrechte etc.) immer schon Teil einer normativen Ordnung sind, die Freiheit nicht einfach hinnimmt oder voraussetzt, sondern als einen Prozess der politischen Verständigung, vielleicht auch des Kampfes, und rechtlich-prozeduraler Konkretisierung begreift. Rechte sind das Ergebnis eines Handelns nach Gründen und einer demokratischen Urteilspraxis. Die Hervorhebung der Freiheit als Prozess (und d.h. als integratives und stabilisierendes Moment moderner Gesellschaften) verweist damit und zum anderen darauf, dass Sicherheit, Prävention und das gesamte Sorgeregime des liberalen Rechts keinen Selbstzweck oder Eigenwert darstellen, sondern ihre Bedeutung und ihre Funktionalität allein aus der Perspektive der allgemein geteilten Freiheitsüberzeugungen bezieht. Sicherheit, Prävention und Sorgeregime sind freiheitskonstitutiv oder sie zerstören sie.

II. Responsivität

1. Das Recht der Gesellschaft

Für den Umgang mit Freiheitsrechten in Krisenlagen, aber eben nicht nur dann, gilt deshalb: Alle geschützten Interessen sind als miteinander verflochtene Freiheitssphären (und gerade nicht als im Raum verteilte natürliche Güter) zu denken. Jede Form der Einschränkung von Rechten, der intervenierende und regulierende Eingriff durch Staat und Rechtstab, muss daher mit Abwägungs- und Verhältnismäßigkeitstechniken arbeiten, die sich in Krisenlagen, wie der *Corona*-Pandemie mit einem Handeln unter extremer Ungewissheit und deshalb auch mit nur vorläufigen Prognosen verbinden. Aber ein effektiver Freiheitsschutz verlangt mehr. Er verlangt vor allem die Rückbindung an das Prinzip der Selbstermächtigung der Bürgerinnen und Bürger. Auch in Krisenlagen (d.h. konkret in Situationen von erheblichen und massenhaften Gesundheitsgefährdungen durch hohe Ansteckungsgefahr) geht es deshalb nicht darum, unter dem Deckmantel eines Ausnahmezustandes nur die politische Interventionsmacht des Staates mit dem Zweck der Sicherheits- und Vorsorgegewährleistung durchzusetzen.⁶⁸ Wenn Freiheit die Legitimationsressource ist, die die Verfassung zur Verfügung stellt, dann müssen die Fragen der Freiheitseinschränkung auch in den Kommunikationsprozess zwischen Staat,

Expertise (der Virologen, der Sozialwissenschaftler, der Akademien, der Juristen usw.). Dass es hier zu vielfältigen Kontroversen um die Deutung der Pandemie und der Krise kommt, liegt nicht an dem Konzept der Urteilskraft, sondern an den jeweils zugrunde gelegten Wissensbeständen und Interessen.

68 C. Möllers/ F. Meinel, Eine Pandemie ist kein Krieg, Frankfurt Allgemeine Zeitung vom 20.3.2020.

Individuum und Gesellschaft eingespeist und dort ausgehandelt werden.⁶⁹ Das heißt nicht, dass jede Entscheidung der Exekutive auf die Zustimmung der Gesellschaft angewiesen ist. Es heißt jedoch, dass die Gesellschaft an den zentralen Entscheidungen der fortlaufenden Krisenbewältigung beteiligt werden sollte, sei es an der Verschärfung, der Lockerung oder an der Aufhebung von Beschränkungen. Daran zeigt sich der Grad an *Emanzipation*, den die Politik ihren Bürgern zuzugestehen bereit ist. Denn wie gesehen ist die Entwicklung und Durchsetzung von Freiheitsniveaus und konkreter Freiheitsverwirklichung das Ergebnis einer funktional differenzierten und gesellschaftsübergreifenden Urteilskraft.⁷⁰ Juristisch gesprochen geht es um die verfassungspolitische Inklusion gesellschaftlicher Interessen. Erst auf diese Weise kann aber die Widerständigkeit, die Stabilität und die integrativen Fähigkeiten eines Gemeinwesens mobilisiert werden. Mehr noch: Die generelle Präventions- und Sicherheitsannahme markiert nicht (mehr) das dominante Motiv, sie weitet sich vielmehr zur Einsicht in die Unvermeidlichkeit von Vulnerabilität, zu einem Bewusstsein von Freiheitsrechten und Freiheitsverwirklichung unter Risikobedingungen.

Das heißt nicht, dass die erlebte Bedürftigkeit der Subjekte, das Kontingenz- und Vulnerabilitätsbewusstsein ganzer Gesellschaften verleugnet werden sollte. Ein Recht, das sich auf die freie Urteilskraft bezieht, bringt die anthropologische Grundausstattung der Menschen nicht zum Verschwinden; und sollte das auch nicht versuchen. Aber es kann einen anderen Umgang mit Vulnerabilität, Angst und Unsicherheit veranlassen. Ein solches Recht ist responsiv und widerständig zugleich. Das hier vorgestellte Konzept kann in drei Ideen zusammengefasst werden: der *Idee der Mündigkeit*, des *normativen Vertrauens* und der *Idee der Solidarität*.⁷¹

2. Widerständigkeit und Emanzipation

Die Idee der Mündigkeit: Mündigkeit ist das Wissen um die emanzipatorische Kraft der eigenen Handlungsgründe. Das bedeutet jedenfalls zweierlei: Zum einen artikuliert sie die Fähigkeit, die eigene Lebensform aktiv zu gestalten, sie kritisch zu hinterfragen oder sie auch nur für Veränderungen offen zu halten. Insofern greift die Idee der Mündigkeit den Gedanken auf, dass wir als Rechtssubjekte grundsätzlich in der Lage und willens sind, uns über den Sinn und die Folgen selbstgewählter Ziele ein belastbares Urteil zu bilden. Mündigkeit ist Ausdruck für eine verantwortliche Interessensverwirklichung. Diese Selbstreflexivität sozialen

69 Verfassungsrechtliche Analyse und Kritik bei O. Lepsius, Vom Niedergang grundrechtlicher Denkkategorien in der Corona-Pandemie; <https://verfassungsblog.de/vom-niedergang-grundrechtlicher-denkkategorien-in-der-corona-pandemie> (6.4.2020).

70 B. Zabel, Das Volk oder die totemistische Maske der Demokratie, in: J. Bung/ M. Kuhli (Hrsg.), Volk als Konzept in Recht und Politik, Berlin/ New York 2020, S. 33.

71 Die nachfolgende Skizze knüpft an Überlegungen an, die zunächst in dem Text „Freiheit und Angst“ entwickelt wurden, der in Heft 4/2020 des ARSP erscheint.

Handelns und Urteilens ist keine Garantie für das Gelingen eines bestimmten Freiheitsprojekts; Mündigkeit ist kein einmal erreichter Zustand, der sich in der Konservierung individueller Freiheitsrechte erschöpft. Das gilt auch für Krisensituationen, wie sie Naturkatastrophen, Epidemien und individuelle Notlagen darstellen. Dennoch versteht es sich von selbst, dass wir in Krisen- und Notlagen anders reagieren, dass wir Ängste verspüren, mit Verunsicherungen zu kämpfen haben usw. Urteilskraft bestimmt sich immer auch nach den konkreten Umständen, *Urteilskraft ist kontextrelativ*. Je weiter sich diese Umstände von den Normallagen entfernen, desto eher sind wir bereit, unser Handeln an den Bedürfnissen zu orientieren, die der eigene Lebenskreis erfordert. Das Recht (zumal die Rechtspflege) kann diesen individuellen Motivationslagen Rechnung tragen, indem es situative oder temporäre *Unzumutbarkeiten* zugesteht. Aber auch dann gilt, dass das Recht den Einzelnen nicht primär als Angstsubjekt anspricht, sondern auf der Mündigkeit des Rechtssubjekts beharrt. Responsives Recht verschleiert damit die Freiheitsaporien und Vernunftzumutungen nicht, sondern trägt sie aus.

Die Idee des normativen Vertrauens: Gerade weil das Recht auch in Krisenzeiten auf der Mündigkeit des Rechtssubjekts besteht, kann es überhaupt ein wechselseitiges Vertrauensverhältnis geben. Vertrauen als Rechtsvertrauen artikuliert individuelle und kollektive Erwartungen an verlässliche normative Orientierung und Freiheitsschutz durch Institutionen. Als *Kontingenzbewältigungsressource* moderiert es verschiedene Perspektiven: die gesellschaftliche Perspektive der Rechtssubjekte und die Perspektive des Rechts als reflexiver Ordnung (Habermas). Die Perspektive der Rechtssubjekte umfasst nicht nur die Erwartung konkreter Rechtesicherung, so wie es die traditionelle liberale Position vertritt. Rechtssubjekte, die ein responsives Recht ermöglichen, besitzen und „investieren“ eine soziale *Ambiguitätstoleranz*. Diese Toleranz verweist auf die Fähigkeit, die Entfremdungsprozesse, die das Recht durch die Gesetze, die Sanktionen und Verfahren hervorbringt, grundsätzlich zu akzeptieren und gleichzeitig eine Anerkennungsbereitschaft (auch von Krisenverfassungen) aufzubringen. Gegen Giorgio Agamben und andere ist also darauf zu beharren, dass Interventionsmaßnahmen, etwa zur Pandemiebekämpfung, nicht als solche einer Repressions- und Machtstaatslogik folgen. Allerdings kann Anerkennungsbereitschaft der Gesellschaft nur angenommen werden, wenn Recht und Staat genau diese Erwartung einlösen.

Eine solche Anerkennungsbereitschaft weiß um die Stabilisierungs- und Schutzfunktion von Institutionen. Sie weiß zudem, dass das institutionelle Geflecht des Rechts nicht losgelöst von den gesellschaftlichen Freiheitsvorstellungen existieren kann. Institutionen sind Relaisstationen des Wissens und handlungsleitende Vertrauensspeicher auch und gerade in Krisenzeiten. Namentlich an den Institutionen zeigen sich aber auch die internen Spannungen, die das responsive Recht kenn-

zeichnen und die sie immer wieder zur Sprache bringen muss. Institutionen stellen Routinen der Rechtspflege auf Dauer. Damit wird aber häufig vergessen oder verdrängt, dass sie als Einrichtungen geronnener Praxis auf menschlichen und kollektiven Entscheidungen beruhen; dass sich in ihnen Macht zusammenballt und reproduziert. Insofern sind Rollen, in denen wir uns gesellschaftlich und im Rechtssystem (als Jurist*innen) bewegen, zwar notwendiger Teil liberaler Freiheitsorganisation, für den Einzelnen ebenso wie für die Gesellschaft als ganze. Sie können aber selbst zu Machtinstrumenten, zu Instrumenten der Rechtsverletzung und ideologischer Verselbständigung werden. Die Perspektive und das Interesse des Rechts müssen deshalb darauf gerichtet sein, den institutionellen Machtzuwachs zu begrenzen, die Zweiseitigkeit der Gewalt (als Verfassungs- und exekutive Gewalt) zur gesellschaftlichen Angelegenheit zu machen und Strukturen demokratischer Einflussnahme zu befördern.

Daraus ergibt sich zunächst, dass die Sorge-Infrastruktur des Rechts, angefangen bei der existenziellen Daseinsorge bis hin zur Gefahren- und Angstvorsorge ihre Berechtigung hat, soweit sie das Freiheits- und Rechtsschutzinteresse der Individuen *nicht autoritär* verwaltet. Entgegen einer orthodoxen Rechtskritik ist also darauf zu beharren, dass moderne Gesellschaften ohne Formen effektiver Konflikt- und Krisenintervention schwer denkbar sind. Die Lösung liegt nicht in der Feier des Anarchischen. Beharren sollen wir deshalb auch darauf, dass das Recht grundsätzlich geeignete (wenn auch nicht optimale) Techniken zur Verfügung stellen kann. Andererseits kann das Recht nur dann als reflexiv und vertrauenswürdig gelten, wenn es sich den eigenen autoritären Erfahrungen, den bestehenden Macht- und Hegemonieansprüchen, aber auch den Exzessen einer *Fürsorglichkeitsfreiheit* stellt. Wie überhaupt gilt, dass das Recht auch in Zeiten, in denen Gesellschaften unter Stress stehen und Politik in den Krisenmodus wechselt, für demokratische Kritik offenbleiben, Konflikte anerkennen und demokratische Verfahren zur ihrer Bewältigung bereithalten muss.

Die Idee der Solidarität: Die Widerständigkeit des Rechts zeigt sich besonders daran, dass es *Solidarität als Inklusionsmarker* des modernen Zusammenlebens anerkennt. Warum Solidarität? Solidarität kennen wir heute als gesellschaftlichen Kohäsionsverstärker, als Klebstoff der Gesellschaft. Das wird meist im moralischen oder politischen Sinne verstanden,⁷² weil das liberale Recht mit seiner individualistischen besitzbürgerlichen Drift dafür wenig oder gar keinen Raum bieten würde. Für ein widerständiges und responsives Recht ist eine solche Sicht der Dinge nicht zwingend. Nicht, weil dieses Recht die individuellen Freiheitsrechte missverstehen würde. Und nicht, weil es sich in Moral oder Politik verwandelt wollte. Ein re-

72 Zur Debatte R. Rorty, Kontingenz, Ironie und Solidarität, Frankfurt am Main 1989, S. 305 ff.; H. Brunkhorst, Solidarität. Von der Bürgerfreundschaft zur globalen Rechtsgenossenschaft, Frankfurt am Main 2002, S. 21 ff.

sponsives Recht beharrt auf einer anderen Motivationsbasis der handelnden Subjekte. Anders als traditionelle Projekte werden Recht, Gesellschaft und Solidarität auf dieser Basis in einer gemeinsamen kommunikativen Praxis verortet. Der solidarische Anteil wird nicht einfach vorausgesetzt – wie auch? –, er entsteht viel eher dadurch, dass die Subjekte die Interessen und Bedürfnisse artikulieren, die sie im Zuge einer Verwirklichung menschenwürdiger Lebensverhältnisse für unabdingbar halten. D.h. aber vor allem, dass sich freiheitliche Praxis und Subjekte *wechselseitig hervorbringen*; sich verändern und aufeinander einlassen.

Dieser Schritt ist keiner, der nur in Zeiten der Angst und der Krise zu gehen wäre. Aber in diesen Zeiten kann sich ein Recht neu erfinden, das Solidarität als elementare Praxis des modernen Zusammenlebens begreift. Natürlich wissen wir, dass das Recht Grenzen der Solidarisierung hat und auch haben muss. Im Recht gerinnen Freiheitsansprüche zu rechtensichernden und einklagbaren Garantien. Dennoch sehen wir – und das nicht nur in der Krise –, dass mit dem solidarischen Anteil die *integrative* Leistung des Rechts ganz allgemein angesprochen ist. Vor allem dann, wenn wir bereit sind, die Menschenwürde ihrerseits als rechtlichen Inklusionsbegriff zu verstehen oder wie Hannah Arendt sagt, als ein *Recht auf Rechte*.⁷³ Mit Arendt können wir darauf beharren, dass Rechtsverhältnisse eine eigene politische Energie haben. Solidarität als rechtlich gehegter Zusammenhalt bedeutet, dass die Zivilgesellschaft auch selbst *Verantwortung* für Vulnerabilität und Verunsicherung übernimmt. Dass es Bürgerinitiativen, Vereine, Interessensgruppen gibt, die ein Netzwerk bilden, das ein horizontales bürgerschaftliches Engagement realisiert. Über diesen „Krisenzusammenhang“ hinaus verweist die Idee rechtlicher Solidarität noch einmal an den Anfang unserer Überlegungen zurück. Denn am Beispiel der dort erwähnten *queer*- und Gender-Konzepte wird deutlich, wie eng Recht, Solidarität und ein immer wieder mobilisiertes Vulnerabilitätsbewusstsein miteinander verknüpft sein können; sei es in Fragen der Diskriminierung oder des Rassismus. Die zentrale Einsicht, die sich hieraus ableiten lässt, könnte so lauten: Im Umgang mit Angst und Vulnerabilität zeigt sich nicht nur das Freiheitsniveau von Recht und Gesellschaft. Es zeigt sich auch, inwiefern beide, Recht und Gesellschaft, Kritik produktiv verarbeiten und Krisentransformationskräfte freisetzen können.⁷⁴

E. Zusammenfassung

Vulnerabilität ist ein Schlüsselbegriff liberaler Gemeinwesen. In der gängigen Deutung sollen Recht und Rechtsstaat individuelle Freiheit absichern. Ein genauer Blick auf liberale Gesellschaften macht deutlich, dass Vulnerabilität kein dem

73 H. Arendt, Ursprünge und Elemente totaler Herrschaft, 18. Aufl., München 2015, S. 618.

74 W. Brown, Die Paradoxien der Rechte ertragen, in: Christoph Menke/ Francesca Raimondi (Hrsg.), Die Revolution der Menschenrechte, Berlin 2011, S. 454.

Recht äußerliches Phänomen ist. Recht und Staat reagieren mit ihrem Freiheitsschutzkonzept nicht nur auf bestehende Vulnerabilität, sondern schaffen auch eine neue Verletzlichkeit. Gerade am Beispiel der aktuellen Krisen- und Angstbewältigung lässt sich zeigen, wie aus der Freiheitsgarantie des Rechts ein Sorgeregime entsteht, das freiheitsnegierenden Tendenzen erheblich Vorschub leistet. Die Idee eines widerständigen Rechts bezieht sich dagegen auf einen Begriff von Resilienz, der Vulnerabilität und Sicherheit mit einer freien und öffentlichen Urteilskraft verbindet.