

II.  
Körper und Person  
Zur Dialektik von Ausnahmezustand  
und Menschenrechten



# 3. Körper, Staat, Nation: Kritiken der Menschenrechte

## 3.1 Die Einschreibung der Ausnahme in den Text der Rechte

Der Gegenstand dieses Teils des Buches sind nicht Theorien, welche die Menschenrechte in ihren verschiedenen – juristischen, moralischen und politischen – Dimensionen ihrer Geltung analysieren und auf dieser Grundlage eine normative Rekonstruktion und Begründung der Menschenrechte anstreben. Vor dem Hintergrund des ersten Teils gilt das Interesse in den folgenden Kapiteln vielmehr dem Verhältnis, das zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand besteht. Dieses Verhältnis kann auf zwei unterschiedliche Weisen in Betracht kommen. Zum einen können Ausnahmezustand und Menschenrechte als Gegensätze untersucht werden: Der Fokus liegt dann darauf, wie die Menschenrechte und ihre Anrufung sich dem Zugriff staatlichen Handelns, das sich besonders unter den Bedingungen des Ausnahmezustands realisiert, entgegenstellen, und wie auf der anderen Seite die Logik des Ausnahmezustands gerade darin liegt, die Einschränkung oder Suspension grundrechtlich garantierter Menschenrechte zu ermöglichen.<sup>1</sup> Zum anderen können Ausnahmezustand und Menschenrechte darauf hin befragt werden, wie sie – in ihrer Eigenschaft als Bestandteile staatlicher Rechtsordnungen – *beide* in den Dienst dieser Rechtsordnung bzw. des Staates selbst gestellt werden können. In den Fällen, in denen dies geschieht, erscheinen sie nicht als gegenläufige Phänomene, sondern liegen, als Komponenten derselben Strategie, auf einer Linie. In den folgenden Kapiteln liegt der Fokus auf dieser zweiten Weise, das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten zu untersuchen. Unter diesem Gesichtspunkt erscheint nicht nur der Ausnahmezustand problematisch, da in ihm grundlegende Rechte suspendiert werden; es fällt auch ein ambivalentes Licht auf die Menschenrechte, insofern sie zum Ausnahmezustand nicht nur in einem gegensätzlichen,

1 Berühmtes Beispiel für diese Möglichkeit der Suspension von Rechten ist Art. 48 Abs. 2 der *Weimarer Reichsverfassung*, in dem die Befugnisse des Reichspräsidenten im Fall der Gefährdung der »öffentlichen Sicherheit und Ordnung«, d.h. im »Ernstfall«, geregelt sind. Die Befugnisse betreffen die vorübergehende Außerkraftsetzung der in den Artikeln 114, 115, 117, 118, 123, 124 und 153 festgelegten Grundrechte, insbesondere der Unverletzlichkeit der Freiheit der Person und der Wohnung, des Brief- und Fernsprecheheimnisses, der Meinungs-, Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit sowie der Garantie des Eigentums.

sondern auch in einem komplementären Verhältnis stehen. Eine Perspektive, die dieses Verhältnis in den Blick nimmt, ist kritisch. Die Kritik zielt darauf, die Menschenrechte aus ihrer zweideutigen Verbindung zum Ausnahmezustand zu lösen und in eindeutige Opposition zu bringen.

In einem ersten Schritt gilt es allerdings das zweideutige Verhältnis deutlich zu machen, das zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand besteht. Es ist zu zeigen, inwiefern nicht zutrifft, was auf den ersten Blick der Fall zu sein scheint: Dass der Ausnahmezustand, weil er die Suspension von Grund- und Menschenrechten bedeutet, den Menschenrechten in jeder Hinsicht diametral entgegengesetzt ist. Wie aber ist die Komplementarität zu verstehen? Greifbar wird sie zunächst auf Ebene der juridisch maßgebenden Texte bzw. an den Möglichkeiten ihrer Auslegung und Anwendung. Von dieser textlichen Ebene her soll die Komplementarität hier zunächst aufgegriffen werden, bevor ich mich ihr vor diesem Hintergrund im folgenden Kapitel in Auseinandersetzung mit der Kritik der Menschenrechte bei Arendt und Agamben nähere.

Die Möglichkeit der Ausnahme ist den Menschenrechten nicht äußerlich, sondern ihnen eingeschrieben: In den internationalen Menschenrechtsverträgen bricht sich die Unverbrüchlichkeit der Rechte an der Berücksichtigung des besonderen, ausnahmsweise auftretenden Falles. Sehr ähnlich wie innerhalb der internationalen Menschenrechtsverträge ist die Ausnahme in Grundrechtskatalogen mancher nationaler Verfassungen geregelt. Ausführlich werde ich dabei auf die Verfassung der Republik der Türkei eingehen, auf Grundlage von deren damaligem Art. 120 am 20. Juli 2016 der Ausnahmezustand erklärt wurde.<sup>2</sup> Dieser trat am 21. Juli 2016 zunächst für drei Monate in Kraft und wurde darauf über zwei Jahre hinweg, bis zu seinem Ende am 19. Juli 2018, insgesamt sieben Mal verlängert.

Als erstes wende ich mich allerdings den internationalen Menschenrechtsverträgen zu. Wenn in ihnen nicht nur die grundlegenden Rechte, sondern auch der Ausnahmezustand geregelt ist, so ist damit intendiert, die Rechte vor willkürlicher Einschränkung und Suspension zu schützen. Doch werden die betreffenden Artikel in nationalen Ausnahmezuständen auch in Anspruch genommen, um fragwürdige oder unzulässige Maßnahmen mit dem Schein völkerrechtlicher Rechtfertigung auszustatten.

- 2 In der mit dem Referendum vom 16. April 2017 erheblich geänderten Verfassung ist Art. 120 im Zug einer Neuregelung des Notstands entfallen. Darauf wird weiter unten zurückzukommen sein. Die geänderte Verfassung soll nach den nächsten Parlaments- und Präsidentschaftswahlen in Kraft treten. Der Wandel der alten Verfassungsordnung setzt allerdings bereits davor ein; vgl. dazu Christian Rumpf, *Die Verfassungsänderung 2017* (Stand 04.04.2018), 3f., <http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassungsänderung.pdf>; abgerufen am 30.04.2018, im Folgenden zitiert als Rumpf 2018.

Die Integration der Ausnahme in den Kern der Rechte ist damit, wenn nicht der Absicht, so doch der Wirkung nach ambivalent. Diese Ambivalenz soll hier erläutert werden.

*Kategorien der Menschenrechte: liberal, sozial, politisch*

Wie die Ausnahme in den Innenbereich der Verträge aufgenommen wurde und welche Verbindung von Ausnahmezustand und Menschenrechten daraus resultiert, möchte ich einerseits auf globaler, andererseits auf regionaler, europäischer Ebene nachzeichnen. Auf beiden Ebenen findet sich dieselbe Trennung von *liberalen* und *sozialen* Menschenrechten. Während die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 die bürgerlich-politischen Rechte und die ökonomisch-sozialen Rechte noch in einen gemeinsamen Text brachte, sind diese beiden Typen von Rechten später textlich in jeweils separaten Verträgen festgehalten.<sup>3</sup> Auf globaler Ebene sind die liberalen Rechte im UN-Zivilpakt (*Internationaler Pakt über bürgerliche und politische Rechte*) aufgeführt. Dieser Pakt enthält Abwehrrechte gegen staatliche Übergriffe (etwa Schutz vor Folter oder vor rechtswidrigen Eingriffen ins Privatleben), bürgerliche Freiheitsrechte (etwa Meinungs-, Religions- und Versammlungsfreiheit) sowie Rechte der Staatsbürger\_innen auf politische Mitbestimmung (das Recht auf Zugang zu öffentlichen Ämtern und das Recht zu wählen und gewählt zu werden). Die sozialen oder ›materiellen‹ Rechte stehen dagegen im UN-Sozialpakt (*Internationaler Pakt über wirtschaftliche, soziale und kulturelle Rechte*). Die hier vereinbarten Rechte richten sich auf wirtschaftliche Sicherheit, soziale und kulturelle Teilhabe (so die Rechte auf Arbeit, auf Sozialversicherung, auf einen angemessenen Lebensstandard, auf den bestmöglichen Gesundheitszustand sowie auf Bildung). In analoger Weise findet sich die Aufteilung, die durch die beiden UN-Pakte gegeben ist, auf der europäischen Ebene. Während die *Europäische Menschenrechtskonvention*<sup>4</sup> (EMRK) die liberalen Freiheitsrechte enthält,

3 Der Grund für diese Auftrennung ist im historischen Kontext zu suchen, in dem die Verträge entstanden sind: In der Auffassung des Verhältnisses von Gesellschaft und Individuen bestanden zwischen den sozialistischen Staaten im Osten und den liberalen Staaten im Westen erhebliche Differenzen: »So forderten westliche Staaten in erster Linie staatsbürgerliche und politische Rechte [...], während östliche Staaten in erster Linie wirtschaftliche und soziale Menschenrechte einforderten«. (Riedel 2008, 74) Auf dieser Grundlage war eine einheitliche Betrachtung der Menschenrechte nicht mehr möglich. Die westlichen Staaten setzten die Aufteilung in zwei Verträge durch, was sich zuerst auf der Ebene der beiden UN-Pakte geltend machte. (vgl. Henkin 1981, 9f.)

4 Deutlich weniger präsent als im UN-Zivilpakt sind in der EMRK die politischen Teilnahmerechte. Allerdings ist das Recht auf freie und geheime

sind die sozialen Rechte in der *Europäischen Sozialcharta* (ESC) aufgeführt, deren revidierte Fassung 1999 in Kraft trat.<sup>5</sup> Auf diesen vier Verträgen liegt der Fokus der folgenden Überlegungen.<sup>6</sup>

Mit der vertraglichen Trennung der beiden Typen von Menschenrechten ging bisher ihre unterschiedliche Durchsetzbarkeit einher. Sowohl mit Blick auf die globale wie die europäische Ebene halten Andreas Fischer-Lescano und Kolja Möller fest: »The separate institutional handling of the two categories of rights shows that, while liberal human rights are conceived of as ›hard‹ actionable rights, social rights are often reduced to the status of non-actionable ›non-rights‹, which robs them of their normative clout.« (Fischer-Lescano und Möller 2016, 29) Dieser unterschiedliche Stellenwert steht in Spannung zur allgemein anerkannten Idee der gegenseitigen Abhängigkeit und damit Unteilbarkeit der liberalen, sozialen sowie politischen Menschenrechte.<sup>7</sup>

Die globale und die europäische Linie haben neben der vertraglichen Aufteilung der Rechte eine weitere Gemeinsamkeit: die Bezugnahme

Wahlen in Art. 3 des Zusatzprotokolls zur EMRK vom 20. März 1952 enthalten, das 1954 in Kraft trat und von allen Vertragsparteien (bis auf die Schweiz und Monaco, Stand vom 21.03.2018) ratifiziert worden ist; vgl. European Treaty Series Nr. 009.

- 5 In der revidierten Fassung finden sich neu Bestimmungen u.a. zur Chancengleichheit und Gleichbehandlung, zum Kündigungsschutz, zum Recht der Arbeitnehmer\_innen auf Beteiligung an der Festlegung und Verbesserung der Arbeitsbedingungen, zum Recht älterer Menschen auf sozialen Schutz sowie zum Recht auf Wohnung. Von Deutschland wurde diese revidierte Fassung bisher nicht ratifiziert; vgl. European Treaty Series Nr. 163.
- 6 Der *International Covenant on Civil and Political Rights* (UN-Zivilpakt) trat am 23. März 1976 in Kraft, der *International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights* (UN-Sozialpakt) am 3. Januar 1976. Die *Europäische Menschenrechtskonvention*, die im Rahmen des Europarats ausgearbeitet wurde, trat am 3. September 1953 in Kraft, die *Europäische Sozialcharta* am 26. Februar 1965.
- 7 Zur Frage der Unteilbarkeit der Menschenrechte vgl. Lohmann 2005. Es gibt verschiedene, zumeist dreiteilige Systematisierungen der Menschenrechte: Die Unterteilung in liberale (oder individuelle) Freiheitsrechte, soziale Teilhaberechte und politische Teilnahmerechte wurde nach dem Zweiten Weltkrieg maßgeblich von Thomas Marshall entwickelt. (vgl. Marshall 1992) Ebenfalls einflussreich ist die von Henry Shue vorgeschlagene Unterteilung der Rechte nach den ihnen korrespondierenden Pflichten: Unterlassungs-, Schutz- und Hilfspflichten. (vgl. Shue 1980) Schließlich werden die Rechte in historischer Perspektive auch nach drei Generationen unterschieden: erstens die liberalen Abwehr- und bürgerlichen Freiheitsrechte, zweitens die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen Rechte, drittens die Rechte mit einer kollektiven Dimension (etwa das Recht auf eine lebenswerte Umwelt oder auf Entwicklung). (vgl. Riedel 1989) Die Systematisierung in

auf die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* als »dasjenige Dokument, das die Grundlage aller gegenwärtigen Menschenrechtspolitik ist«. (Menke und Pollmann 2008b, 16f.) Die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* wurde als Resolution der UN-Generalversammlung (Res 217 A (III)) am 10. Dezember 1948 in Paris verabschiedet. Sie stellt die Reaktion auf eine historische Zäsur dar, auf eine, so Christoph Menke und Arnd Pollmann, in der ganzen Welt wahrgenommene Katastrophenerfahrung: »Diese Katastrophe ist der politische Totalitarismus – vor allem der nationalsozialistische, aber auch der stalinistische –, dessen Sieg über die liberale Demokratie für einige Jahre eine unmittelbare, realpolitische Bedrohung war.«<sup>8</sup> (ebd., 16) Dass »die Nichtanerkennung

drei Typen von Rechten geht auf Georg Jellinek (vgl. Jellinek 1905, 86f.) zurück, der sie anhand des innerstaatlichen Bereichs, d.h. im Hinblick auf die staatsbürgerlichen Grundrechte, entwickelt hat: Der *status negativus* des über subjektive Grundrechte verfügenden Bürgers bezieht sich auf diejenigen Rechte, die ihn vor dem Eingriff des Staates schützen (etwa Folterverbot und Religionsfreiheit), der *status activus* ist auf diejenigen Rechte bezogen, welche die Mitwirkung im politischen Gemeinwesen garantieren sollen (Recht auf Wahlen und Zugang zu Ämtern), der *status positivus* ist mit denjenigen Rechten verbunden, die den Staat verpflichten, bestimmte Leistungen zu erbringen (z.B. Recht auf Arbeit, auf Sozialversicherung oder auf Bildung). Diese Unterscheidung dreier *status* und der damit verbundenen Typen von Rechten – die sogenannte Statustheorie – ist ebenfalls bis in die gegenwärtige Diskussion wirksam geblieben.

- 8 Menke und Pollmann richten sich explizit gegen eine ältere, aber noch wirksame »Standarderzählung« der Geschichte der Menschenrechte, wie sie etwa Norberto Bobbio (Bobbio 1998) vertritt. Diese Geschichte ist eine Geschichte der Kontinuität und der Komplementarität. Sie ist *kontinuierlich*, weil sie beim philosophischen Naturrecht im 17. Jahrhundert ansetzend über die Menschen- und Bürgerrechtserklärungen des Amerika und Frankreich des 18. Jahrhunderts zur internationalen Menschenrechtspolitik des 20. Jahrhunderts führt. Und sie ist *komplementär*, weil sie zwei Elemente – die Theorie universeller natürlicher Rechte und die Praxis rechtsstaatlicher Positivierung – immer enger verknüpft. Demgegenüber sehen heute viele den Totalitarismus und den Zweiten Weltkrieg als historischen Bruch an, mit dem die politisch-rechtliche Gegenwart der Menschenrechte unter völlig veränderten, mithin internationalen Vorzeichen einsetzt. (vgl. etwa Krajewski 2017, § 2, S. 42 sowie schon Grewe 1984, 749f.) Als Gründungsdokument dieser neuen Epoche gilt die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948. (vgl. Krajewski 2017, § 12, S. 288 und Menke und Pollmann 2008b, 11–17) Samuel Moyn datiert den Durchbruch der Menschenrechte als »letzter Utopie« noch deutlich später, auf das Ende der 1970er Jahre und sieht dies im Zusammenhang damit, dass zu dieser Zeit andere gesellschaftsverändernde Programme wie etwa der Realsozialismus an Überzeugungskraft verloren hatten. Auch Moyn unterstreicht dabei die Distanz der

und Verachtung der Menschenrechte zu Akten der Barbarei geführt haben, die das Gewissen der Menschheit mit Empörung erfüllen«, war für die UN-Generalversammlung, wie es in der Präambel heißt, ein Grund zur Verkündung der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*. Heute gilt diese Erklärung »im Kern als Völkergewohnheitsrecht«. (Krajewski 2017, § 12, S. 288; ebenso Kokott 1999, 180) Zugleich bildet sie die Grundlage für die weitere internationale Kodifikation von Menschenrechten. Die in ihr formulierten liberalen, sozialen und (zumindest ansatzweise vorhandenen) politischen Rechte wurden in den beiden genannten UN-Pakten sowie in der EMRK und ESC konkretisiert und in Völkervertragsrecht umgesetzt. (vgl. Krajewski 2017, § 12, S. 288–291) Auf regionaler Ebene bestehen neben den europäischen Verträgen die *Afrikanische Charta der Rechte der Menschen und Völker*, die *Amerikanische Menschenrechtskonvention* und die *Arabische Menschenrechtscharta*. Ich beschränke mich hier allerdings auf die UN- sowie auf die europäische Ebene, da ich mich unten mit den Ausnahmeständen in der Türkei und, etwas weniger ausführlich, in Frankreich befassen werde.

Insofern nach Art. 38 Abs. 1 des *Statuts des Internationalen Gerichtshofs* sowohl Völkerrechtsverträge als auch Völkergewohnheitsrecht zu den völkerrechtlichen Rechtsquellen gehören, stellt die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* wie die auf sie folgenden internationalen Verträge verbindliches, Rechte und Pflichten begründendes Völkerrecht dar. Gegenüber dem Völkergewohnheitsrecht kommt dem Völkervertragsrecht allerdings eine höhere Verbindlichkeit zu.<sup>9</sup> (vgl. Krajewski 2017, § 4, S. 90) In ihren Präambeln schließen sowohl die beiden UN-Pakte als auch die EMRK ausdrücklich an die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* an.<sup>10</sup> Die Anknüpfung ist bei den beiden UN-Pakten insofern direkter, als sie ein Produkt derselben Institution bilden, die auch die *Allgemeine Erklärung* hervorgebracht hat. Die Pakte legen in ihren Präambeln jeweils die Erkenntnis zugrunde, dass sich die Postulate der *Allgemeinen Erklärung* nur durch Bedingungen verwirklichen lassen, unter denen jede ihre Rechte – die wirtschaftlichen, sozialen und kulturellen ebenso wie die bürgerlichen und politischen Rechte – »genießen kann«. Diese Bedingungen herzustellen, ist das Ziel der beiden UN-Pakte. Demselben Ziel dient die Schaffung von Möglichkeiten, die

Gegenwart der Menschenrechte zum frühneuzeitlichen Naturrecht einerseits und zu den Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts andererseits. (vgl. Moyn 2010)

- 9 Über die verschiedenen menschenrechtlichen Vertragsorgane auf globaler und regionaler Ebene sowie die Instrumente ihrer Durchsetzung vgl. übersichtlich Kälin und Künzli 2013, 239–275.
- 10 In der Präambel der *Europäischen Sozialcharta* geschieht dies dagegen nur vermittelt durch die Bezugnahme auf die *Europäische Menschenrechtskonvention*.

Verletzung der Menschenrechte vor ein Gericht zu bringen, etwa im Rahmen sogenannter Individualbeschwerdeverfahren.<sup>11</sup> Für den UN-Zivildpakt trat ein zusätzliches, fakultatives Protokoll, das die Einrichtung solcher Verfahren vorsieht, im Jahr 1976, für den UN-Sozialpakt erst im Jahr 2013 in Kraft.<sup>12</sup> Dass es fast vier Jahrzehnte länger dauerte, bis ein Fakultativprotokoll die Einklagbarkeit sozialer Menschenrechte auf den Weg brachte, ist mit der erwähnten Uneinigkeit zu erklären, ob soziale Teilhaberechte – im Unterschied sowohl zu den bürgerlichen Abwehr- und Freiheitsrechten als auch zu den politischen Teilnahmerechten – sich überhaupt für die Form justiziabler subjektiver Rechte eignen oder doch nur den Status rechtlich unverbindlicher Ziele beanspruchen können.<sup>13</sup>

Fest steht, dass auch die Fixierung der Menschenrechte in Völkerrechtsverträgen und die Möglichkeit, diese Rechte einzuklagen, noch nicht ihre faktische Beachtung garantieren. Mit der Rechtskraft geht die faktische Kraft nicht unmittelbar einher, denn es fehlen auf internationaler Ebene die Organe der Durchsetzung, die im nationalen Rahmen zur Verfügung stehen. Zwar kann faktische Bindung mittels Sanktionen und Interventionen erreicht werden, doch stehen dem meist überwiegender ökonomische und geostrategische Interessen entgegen. Einer rechtlich verbindlichen Geltung steht faktisch eine in mancher Hinsicht weitgehend willkürliche Beachtung gegenüber.

Diese willkürliche Beachtung vereinbarter Menschenrechte hat allerdings nicht allein eine faktische, sondern selbst eine rechtliche Seite. Dieser rechtlichen Seite gilt das Interesse der folgenden Überlegungen. Es geht dabei um die Weise, in der sich ein *Recht* auf faktische Nichtbeachtung in die rechtliche Geltung der Rechte selbst einschreibt. Die faktische Nichtbeachtung durchbricht nicht nur von außen die Normativität der Rechte, sondern wird in der juridischen Geltung ›mitkodifiziert‹. Die Ausnahme geht ein in die Normalität des Rechts: dies aber nicht so, dass an die Stelle des normalen Funktionierens des Rechts der

11 Generell zur Bedeutung der Einklagbarkeit von Rechten vgl. Sheplyakova 2016.

12 Der jeweilige Ratifikationsstatus der Protokolle wie auch der Verträge ist in der United Nations Treaty Collection, der Vertragssammlung der Vereinten Nationen einsehbar (online unter <https://treaties.un.org>; abgerufen am 07.05.2018). Über den aktuellen Stand der verschiedenen Menschenrechtsabkommen informiert ferner die Webseite des Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR): <http://www.ohchr.org>; abgerufen am 07.05.2018.

13 In dieser Frage spielte auch der oben erwähnte politische Konflikt zwischen östlichen und westlichen Staaten eine wichtige Rolle. (dazu Riedel 2008) Was die letzten 25 Jahre betrifft, sind hinsichtlich der Anerkennung der juridischen Geltung sozialer Rechte durchaus Fortschritte zu verzeichnen. (vgl. Fischer-Lescano und Möller 2016, 29)

Ausnahmestand träte; und auch nicht so, wie Agamben meint, dass die Norm selbst nichts anderes wäre als die Ausnahme und mit ihr identisch wird. Die Ausnahme gehört der Norm vielmehr in der Weise zu, dass sie diese *innerlich* durchbricht. Es handelt sich um eben die Weise, in der Schmitt den Funktionsmodus der bürgerlich-rechtsstaatlichen Verfassung beschrieben hat: als eine innerliche Durchbrechung der (rechtsstaatlichen) Normativität; als eine faktische Durchbrechung, die, weil sie sich im Innern der Normativität vollzieht und zu ihr gehört, selbst rechtlichen Charakter annimmt. Für Schmitt, den emphatischen Fürsprecher des Ausnahme-Moments, liegt darin der Geltungsgrund aller Normativität und das, im doppelten Sinn, *Positive* des Rechts. Schmitts Deutung ist instruktiv, gerade um das Verhältnis von Ausnahmestand und Menschenrechten (das ihn nicht interessiert hat, weil er von letzteren wenig hielt) angemessen zu verstehen. Allerdings geht es Schmitt um eine spezifische Konsequenz: um den normativen Vorrang der Durchbrechung gegenüber der durchbrochenen Normativität und damit auch um den nicht bloß faktischen, sondern *normativen* Vorrang der Ausnahme vor der Norm. Dem soll hier widersprochen werden. Dass innerhalb der Menschenrechtsverträge eine faktische Durchbrechung der Rechte *normativen* Gehalt gewinnt, ist problematisch und diese Problematik gilt es sichtbar zu machen und zu benennen.

Zunächst gilt es eine Unterscheidung einzuführen: Die normative Regelung der Nichtbeachtung der Menschenrechte kann drei Formen annehmen. Sie kann erstens in Form der *Vorbehalte* erfolgen. Die Vertragsstaaten können bei der Unterzeichnung oder im Rahmen ihrer jeweils einzelstaatlichen Ratifizierung der Verträge Vorbehalte zu den einzelnen Bestimmungen formulieren, insbesondere wenn ein national geltendes Gesetz der jeweiligen Bestimmung widerspricht. Die nationalstaatliche Beachtung der internationalen Verträge geht so mit Ausnahmen einher. Die Möglichkeit ist dabei, etwa in Art. 57 Abs. 1 der *Europäischen Menschenrechtskonvention*, im Vertrag selbst geregelt. Die Vorbehalte bedeuten eine Ausnahme von der Geltung in dem Sinn, dass von vornherein gewisse Bestimmungen, auf einzelstaatlicher Ebene, von der Geltung ausgenommen werden. Neben den Vorbehalten bestehen zwei weitere Formen, in der die Möglichkeit zur faktischen Nichtbeachtung rechtlich in Geltung gesetzt wird. Dies sind zum einen die *Einschränkungen*, zum anderen die ausdrücklichen *Ausnahmeregelungen*. Anders als die Vorbehalte funktionieren sie beide nicht so, dass einzelne Bestimmungen von Anfang an aus dem Geltungsbereich ausgeschlossen werden. Vielmehr geht es hier darum, dass von den Rechten, deren Geltung *anerkannt* und durch Ratifikation *in Kraft* gesetzt ist, unter bestimmten Umständen Ausnahmen gemacht werden. Diese Formen der Ausnahme schreiben sich tiefer in die rechtliche Geltung der Menschenrechte und in ihre Vertragstexte ein. Auf sie werde ich

mich im Folgenden konzentrieren. Dabei wende ich mich zunächst den UN-Pakten und anschließend vor allem der *Europäischen Menschenrechtskonvention* zu. In dieser wird die rechtliche Unverbindlichkeit noch tiefer eingeschrieben, nämlich ins Recht auf Leben als dem grundlegendsten der Rechte.

*Ausnahme und Einschränkung: Die Menschenrechtspakte  
der Vereinten Nationen*

Während sich Einschränkungen in beiden UN-Pakten finden, besteht eine Ausnahmeregelung, das heißt ein eigener Ausnahmeartikel, nur im Zivilpakt. Zunächst gilt es die Frage zu klären, warum das so ist. Aufschlussreich ist dafür ein Vergleich der jeweiligen Artikel 4 der beiden Pakte.<sup>14</sup> Denn während Art. 4 des UN-Sozialpakts die Möglichkeit der *Einschränkung* der im Vertrag anerkannten Rechte regelt, eröffnet Art. 4 des UN-Zivilpakts als *Ausnahmeartikel* die Möglichkeit, bei einem öffentlichen Notstand, »der das Leben der Nation bedroht«, die aus dem Pakt erwachsenden Verpflichtungen bis auf wenige außer Kraft zu setzen. In beiden Fällen gilt: Die *Einschränkung* der Rechte wie die *Aufhebung* der Verpflichtung ändern nichts an der Geltung des Vertrags. Sie erfolgen allein für den Staat bzw. die Staaten, die von dieser Möglichkeit Gebrauch machen. Für alle anderen beteiligten Staaten bleibt die Verpflichtung, die Rechte vollumfänglich zu wahren, dagegen intakt.

Verglichen mit der Einschränkung (in Art. 4 Sozialpakt) stellt die Ausnahmezustandsregelung (in Art. 4 Zivilpakt) das radikalere Instrument dar: Im erklärten Ausnahmefall können Maßnahmen erlassen werden, welche die Verpflichtung der Vertragsstaaten nahezu vollständig streichen. Eine Einschränkung darf dagegen nur dann stattfinden, wenn sie gesetzlich vorgesehen ist, und nur so weit reichen, wie es das Gesetz zulässt. Während die Maßnahme im erklärten Ausnahmefall das Gesetz ersetzt, bleibt das Gesetz bei der Einschränkung gerade maßgebend. Diese *gesetzliche* Schranke der Einschränkung bringt es mit sich, dass die vereinbarten Rechte nicht in ihrer Vielzahl, sondern nur einzeln angetastet werden können. Und es heißt ferner, dass sie nicht in beliebiger, sondern

14 Art. 4 folgt jeweils auf die Garantie des Selbstbestimmungsrechts der Völker (Art. 1); auf die Verpflichtung der Vertragsstaaten, die im jeweiligen Pakt anerkannten Rechte zu achten (Art. 2); und auf die Verpflichtung, die »Gleichberechtigung von Mann und Frau« bei der Ausübung der festgelegten Rechte sicherzustellen (Art. 3).

nur in *bestimmter* Weise eingeschränkt werden können: nur generell-abstrakt und nicht individuell-konkret. Art. 4 des Sozialpakts erklärt:

»Die Vertragsstaaten erkennen an, dass ein Staat die Ausübung der von ihm gemäß diesem Pakt gewährleisteten Rechte nur solchen Einschränkungen unterwerfen darf, die gesetzlich vorgesehen und mit der Natur dieser Rechte vereinbar sind und deren ausschließlicher Zweck es ist, das allgemeine Wohl in einer demokratischen Gesellschaft zu fördern.«

Neben dem Erfordernis einer gesetzlichen Grundlage muss die *Natur* der Rechte (*the nature of these rights, la nature de ces droits*), das für sie wesentliche Anliegen, unberührt bleiben. Als Kriterium der Einschränkung ist ferner das öffentliche, demokratisch verstandene Interesse genannt. Die Einschränkung ist damit nur beschränkt möglich. Es liegt nahe anzunehmen, dass eine stärkere Einschränkung nicht möglich ist, weil sie nicht nötig ist. Dann stellt sich die Frage, warum keine Notwendigkeit besteht, die in diesem Pakt garantierten Rechte stärker einzuschränken. Der Grund dafür könnte darin gesehen werden, dass der Sozialpakt selbst sich eher als Programm denn als Vorschrift versteht. Er zielt nicht auf seine sofortige Durchsetzung, sondern auf eine schrittweise Umsetzung. Dies wird in den Artikeln des vierten Teils des Sozialpakts deutlich. Angestrebt sind, wie es in Art. 22 heißt, »international measures likely to contribute to the effective progressive implementation of the present Covenant«. Gemäß Art. 16f. sind die Vertragsstaaten verpflichtet, über die Fortschritte zu informieren, die in der Beachtung der vereinbarten Rechte erreicht wurden. Die Rechte des Sozialpakts stärker einschränkbar zu machen, ist, so ließe sich argumentieren, nicht nötig, weil die effektive Geltung dieser Rechte beschränkt ist. Einer solchen Argumentation liegt die Annahme zugrunde, dass die Effektivität der Rechte von der Möglichkeit abhängt, sie gerichtlich durchzusetzen.

Durch diese Annahme wird allerdings, wie Ulrike Davy eingewandt hat, die Effektivität außergerichtlicher Instrumente zum Schutz der Menschenrechte unterschätzt, während die unmittelbare Wirkung gerichtlicher Kontrollmechanismen überschätzt wird. So lassen sich auch die Urteile des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (EGMR) nicht mit Zwang vollstrecken, sondern sind darauf angewiesen, dass »sich die Staaten dazu entschließen, das Urteil zu befolgen«. (Davy 2011, 257) Diese Bereitschaft zur Befolgung ist auch im Fall der Urteile des EGMR relativ begrenzt. (vgl. ebd., 247f.) Dagegen kann von außergerichtlichen Berichtsverfahren beträchtlicher Einfluss ausgehen. Dies sticht gerade am Berichtsverfahren zum UN-Sozialpakt ins Auge, dessen Rechte »als besonders schwach« gelten. (ebd., 252f.) Wie bei anderen Berichtsverfahren sind hier die Vertragsstaaten aufgefordert, über die Implementierung der vereinbarten Rechte regelmäßig, und zwar mündlich, Bericht

zu erstatten. Dabei ist die Teilnahme von Nichtregierungsorganisationen erlaubt, die zudem schriftliche Parallelberichte, sogenannte ›Schattenberichte‹ einreichen können. Die seit Anfang der 1990er Jahre vom beauftragten Expert\_innenausschuss verfassten Stellungnahmen (*concluding observations*) bieten auf dieser Grundlage auch die Gelegenheit, für die Verletzung des UN-Sozialpakts eine ›Verurteilung‹ auszusprechen. (vgl. ebd., 253f.)

Gegenüber gerichtlichen Kontrollmechanismen haben solche außergerichtlichen Berichtssysteme trotz des Fehlens eines Gerichtsurteils drei nicht gering zu schätzende Vorzüge. *Erstens* hängt die Möglichkeit von Berichtsverfahren nicht davon ab, ob die betreffenden Staaten zusätzlich ein (bei gerichtlichen Kontrollmechanismen notwendiges) Fakultativprotokoll ratifiziert haben. (vgl. ebd., 258) Sie lassen sich daher generell anwenden, zumal sie *zweitens* auch unabhängig davon verfahren können, ob eine Beschwerde eingereicht wurde. Weil sie sich somit nicht auf – mithin zufällige – Einzelfälle beziehen, können sie *drittens* regelmäßig strukturelle Mängel der Menschenrechtsimplementierung adressieren und länderspezifisch konkrete Maßnahmen zur Behebung der jeweiligen Missstände fordern.<sup>15</sup>

Insofern die Effektivität des internationalen Menschenrechtsschutzes auch erheblich auf dem Interesse der Staaten beruht, in der Frage der Menschenrechte einen guten Ruf zu haben, stehen Berichtsverfahren der gerichtlichen Kontrolle vor diesem Hintergrund nicht nach. Dass der UN-Sozialpakt im Unterschied zum Zivilpakt keine Möglichkeit einer massiveren Einschränkung bzw. Aussetzung der Rechte vorsieht, ist daher nicht allein auf den Aspekt einer geringen Verbindlichkeit der darin festgelegten Rechte zurückzuführen. Ein anderer Grund liegt demgegenüber näher. Er liegt darin, dass die Rechte, die der Sozialpakt gewährt, den Vertragsstaaten kaum zur Bedrohung werden können. Auf die Freiheitsrechte, die im Zivilpakt anerkannt sind, trifft dies nicht zu: Freiheitsrechte stellen potenziell eine Bedrohung für die Macht des Staates dar und müssen daher aus staatlicher Sicht einer höheren Einschränkung, wenn nicht sogar der Außerkraftsetzung offen stehen.

Eine Bestätigung für diese These lässt sich darin sehen, dass sich gerade an derjenigen Stelle des Sozialpakts, die sich mit einer auch im Zivilpakt aufgeführten Freiheit überschneidet, eine Möglichkeit der Einschränkung findet, die den Gehalt des garantierten Anspruchs

15 So ging es im Verfahren gegenüber Deutschland von 2001 »um die soziale Ungleichheit zwischen Ost und West, um die Angemessenheit der Regelsätze des Sozialhilferechts oder um das Streikrecht der öffentlichen Bediensteten«, während gegenüber Ungarn in den *concluding observations* vom Januar 2008 der Rechtsstatus von Sinti und Roma thematisch war und im August desselben Jahres gegenüber Indien das Kastenwesen und weitere Formen der Diskriminierung in der Kritik standen. (Davy 2011, 254)

wesentlich beschneidet. Diese Stelle ist Art. 8 Sozialpakt, in dem das Recht auf Gewerkschaftsbildung und -beitritt sowie das Streikrecht aufgeführt sind.<sup>16</sup> Anschließend an Absatz 1, der diese Rechte nicht nur aufführt, sondern im Rahmen des gesetzlich Vorgesehenen auch die Möglichkeit ihrer Einschränkung einräumt, ergänzt Absatz 2, der Artikel schließe nicht aus, »dass die Ausübung dieser Rechte durch Angehörige der Streitkräfte, der Polizei oder der öffentlichen Verwaltung rechtlichen Einschränkungen unterworfen wird«. Anders als der oben vollständig zitierte Art. 4 Sozialpakt nennt dieser Art. 8 als Zweck der Einschränkung nicht »das allgemeine Wohl«, sondern die Gewährleistung der »öffentlichen Ordnung« und der »nationalen Sicherheit«. Eben diese nationale Sicherheit, »das Leben der Nation«, steht auch in Art. 4 des Zivilpakts im Mittelpunkt. Für die Frage nach dem Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten kommt dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ eine zentrale Rolle zu. Ich werde dieses Konzept in den folgenden Kapiteln hinsichtlich der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 (Kapitel 3.3), hinsichtlich des Verhältnisses der Menschenrechte zu Kapitalismus und Totalitarismus (Kapitel 4.1) und hinsichtlich des in der Frühen Neuzeit auftauchenden Kollektivs der ›Bevölkerung‹ (Kapitel 4.3) untersuchen. An dieser Stelle wende ich mich zunächst Art. 4 des Zivilpakts zu, in dessen Abs. 1 dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ eine prominente Rolle zukommt. Ich zitiere diesen Absatz hier im Wortlaut:

»Im Falle eines öffentlichen Notstandes, der das Leben der Nation bedroht und der amtlich verkündet ist, können die Vertragsstaaten Maßnahmen ergreifen, die ihre Verpflichtungen aus diesem Pakt in dem Umfang, den die Lage unbedingt erfordert, außer Kraft setzen, vorausgesetzt, dass diese Maßnahmen ihren sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen nicht zuwiderlaufen und keine Diskriminierung allein wegen der Rasse, der Hautfarbe, des Geschlechts, der Sprache, der Religion oder der sozialen Herkunft enthalten.«

16 Im UN-Zivilpakt ist das Recht auf Gewerkschaftsbildung und -beitritt in Art. 22 Abs. 1 im Rahmen der Freiheitsrechte aufgeführt. Der gegenüber Abs. 1 deutlich längere Abs. 2 legt die Möglichkeit der gesetzlichen Einschränkung »im Interesse der nationalen oder der öffentlichen Sicherheit, der öffentlichen Ordnung (ordre public), zum Schutz der Volksgesundheit, der öffentlichen Sittlichkeit oder zum Schutz der Rechte und Freiheiten anderer« dar und fügt die Offenheit des Artikels für gesetzliche Einschränkungen für Angehörige der Streitkräfte oder der Polizei hinzu. Die spezifische Weise, in der das Streikrecht den Staat bedroht, hat Benjamin in *Zur Kritik der Gewalt* einer brillanten Analyse unterzogen. (vgl. Benjamin 1977, 183–185)

Als Ausnahme von der Ausnahme führt Art. 4 Abs. 2 die Artikel auf, die aufgrund dieser Bestimmung nicht außer Kraft gesetzt werden dürfen, im Besonderen das Recht auf Leben (Art. 6), das Folterverbot (Art. 7), das Verbot von Sklaverei und Leibeigenschaft (Art. 8), der Schutz vor Verhaftung bei Unfähigkeit einer Vertragserfüllung (Art. 11), das Verbot rückwirkender Bestrafung (Art. 15), das Recht auf Anerkennung der Rechtsfähigkeit (Art. 16) sowie Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 18). Der Ausnahmezustand, der offiziell erklärt werden und in dem das Leben der Nation auf dem Spiel stehen muss, rechtfertigt die Aussetzung aller übrigen Rechte.<sup>17</sup> Art. 4 des Zivilpakts drückt damit die Überzeugung aus, dass »das Leben der Nation« von der Gewährung oder Aussetzung dieser Rechte abhängen kann. Es kommt hier darauf an, worauf sich diese Überzeugung stützt. Von der Aussetzung der Rechte hängt das Leben der Nation nicht nur deshalb ab, weil die Aussetzung eines der Mittel ist, um auf eine Gefahr zu reagieren, sondern auch und gerade deshalb, weil die Rechte selbst es sind, von denen im öffentlichen Notstand eine Gefahr ausgeht. Die Rechte des Zivilpakts bedrohen per se das Staatliche, denn in ihnen verschafft sich das Private und Zivilgesellschaftliche Geltung. Sie bedrohen das Staatliche schon dadurch, dass sie sich ihm entziehen. Die Maßnahmen des Ausnahmezustandes richten sich entsprechend regelmäßig darauf, das Private der Kontrolle zu unterwerfen und das Zivilgesellschaftliche zu verbieten. Besonders deutlich zeigte dies der im Sommer 2016 erklärte Ausnahmezustand in der Türkei, der nicht nur die Derogation der EMRK, sondern auch des UN-Zivilpakts zur Folge hatte.<sup>18</sup> Obschon mit der Erklärung des Ausnahmezustands auf einen versuchten Militärputsch reagiert wurde, beschränkten sich die per Dekret beschlossenen Maßnahmen von Anfang an nicht auf den militärischen und nicht einmal auf den öffentlichen Sektor. Sie richteten sich vielmehr gerade auch auf den Bereich der Zivilgesellschaft: Betroffen waren neben Universitäten auch private Schulen, Medieneinrichtungen, private Angestellte aus dem Wirtschafts- und Finanzbereich sowie diverse zivilgesellschaftliche Organisationen.<sup>19</sup>

17 Dazu gehört das Recht auf freie Äußerung der Meinung (Art. 19) ebenso wie die Bewegungsfreiheit (Art. 12), der Schutz vor willkürlichen Eingriffen ins Privatleben, etwa in Wohnung und Schriftverkehr (Art. 17), der Schutz vor willkürlicher Festnahme oder Haft sowie das Recht, bei Festnahme einem Richter vorgeführt zu werden und ein Verfahren zu beantragen (Art. 9).

18 Beide Derogationen wurden am 21. Juli 2016 bekannt gegeben. Betreffend UN-Zivilpakt siehe Depositary Notification C.N.580.2016.TREATIES-IV.4. Betreffend EMRK siehe die Pressemitteilung des Europarats, <https://rm.coe.int/168071f08e>; abgerufen am 02.05.2018. Auf die Derogation der EMRK wird unten noch ausführlicher eingegangen.

19 Vgl. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR), *Report on the impact of the state of emergency on human rights*

Eine solche Bedrohung des Öffentlichen durch das Private hat auch Walter Benjamin gesehen: Überall wo sich »Zwecke von Einzelpersonen« gegebenenfalls gewaltsam erstreben lassen, werden diese Zwecke rechtlich eingeschränkt. (Benjamin, 182) Denn jede Handlungsmacht, die rechtlich nicht reguliert, sondern dem privaten Belieben überlassen ist, bedroht den Staat durch die bloße Tatsache, dass sie außerhalb seiner Verfügung steht. (vgl. ebd., 183) Ebenso hat es Carl Schmitt beschrieben: Durch die Etablierung privater Freiheitsrechte sei die staatliche Macht von innen her sukzessive bis zum Untergang ausgehöhlt worden. Den Anfang machte Hobbes' Unterscheidung von *confession* und *faith*. Dass Hobbes nur die *confession*, das öffentliche Bekenntnis, der staatlichen Macht unterwirft, den inneren Glauben hingegen dem privaten Belieben überlässt, bringt nach Schmitt einen zerstörerischen Keim in den Körper des Staates. Die innere Religionsfreiheit öffnet allen weiteren liberalen Freiheitsrechten, die den Untergang staatlicher Macht besiegeln, Tür und Tor. (vgl. Lev, 92–97). Dass der UN-Zivilpakt den Art. 18, in dem die Religionsfreiheit garantiert ist, von der Ausnahmeregelung ausnimmt, muss aus Schmitts Sicht als fatale Ironie erscheinen: Wenn im Ausnahmezustand, in dem die Existenz des Staates bzw. »das Leben der Nation« auf dem Spiel steht, gerade dasjenige Recht gewahrt bleibt, das den Staat geschwächt hat, so sabotiert die Ausnahmezustandsregelung gerade die Absicht, zu der sie getroffen wurde. Man braucht Schmitt nicht darin zu folgen, dass der Beginn privater Freiheit das Ende staatlicher Macht einleitet. Hingegen spricht einiges dafür, dass staatliche Macht zuweilen eben dies fürchtet. Der Staat sieht sich von einer ihm entzogenen Sphäre – der Privatsphäre – bedroht; sie bedroht ihn, wie Benjamin sagen würde, allein »durch ihr bloßes Dasein außerhalb des Rechts«. (Benjamin 1977, 183) Es sind dabei gerade die subjektiven Rechte, die eine solche Sphäre etablieren. Sie schaffen sie dadurch, dass sie den Staat ausschließen. Wo immer Rechte installiert werden, müssen sie aus Sicht des Staates deshalb regulierbar und revidierbar bleiben, also zurückgenommen werden können.

Eben dies ist durch Art. 4 Abs. 1 des UN-Zivilpakts möglich: Im öffentlichen Notstand, »der das Leben der Nation bedroht«, können private Rechte – etwa das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung oder das Recht auf Bewegungsfreiheit – ausgesetzt werden. Nicht nur, weil diese privaten Rechte dem Staat im Weg stehen, wenn es darum geht, den öffentlichen Notstand zu beseitigen, sondern auch deshalb, weil der Staat in ihnen selbst die Gefahr vermutet. In Not kann der Staat dadurch geraten, dass sich zu viel seiner Kontrolle entzieht. Dies ist die Sichtweise des Staates, die sich in den *Internationalen Pakt über bürgerliche und politische Rechte*

*in Turkey, including an update on the South-East, January-December 2017*, März 2018, Paragraphen 46, 58 und 64.

eingeschrieben hat. Dass die Perspektive des Staates in die Formulierung der Rechte eingeht, kann nicht verwundern, denn beim Pakt handelt es sich um eine Vereinbarung zwischen Staaten. Er ist von diesen nicht bloß unterzeichnet, sondern auch entworfen. Aus ihrer Perspektive steht »das Leben der Nation« dort auf dem Spiel, wo der Zusammenhalt der Bürger\_innen unsicher wird. Denn in diesem Zusammenhalt besteht die »Nation«. Gefährdet ist sie, wenn der Zusammenhalt sich dadurch auflösen droht, dass an die Stelle eines Öffentlichen und Gemeinsamen die Privatheit tritt. Mit »Privatheit« ist hier, wie angedeutet, der Bereich gemeint, der dem Staat entzogen ist. »Privat« in diesem Sinn sind nicht nur persönliche Anliegen und Angelegenheiten, sondern mithin auch zivilgesellschaftliche Interessengruppen und kollektive Bewegungen. Je kollektiver, gesellschaftlicher, also »öffentlicher« das so verstandene Private ist, desto gefährlicher kann es der staatlichen Ordnung werden. Aus staatlicher Sicht ist die »Not der Nation« dann eingetreten, wenn die Privatheit, die durch die Rechte geschützt wird, in bedrohlicher, das heißt zumeist nicht individueller, sondern kollektiver Weise gegen den Staat gewandt wird. Gerade den gefährlicheren unter den Rechten, jenen, durch die sich ein Kollektiv direkt gegen den Staat richten kann – Recht auf Gewerkschaftsbildung, Streikrecht, Versammlungsfreiheit –, muss daher noch im Zug ihrer Begründung die Kraft ihrer Entfaltung genommen werden. Die Sphäre der Unkontrolliertheit, die diese Rechte eröffnen, gilt es von Beginn an unter Kontrolle zu bringen. Teil des UN-Zivilpakts sind ferner auch das Recht auf freie Bewegung (Art. 12) oder das Recht auf freie Meinungsäußerung (Art. 19); auch sie enthalten in sich selbst die Möglichkeit der Beschränkung. Diese »Selbstbeschränkung« der Rechte innerhalb ihrer Formulierung möchte ich im folgenden Abschnitt vor allem anhand der *Europäischen Konvention zum Schutz der Menschenrechte und Grundfreiheiten* genauer in Betracht nehmen. Denn sie stellt zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand die engste Verbindung her, die sich auf der Ebene der Texte, an der juristischen Oberfläche von Menschenrechtsdokumenten, finden lässt.

### *Die Europäische Menschenrechtskonvention und die Frage der »deprivation of life«*

Zunächst ist auch hier eine einleitende Bemerkung nötig, die das Verhältnis der *Europäischen Menschenrechtskonvention* (EMRK) zur *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* (AEMR) betrifft. Die EMRK ist nicht so zu verstehen, dass sie statt *allgemeiner* Menschenrechte *europäische* Menschenrechte formuliert, das heißt solche Rechte, die spezifisch für Europa gelten. Wie die beiden UN-Pakte bezieht sich die EMRK in ihrer Präambel prominent auf die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte*. Und wie die beiden UN-Pakte erscheint die 1950 unterzeichnete EMRK

nicht als Wiederholung oder Bekräftigung der Erklärung von 1948, sondern als ein Beitrag zu ihrer rechtlichen Verwirklichung. Gemäß ihrer Präambel bildet die EMRK einen Schritt »auf dem Weg zu einer kollektiven Garantie bestimmter in der Allgemeinen Erklärung aufgeführter Rechte«. Nicht aller, sondern bestimmter Rechte. Übernommen sind vor allem die grundlegenden Abwehr- und Freiheitsrechte. Keinen Eingang in die EMRK haben hingegen die sozialen, wirtschaftlichen und kulturellen Teilhaberechte gefunden, die im hinteren Teil der AEMR aufgeführt sind.<sup>20</sup> Sie finden sich, wie erwähnt, in der *Europäischen Sozialcharta* (ESC) von 1961.

In diesem Zusammenhang interessiert weniger, welche Rechte die EMRK nicht enthält, als vielmehr, welche Möglichkeiten es gibt, von den enthaltenen Rechten eine Ausnahme zu machen. Die Ausnahme besteht hier in Fällen, in denen die Vertragsstaaten (die Mitglieder des Europarats) von der Pflicht, die vereinbarten Rechte zu beachten, entbunden sind.<sup>21</sup> Geregelt ist die Abweichung im Notstandsfall (im franz. Vertragstext: *Dérogation en cas d'état d'urgence*) in Art. 15 EMRK.<sup>22</sup> Dessen erster Absatz lautet:

»Wird das Leben der Nation durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht, so kann jede Hohe Vertragspartei Maßnahmen treffen, die von den in dieser Konvention vorgesehenen Verpflichtungen abweichen, jedoch nur, soweit es die Lage unbedingt erfordert und wenn die Maßnahmen nicht im Widerspruch zu den sonstigen völkerrechtlichen Verpflichtungen der Vertragspartei stehen.«

Zu Art. 15 EMRK steht, wie an diesem ersten Absatz deutlich wird, Art. 4 des UN-Zivilpakts in inhaltlicher Entsprechung. (vgl. Meyer-Ladewig et al. 2017, EMRK Art. 15 Rn. 2) Durch welche Akte die Nicht-Beachtung der Rechte erfolgt, bleibt ungerregelt. Klar ist, dass es sich um mehr als bloß eine Einschränkung handelt. Was hier fehlt, ist der sogenannte ›Vorbehalt des Gesetzes‹, die Bindung des Eingriffs an ein Gesetz, das in genereller Weise den Rahmen der Nicht-Beachtung regelt. Stattdessen hält Art. 15 nur fest, welche Rechte von den Maßnahmen nicht oder nur eingeschränkt erfasst werden dürfen. Die Aufzählung dieser

- 20 Das Recht auf Bildung ist allerdings (neben dem Recht auf freie Wahlen und dem Recht auf Schutz des Eigentums) in das Zusatzprotokoll zur EMRK vom 20. März 1952 aufgenommen worden.
- 21 Wie alle völkerrechtlichen Verträge »bindet auch die EMRK die Vertragsstaaten zunächst nur völkerrechtlich, dh im Verhältnis zu den anderen Vertragsstaaten«. (Pieroth et al. 2013, 16)
- 22 Diesem Artikel 15 der EMRK entspricht in der *Europäischen Sozialcharta* die Notstandsklausel in Artikel F (revidierte Fassung) bzw. Artikel 30 (Fassung von 1961).

sogenannten »notstandsfesten Rechte« erfolgt im zweiten Absatz. (vgl. Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 12) Als notstandsfest von der Möglichkeit der Nicht-Beachtung ausgenommen sind das Folterverbot (Art. 3 EMRK), das Sklavereiverbot (Art. 4 Abs. 1) und das strafrechtliche Gesetzlichkeitsprinzip (*nulla poena sine lege*, keine Strafe ohne Gesetz, Art. 7). Eingeschränkte Abweichung ist für das Recht auf Leben (Art. 2) vorgesehen: Abweichung ist »nur bei Todesfällen infolge rechtmäßiger Kriegshandlungen« zulässig.<sup>23</sup>

Bemerkenswert ist nun – damit komme ich auf die Thematik der Selbstbeschränkung der Menschenrechte zurück –, dass dieser Art. 2 nicht nur von Art. 15 her eine Einschränkung erfährt, sondern auch *in sich selbst* die Möglichkeit der Abweichung vorsieht. Die Ausnahme greift also nicht erst vom Ende der Aufzählung der Rechte her in diese ein, sondern steht bereits am Anfang: Während Art. 1 EMRK die Vertragsparteien zur Sicherung der nachfolgenden Rechte verpflichtet und Art. 2 im ersten Absatz den gesetzlichen Schutz des »Recht[s] jedes Menschen auf Leben« verlangt, führt bereits der zweite Absatz von Art. 2 den Ausnahmefall bzw. die Ausnahmefälle auf, in denen eine Tötung nicht als Verletzung des Artikels betrachtet wird. Dieser zweite Absatz von Art. 2 regelt, wann eine Tötung das Recht auf Leben nicht verletzt, mit anderen Worten: wann ein Eingriff in das Recht auf Leben zulässig ist.<sup>24</sup> Die Ausnahme tritt hier nicht von außen an die Konvention heran und sie steht auch nicht nur

- 23 Der das Recht auf Leben formulierende Art. 2 ist für die Frage der Todesstrafe relevant. Die Geschichte dieser Frage hat sich in die EMRK eingeschrieben: Während der 1950 verabschiedete Vertragstext in Art. 2 Abs. 1 die Todesstrafe, wenn sie auf Grundlage eines Gesetzes verhängt wird, ausdrücklich zulässt, wird in Protokoll Nr. 6 von 1983 (in Kraft seit 01.03.1985) die Abschaffung der Todesstrafe erklärt. Artikel 1 dieses (für die es unterzeichnenden Mitgliedstaaten des Europarats bindenden) Protokolls lautet: »Die Todesstrafe ist abgeschafft. Niemand darf zu dieser Strafe verurteilt oder hingerichtet werden.« Während Art. 3 des Protokolls die Abweichung nach Art. 15 EMRK ausschließt, bestimmt Art. 2 die zulässige Abweichung in Kriegszeiten: »Ein Staat kann in seinem Recht die Todesstrafe für Taten vorsehen, die in Kriegszeiten oder bei unmittelbarer Kriegsgefahr begangen werden«. Erst mit dem Protokoll Nr. 13 »über die vollständige Abschaffung der Todesstrafe« von 2002 (in Kraft seit 01.07.2003) entfällt dieser Kriegs-Artikel und die Todesstrafe wird in jedem Fall verboten: Weder darf von diesem Verbot der Todesstrafe gemäß Art. 15 der Konvention abgewichen werden (vgl. Art. 2 des Protokolls) noch sind hier Vorbehalte gemäß Art. 57 der Konvention zulässig (vgl. Art. 3 des Protokolls).
- 24 Mit dem Terminus »Verletzung« ist der unzulässige Eingriff gemeint; nur derjenige Eingriff stellt eine Verletzung dar, der nicht durch die erforderlichen Ermächtigungen zu rechtfertigen ist. Diesem Begriffsverständnis entspricht der rechtsdogmatisch übliche deutsche Wortgebrauch, wie der Blick

(in Form von Art. 15) am Rand der vereinbarten Rechte, sondern sie erscheint in den Rechten selbst und zwar in deren erstem und grundlegendstem. Dass dem Recht auf Leben ein fundamentaler Stellenwert zukommt, legt bereits seine Position »an der Spitze des Katalogs der Menschenrechte« nahe; ausdrücklich bestätigt hat dies der *Europäische Gerichtshof für Menschenrechte*, der im Recht auf Leben die Voraussetzung für alle anderen Grundrechte sieht. (Grabenwarter et al. 2016, § 20 Rn. 1)

Die Eventualität des Ernstfalls und die Möglichkeit der Ausnahme haben sich ins normative Zentrum der Menschenrechte eingeschrieben: Die Tötung eines Menschen wird *nicht* als Verletzung des Rechts auf Leben angesehen, wenn sie aus einer Gewalthandlung folgt, die unbedingt notwendig ist, nicht allein um a) »jemanden gegen rechtswidrige Gewalt zu verteidigen«,<sup>25</sup> sondern auch um b) »jemanden rechtmäßig festzunehmen oder jemanden, dem die Freiheit rechtmäßig entzogen ist, an der Flucht zu hindern«, sowie um c) »einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen«. In allen drei Fällen ist Gewalt das Mittel, verschieden ist jeweils der Zweck, dem sie dient. In zwei Schritten – von a zu b und von b zu c – nähert sich dieser Zweck dabei der reinen Selbsterhaltung des Staates an. Im ersten Fall (a) richtet sich die Gewalt gegen einen Menschen, um das Leben eines anderen Menschen zu schützen: Jemand wird gewaltsam getötet, weil seine Gewalt das Leben einer Dritten bedroht; Leben wird genommen, um Leben zu retten. Im zweiten Fall (b) entfällt diese Orientierung am Menschen zugunsten einer Orientierung am Recht: Jemand wird gewaltsam getötet, nicht weil sie einem anderen Menschen gewaltsam begegnet ist, sondern weil sie das Gesetz verletzt, Gewalt gegen das Gesetz gerichtet hat und sich der Strafe nicht fügt. Hier kann getötet werden, wer die Staatsgewalt nicht respektiert: Die Staatsgewalt übt Gewalt, weil sie sich missachtet sieht.<sup>26</sup> Im dritten

auf die Grundrechte des deutschen Grundgesetzes zeigt. (vgl. dazu Pieroth et al. 2013, 59f.)

- 25 Im englischen und französischen Originaltext – nur diesen beiden Fassungen kommt völkerrechtliche Verbindlichkeit zu – steht für die rechtmäßige Gewalthandlung des Staates *force*, für die rechtswidrige Gewalt dagegen *violence*: Mit *force* darf getötet werden, um *violence* abzuwehren. Zur Problematik der Unterscheidung von rechtlicher *force* und rechtloser *violence*, d.h. zu der dieser Unterscheidung innewohnenden Instabilität und der daraus resultierenden Unmöglichkeit, sie zu treffen, schreibt Derrida in *Gesetzeskraft*: »Wie soll man zwischen dieser Gewalt, dieser Kraft [*force*] des Gesetzes, dieser ›Gesetzeskraft‹, wie man im Französischen und ebenso – wenn ich mich nicht irre – im Englischen sagt, und einer Gewalt(tätigkeit) [*violence*], die man immer für ungerecht hält, unterscheiden?« (Derrida 1991, 12f., Hervorh. im Original)
- 26 Dass in der Verletzung des Gesetzes mittelbar eine Verletzung des Staates gesehen werden kann, hat in historischer Perspektive neben anderen Foucault

Fall (c) schließlich sieht sich der Staat nicht nur mittelbar, das heißt in den Gesetzen als Mitteln seiner Herrschaft, sondern unmittelbar betroffen: Menschen werden getötet, weil sie den Staat direkt in seiner Existenz bedrohen. Die Staatsgewalt übt Gewalt, um den sie untergrabenden »Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig« zu unterdrücken. Gilt als *Aufstand* »die einem revolutionären Geschehen gleichkommende Erhebung eines Teils der Bevölkerung gegen die Staatsgewalt«, bezeichnet *Aufruhr* »eine Situation, in der eine Menschenmenge Gewalttaten in größerem Umfang begeht oder zu begehen droht«. (Grabenwarter et al. 2016, § 20 Rn. 17) Unter diesen dritten Fall, dem ein Aufstand oder Aufruhr zugrunde liegt, fällt nun auch der Ausnahmefall schlechthin: jener Fall, den der Ausnahmezustand geltend macht, um nicht nur das Recht im Allgemeinen, sondern die Rechte im Besonderen »rechtmäßig« auszusetzen. Diese Suspension findet sich in der EMRK in Art. 2 Abs. 2c an einer zugleich initialen wie zentralen Stelle. Das Recht auf Leben, das als Menschenrecht unbedingt und unveräußerlich sein sollte, enthält im Innern seiner Garantie die Möglichkeit der Ausnahme. Vor diesem Hintergrund lässt sich bereits der volle Titel – »Europäische Konvention zum Schutze der Menschenrechte und Grundfreiheiten«<sup>27</sup> – als Hinweis lesen, dass dieser Vertrag nicht die *Unbedingtheit* der Menschenrechte erklärt, sondern ihren *Schutz* anstrebt, wozu auch gehört, die Bedingungen der Aufhebung und damit die Möglichkeit der Ausnahme verbindlich zu regeln und dadurch einzugrenzen.

hervorgehoben. Mit dem »Gedanken des Gesetzesverstoßes«, so Foucault, verband sich seit dem Hochmittelalter die Vorstellung, dass der Staat eine gegen ihn selbst gerichtete Gewalt verfolgt: »Wenn jemand einem anderen ein Unrecht angetan hatte, dann hatte er damit zugleich auch dem Souverän, dem Gesetz, der Macht ein Unrecht angetan.« (Foucault 2002, 73)

- 27 In welchem Verhältnis Menschenrechte und Grundfreiheiten zueinander stehen, erschließt sich nicht ohne Weiteres. Ihr Verhältnis lässt sich erstens so deuten, dass die Menschenrechte den Grundfreiheiten zugrunde liegen. So formuliert es die Präambel der EMRK und ebenso schon die Präambel der AEMR von 1948. Die Abhängigkeit lässt sich zweitens auch wechselseitig verstehen: Während die Rechte der Freiheit *faktisch* zugrunde liegen (indem Rechte Freiheit realisieren), liegt die Freiheit den Rechten *normativ* zugrunde (indem Freiheit Rechte begründet); zu dieser um 1800 entwickelten Sicht vgl. auch unten, Kapitel 4.2. Hinsichtlich des Inhalts der EMRK und des dortigen Fokus auf Freiheitsrechten liegt eine dritte Deutung nahe: Menschenrechte und Grundfreiheiten stellen nicht zwei separate (wenn auch aufeinander bezogene) Momente dar, sondern gehören insofern untrennbar zusammen, als hier Rechte *auf* Freiheiten formuliert werden: ein Recht *auf* Gedanken-, Gewissens- und Religionsfreiheit (Art. 9), ein Recht *auf* Meinungsfreiheit (Art. 10), ein Recht *auf* Versammlungs- und Vereinigungsfreiheit (Art. 11).

Am Ende der Aufzählung der Rechte, in Art. 15 Abs. 3 EMRK, wird die Möglichkeit der Ausnahme ausdrücklich als ein *Recht* qualifiziert: ein »Recht auf Abweichung«<sup>28</sup> steht den »Hohen Vertragsparteien«, den unterzeichnenden Mitgliedstaaten des Europarats, in dem Fall zu, in dem »das Leben der Nation«<sup>29</sup> durch Krieg oder einen anderen öffentlichen Notstand bedroht wird. Kurz: Die Konvention zum Schutz der Menschenrechte hält fest, dass der Schutz der Nation, bei deren Bedrohung, dem Schutz der Menschenrechte vorgeht. Das Leben der Nation hat Vorrang vor dem Leben des einzelnen Menschen. Dessen Recht auf Leben wird vom staatlichen Recht auf Abweichung übertrumpft. Im Ausnahmefall darf der Staat töten, um seine Existenz zu sichern.<sup>30</sup>

Mit Blick auf Art. 15 und Art. 2 EMRK lässt sich der Vorrang, den das staatliche Recht auf Leben vor dem menschlichen Recht auf Leben hat, nach der Richtung differenzieren, aus der das Leben des Staates bzw. der Nation bedroht wird. Art. 15 Abs. 2 erlaubt, von der Berücksichtigung des individuellen Rechts auf Leben im Rahmen »rechtmäßiger Kriegshandlungen« abzuweichen. Krieg ist der bewaffnete Konflikt mit einem äußeren Feind: Die *fremde* Gewalt kommt von außen und die *eigene* Gewalt richtet sich nach außen. Die Gewalthandlungen sind *inter*-national. Dagegen formuliert Art. 2 Abs. 2c, das Recht auf Leben werde dann nicht verletzt, wenn die in Frage stehende Gewaltanwendung dazu diene, »einen Aufruhr oder Aufstand rechtmäßig niederzuschlagen«. Die Gewalt geht hier von innen aus und richtet sich nach innen; sie ist *intra*-national. Insbesondere das seit dem September 2001 einflussreiche Programm des ›Kriegs gegen den Terrorismus‹ ging mit einer Verwischung dieser Unterscheidung von innerer und äußerer Bedrohung einher. Von Krieg ist, wie ich gleich am Beispiel der Terroranschläge vom November 2015 in Paris erläutern werde, auch bei innerer, von Staatsbürger\_innen ausgeübter Gewalt die Rede. Im Aufbau der EMRK ist zwischen innen und außen deutlich unterschieden: Die Bedrohung des Lebens der Nation von innen wird am Anfang der Aufzählung der Rechte behandelt; die Bedrohung von außen dagegen lediglich am Rand dieses Katalogs. Die innere Bedrohung wird so stärker verinnerlicht, ins Zentrum des Textes gerückt, als die äußere. Dadurch wird zugleich die Ausnahme, zu der die Bedrohung berechtigt, stärker

28 In der französischen Fassung *droit de dérogation* und in der englischen *right of derogation*.

29 In der französischen Fassung *la vie de la nation* und in der englischen *the life of the nation*.

30 Dass Ausnahmemassnahmen allerdings nicht notwendig einen nationalen Alleingang von Einzelstaaten bedeuten, sondern auch transnational organisiert sein können, hat Domenico Siciliano im Hinblick auf die Regelung des Abschusses von entführten Passagierflugzeugen diskutiert. (vgl. Siciliano 2009, insbes. 47f.)

›vereinnahmt«. Dies zeigt bereits die Formulierung. Ich zitiere den Anfang des schon auf Deutsch wiedergegebenen Art. 2 Abs. 2 EMRK in der englischen Originalversion: »Deprivation of life shall not be regarded as inflicted in contravention of this Article when it results from the use of force which is no more than absolutely necessary [...]«. Der Entzug des Lebens bedeutet keine Verletzung des Rechts auf Leben, wenn die Gewaltanwendung (*use of force*), aus der er folgt, absolut notwendig (*absolutely necessary*) war, um etwa einen Aufruhr zu verhindern. In diesem Fall erscheint die »deprivation of life« nicht als »deprivation of right«. Das *Recht auf Leben*, um das es in diesem Artikel geht, wird so bestimmt, dass der genannte *Entzug des Lebens* mit ihm nicht in Konflikt gerät: Ins Recht auf Leben ist der Entzug des Lebens integriert; als Abweichung von diesem Recht kommt er so nicht mehr in Betracht.<sup>31</sup>

Dagegen wird die zulässige Tötung, die Art. 15 Abs. 2 EMRK im Zusammenhang mit rechtmäßigen Kriegshandlungen nennt, als Abweichung markiert: »No derogation from Article 2, except in respect of deaths resulting from lawful acts of war«. Hier ist die Tötung mit dem Recht auf Leben nicht in Einklang gebracht: Jede Tötung ist Abweichung – *derogation* – von diesem Recht und als solche grundsätzlich unzulässig. Deshalb muss eine Ausnahme – *exception* – gemacht werden: keine Abweichung, *except in respect of*. Weil die Tötung eine Abweichung vom Recht darstellt, muss sie durch eine Ausnahme mit der Regel verbunden, in sie eingeschlossen werden. Nur durch diesen Einschluss in die Regel kann die Ausnahme gerechtfertigt werden.

- 31 Auch die *Charta der Grundrechte der Europäischen Union* (GRCh) enthält in Art. 2 das Recht auf Leben. Die Möglichkeit der Einschränkung der in der Charta festgelegten Grundrechte ist in Art. 52 GRCh geregelt. Gemäß Abs. 3 dieses Artikels (sog. ›Transferklausel‹) haben jene Rechte der Charta, die sich mit den Rechten der EMRK decken, »die gleiche Bedeutung und Tragweite« wie die Rechte der EMRK. Daher ist die Garantie des Rechts auf Leben in Art. 2 GRCh denselben Möglichkeiten der Ausnahme unterworfen, wie sie Art. 2 Abs. 2 EMRK vorsieht: Auch nach der Grundrechtecharta »wird eine **Tötung nicht als Verletzung** des Rechts auf Leben betrachtet«, wenn einer der in Art. 2 Abs. 2 EMRK genannten Fälle vorliegt. (Callies und Ruffert 2016, EU-GRCh Art. 2 Rn. 21, Hervorh. im Original) Darüber hinaus ist Art. 52 GRCh im vorliegenden Kontext von Interesse, weil er die Möglichkeit der Einschränkung der in der Charta festgelegten subjektiven Rechte relativ unbestimmt lässt. Zwar muss gemäß Art. 52 Abs. 1 der Wesensgehalt der Rechte beachtet werden, was der Rechtsprechung des für die Charta zuständigen *Europäischen Gerichtshofs* entspricht; doch hat dieser »bislang nicht näher bestimmt, was den Wesensgehalt ausmacht«. (ebd., EU-GRCh Art. 52 Rn. 64) Entsprechend groß ist der Auslegungsspielraum für die mögliche Einschränkung der Rechte.

Art. 2 Abs. 2 EMRK funktioniert anders: Hier wird die Ausnahme durch ihre Aufnahme in die Regel nicht gerechtfertigt, sondern eliminiert: Sie wird so in die Regel integriert, dass die Differenz zwischen Regel und Ausnahme verschwindet. Eine *Differenz* zur Regel hieße: Mit der Regel steht die Ausnahme, die Tötung, in Widerspruch. Dagegen ist bei der Niederschlagung eines Aufstands die *deprivation of life* gar keine Zuwiderhandlung, keine *contravention*, gegen das Recht auf Leben, oder soll als solche Zuwiderhandlung zumindest nicht betrachtet werden: *shall not be regarded as*. Tötung und Recht auf Leben stehen hier deshalb nicht in direktem Widerspruch, in keiner, wie es im Englischen heißt, *direct contravention*. Die Ausnahme ist in die Regel nicht nur aufgenommen, sondern in einer Weise ›vereinnahmt‹, dass sie als das, was sie ist – als *exception*, die durch die Formulierung *except in respect of* einzuleiten wäre –, nicht mehr in Erscheinung tritt. Die Ausnahme einer rechtmäßigen Tötung erscheint innerhalb der Regel, des Rechts auf Leben, nicht als ein von ihr ausgenommenes Stück, sondern als ihr wesentlicher Bestandteil: Zum Recht auf Leben *gehört* die Tötung, immer wenn sie nötig ist, um das Gesetz und damit das Leben des Staates zu verwirklichen und zu erhalten. Im Recht auf Leben ist die Ausnahme so weit vereinnahmt, dass sie selbst zum Recht wird oder ein Recht etabliert: das Recht des Staates auf Tötung der Einzelnen. Das Menschenrecht verhält sich zum Ausnahmefall, in dem es nicht gilt, als Komplement und Komplize. Als *Komplement*, weil es die Möglichkeit der Ausnahme, die von außen herantreten kann, in sich reflektiert; als *Komplize*, weil es diese Möglichkeit in sich als Recht formuliert und die Maßnahmen aus sich heraus legitimiert. Das fundamentale Menschenrecht auf Leben ist ein Komplize des Ausnahmezustands, weil es im Recht auf Leben die Tötung nicht als Ausnahme, sondern als Bestandteil akzeptiert und der Ausnahme dazu verhilft, selbst ›im Recht‹ zu sein.

Im Recht bleibt die Ausnahme auch deswegen, weil bei diesen internationalen Verträgen die Regelung selbst stets in Kraft bleibt. Es handelt sich, genau besehen, nicht um eine Ausnahme von einer Regel, sondern um das Außer-Kraft-Setzen der Verpflichtung, der Regel zu folgen. (vgl. auch Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 8) Diese Ausnahme ›gilt‹ nur für die jeweiligen Vertragsparteien, die sich auf Art. 15 EMRK berufen, etwa für Frankreich im Ausnahmezustand zwischen November 2015 und November 2017, und für die Türkei zwischen Juli 2016 und Juli 2018. Für alle anderen Vertragsstaaten gilt die Konvention weiterhin normal. Sie bleibt somit insgesamt in Geltung. Die Ausnahme bezieht sich nicht auf den *objektiven* Vertragstext, sondern auf die *subjektive* Verpflichtung der Parteien. Es ist keine Ausnahme von der Regel, sondern von Ländern: Frankreich oder die Türkei, die den Ausnahmezustand verkündet hatten, waren keine normalen Vertragsparteien mehr, sondern bilden unter diesen Parteien die Ausnahme, sie sind ausgenommen von der

allseitig bindenden Verpflichtung. Hier wendet sich nicht, wie Agamben mit Blick auf den *innerstaatlich* erklärten Ausnahmezustand schreibt, die Regel »auf die Ausnahme an, indem sie sich abwendet, indem sie sich von ihr zurückzieht«. (Agamben 2012a, 118) Vielmehr bleibt im Fall der *internationalen* Menschenrechtsverträge die Regel an Ort und Stelle und es sind die Länder, die sich als Ausnahmen – als Länder im Ausnahmezustand – von der Regel bzw. von der in ihr festgehaltenen Verpflichtung zurückziehen. Während die Regel in Kraft bleibt und weiterhin angewandt wird, erhalten die Parteien, die sich auf Art. 15 stützen, eine rechtliche Grundlage, um sich aus dem Kreis der Regelanwender herauszunehmen.

Sie tun dies, indem sie sich erklären. Art. 15 Abs. 3 formuliert die Pflicht einer solchen Erklärung:

»Jede Hohe Vertragspartei, die dieses Recht auf Abweichung ausübt, unterrichtet den Generalsekretär des Europarats umfassend über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe. Sie unterrichtet den Generalsekretär des Europarats auch über den Zeitpunkt, zu dem diese Maßnahmen außer Kraft getreten sind und die Konvention wieder volle Anwendung findet.«

Die Konvention steht in dieser Zeit nicht still – es handelt sich nicht um ein *iustitium*, das Agamben als Paradigma des Ausnahmezustands markiert. Sie läuft normal weiter, während die Länder aussteigen und die Anwendung aussetzen. Als Begründung wird allerdings angeführt, dass das heimische Recht stillsteht: Die Länder erklären den Ausstieg aus den zwischenstaatlichen Verpflichtungen damit, dass innerstaatlich der Ausnahmezustand erklärt ist. Auf innerstaatlicher Ebene sind nationale Grundrechte außer Kraft gesetzt und die Nicht-Verwirklichung der grundrechtlichen Bestimmungen impliziert die Nicht-Anwendung der entsprechenden menschenrechtlichen Regeln auf der internationalen Ebene: Wird etwa das Recht auf Unverletzlichkeit der Wohnung (wie in Art. 13 GG oder Art. 21 der Verfassung der Republik Türkei garantiert) ausgesetzt, so kann nicht zugleich Art. 8 Abs. 1 EMRK, der dasselbe Recht garantiert, berücksichtigt werden. Eine Nicht-Erfüllung der durch die EMRK gegebenen Pflicht ist unter dieser Voraussetzung unvermeidlich. Legitimität gewinnt sie nur bei Geltendmachung von Art. 15 EMRK. Aus Sicht der Staaten erscheint die Berufung auf diesen Artikel daher als konsequenter Schritt. Frankreich hatte den Generalsekretär des Europarats am 24. November 2015 informiert, aufgrund anhaltender terroristischer Bedrohung von der Derogationsbefugnis nach Art. 15 EMRK Gebrauch zu machen; die Türkei hatte denselben Schritt am 21. Juli 2016 erklärt. In beiden Fällen ist dieser Schritt eine direkte Folge der innerstaatlichen Erklärung des Ausnahmezustands und der damit verbundenen, von den Pflichten der EMRK abweichenden Maßnahmen.

*Gesetz und Verfassung: Die Verortung des Ausnahmezustands in Frankreich und der Türkei*

In Frankreich war der seit dem 14. November 2015 herrschende Ausnahmezustand eine Reaktion auf die am Vortag verübten Terroranschläge; in der Türkei folgte der am 20. Juli 2016 erklärte und am Tag darauf vom Parlament bestätigte Ausnahmezustand auf den Putschversuch vom 15./16. Juli 2016. Der Ablauf ist je derselbe: Am Anfang steht ein als Ernstfall gedeutetes Ereignis, das die Erklärung des innerstaatlichen Ausnahmezustands rechtfertigt, der wiederum die teilweise Nichtbeachtung der *Europäischen Menschenrechtskonvention* begründet und legitimiert.<sup>32</sup> Wie ein Ereignis zum nationalen Ernstfall gemacht wird, hat mustergültig der damalige französische Premierminister Manuel Valls gezeigt. Einen Tag nach den Anschlägen vom 13. November 2015 in Paris hielt er wiederholt fest, »wir« befinden uns im Krieg: »Nous sommes en guerre«. So resümierte die Zeitung *Libération* unmittelbar nach dem Auftritt: »Il l'a dit neuf fois en moins de dix minutes. Manuel Valls n'avait samedi soir qu'un mot à la bouche – ›guerre‹ – pour qualifier les attentats de Paris«.<sup>33</sup> Anschläge werden als Krieg gedeutet und damit die Berechtigung des nationalen Ausnahmezustands außer Frage gestellt. Erklärt wird der Ausnahmezustand nicht, um ein Alarmsignal zu geben, sondern um der Maßnahmen willen, die in ihm ergriffen werden können.

Im Unterschied zur Türkei tritt der Ausnahmezustand in Frankreich nicht durch die Anwendung eines Verfassungsartikels, sondern durch Gesetz, das heißt durch Parlamentsvotum, in Kraft. Zwar sieht Art. 16 der geltenden französischen Verfassung vor, dass der Präsident, wenn die Institutionen der Republik, die Unabhängigkeit der Nation, die Unversehrtheit des Territoriums oder die Erfüllung internationaler Verpflichtungen bedroht sind, Maßnahmen ergreifen kann, die der Situation angemessen sind, was faktisch dem Ausnahmezustand entspricht. Allerdings wurde Art. 16 nur ein einziges Mal, während der Algerienkrise im April 1961 angewandt. Es handelt sich bei diesem Verfassungsartikel nicht um das maßgebende Instrument des Ausnahmezustands innerhalb der französischen Rechtsordnung. Deutlich wurde dies auch an den Bemühungen, die Präsident François Hollande nach den Terroranschlägen vom

32 Die Türkei hat die EMRK am 18.05.1954 ratifiziert, Frankreich am 03.05.1974. (vgl. European Treaty Series Nr. 005)

33 »Er hat es neun Mal in weniger als zehn Minuten gesagt. Manuel Valls hatte am Samstag Abend nur ein Wort im Mund – ›Krieg‹ – um die Attentate von Paris zu benennen«. (Übers. J.H.; [http://www.liberation.fr/france/2015/11/14/manuel-valls-nous-sommes-en-guerre\\_1413503](http://www.liberation.fr/france/2015/11/14/manuel-valls-nous-sommes-en-guerre_1413503); abgerufen am 21.03.2018) Dasselbe »Nous sommes en guerre« sprach Valls am Tag der Attentate von Brüssel am 22. März 2016 in die Fernsehkameras der internationalen Medien.

13. November 2015 unternahm, um den Ausnahmezustand in der Verfassung zu verankern – ein Plan, der am 30. März 2016 scheiterte, weil sich die beiden Kammern des Parlaments, Nationalversammlung und Senat, nicht auf einen gemeinsamen Text des Verfassungsänderungsgesetzes einigen konnten.<sup>34</sup>

Nach wie vor wird der Ausnahmezustand daher durch Gesetz erlassen. Rechtsgrundlage ist das Gesetz über den *état d'urgence* vom 3. April 1955, in dessen Art. 2 festgelegt ist: »L'état d'urgence ne peut être déclaré que par la loi.« – »Der Ausnahmezustand kann nur durch das Gesetz erklärt werden.« (Journal Officiel de la République Française n° 0085 vom 7. April 1955, S. 3479). Per Verordnung vom 15. April 1960 (Ordonnance n° 60-372) wurde die Regelung dahingehend geändert, dass der Ausnahmezustand *per Dekret* (*par décret*) im Ministerrat erklärt wird. Soll der Ausnahmezustand länger als zwölf Tage dauern, bedarf es allerdings wiederum eines Gesetzes, das heißt der Einwilligung des Parlaments: »La prorogation de l'état d'urgence au-delà de douze jours ne peut être autorisée que par la loi.« – »Die Verlängerung des Ausnahmezustands über zwölf Tage hinaus kann nur durch das Gesetz autorisiert werden.« (Journal Officiel de la République Française vom 17. April 1960, S. 3584) Auf dem Gesetz von 1955 sowie der Verordnung von 1960 beruht im Wesentlichen noch die gegenwärtige rechtliche Regelung des Ausnahmezustands in Frankreich; sowohl was seine *Erklärung* als auch was seine *Verlängerung* betrifft. Der ersten Verlängerung des Ausnahmezustands nach 12 Tagen hatten Nationalversammlung und Senat noch im November 2015 per Gesetz zugestimmt. Das französische Ausnahmezustandsregime mutet als »merkwürdiges Hybridwesen aus ›Maßnahmen-‹ und ›Regelgesetz‹ an«. (Wahl 2017, 70) Für jede Verlängerung wird eine je aktualisierte Version des Gesetzes von 1955 durch Nationalversammlung und Senat verabschiedet. Das am 21. Juli 2016 beschlossene Gesetz zur Verlängerung des Ausnahmezustands infolge des Attentats in Nizza vom 14. Juli 2016 heißt entsprechend: »Loi n° 55-385 du 3 avril 1955 relative à l'état d'urgence. Version consolidée au 21 juillet 2016«. Nach sechsmaliger Verlängerung trat der Ausnahmezustand in Frankreich am 1. November 2017 außer Kraft. Allerdings gingen noch Ende Oktober 2017 wesentliche Befugnisse, die nur während des Ausnahmezustands galten, durch ein neues Gesetz in den rechtlichen Normalzustand ein: Mit dem

34 Vgl. die Erklärung von Präsident Hollande vom 30.03.2016, <https://jp.ambafrance.org/Declaration-du-president-de-la-Republique-au-sujet-de-la-revision>; abgerufen am 20.03.2018. Das Verfassungsgesetz scheiterte weniger an dem mit der Frage des Ausnahmezustands befassten Art. I denn an der konkreten Ausgestaltung von Art. II, der die umstrittene Aberkennung der französischen Staatsbürgerschaft (*déchéance de nationalité*) im Fall verurteilter Terrorist\_innen, die über mehrere Nationalitäten verfügen, zum Inhalt hatte. (vgl. Wahl 2017, 73)

»Loi n° 2017-1510 du 30 octobre 2017 renforçant la sécurité intérieure et la lutte contre le terrorisme« – dem Gesetz zur »Stärkung der inneren Sicherheit und des Kampfes gegen den Terrorismus« erhielten die Behörden größere Befugnisse hinsichtlich der Überwachung und polizeilichen Kontrolle von Personen, ebenso wurde für die Einschränkung der Bewegungsfreiheit von Terrorverdächtigen und für Hausdurchsuchungen das Erfordernis richterlicher Anordnung gelockert.<sup>35</sup> Allerdings sind nach Art. 5 des Gesetzes die ergriffenen Maßnahmen der parlamentarischen Kontrolle vorzulegen. Mit dem vorangegangenen Ausnahmezustand haben die neuen Befugnisse des Normalzustandes gemeinsam, dass sie durch Gesetz erlassen sind. In Form des Gesetzes treten Einschränkung und Aussetzung hier gleichsam von außen an die grundlegenden Rechte heran: Von den Rechten selbst, die beschränkt und suspendiert werden, sind die Gesetze, die den Ausnahmezustand erklären und den Normalzustand regeln, getrennt. In dieser Trennung, der Äußerlichkeit der Ausnahme gegenüber den Rechten, besteht eine zentrale Differenz zum Ausnahmezustand in der Türkei.<sup>36</sup> Bevor ich auf diese Differenz eingehe, möchte ich allerdings zunächst vier Gemeinsamkeiten der jüngsten Ausnahmezustände in Frankreich und der Türkei nennen.

*Erstens* ist in beiden Fällen eine Aufhebung der rechtsstaatlichen Gewaltenteilung zu verzeichnen, die weniger die Trennung von Legislative und Exekutive als vielmehr die Trennung von Exekutive und Judikative betrifft. Am deutlichsten zeigt sich dies in der Praxis, Verhaftungen der richterlichen Prüfung zumindest partiell und temporär zu entziehen. Das Bestehen von parlamentarischen Kontrollen sollte deshalb, auch im Hinblick auf Frankreich, nicht über das problematische Fehlen judikativer Kontrollen hinwegtäuschen. *Zweitens* wurden die Befugnisse des Ausnahmezustands sowohl in Frankreich wie in der Türkei zu Maßnahmen genutzt, die mit dem anlassbezogenen Zweck, der Bekämpfung des Terrorismus bzw. des Aufstands, in keiner erkennbaren Beziehung standen, was eine Verletzung von Art. 18 EMRK bedeutet, wonach die zulässigen Einschränkungen nur »den vorgesehenen Zwecken« dienen dürfen. So wurden in Frankreich zu Beginn des Ausnahmezustands Gegner\_innen der UN-Klimakonferenz (COP 21), die im November und Dezember 2015 in Paris stattfand, unter Hausarrest gestellt. (vgl. Wahl 2017, 76f.) Ferner wurden zahlreiche Gegner\_innen der Arbeitsrechtsreform in ihrem Recht zu demonstrieren eingeschränkt. (vgl. Fauth 2018, 10) Die Beschränkung von Rechten erfolgte hier, wie oben mit Hinweis auf

35 Das Gesetz wurde am 31. Oktober im Journal Officiel de la République Française n° 0255 veröffentlicht.

36 Es bestehen weitere wichtige Differenzen. Um nur ein Beispiel zu nennen: In Frankreich blieb, in großem Unterschied zur Türkei, die Pressefreiheit unangetastet. (vgl. Wahl 2017, 72)

Benjamin dargelegt, zur staatlichen Kontrolle kollektiver Kräfte, deren ›private‹, das heißt nicht-staatliche, sondern zivilgesellschaftliche Zwecke als Bedrohung erscheinen. Im Fall der Türkei erstreckten sich die Maßnahmen, denen ein Bezug zum erklärten Zweck des Ausnahmezustands fehlte, von der Entlassung öffentlicher Bediensteter über die Schließung von zivilgesellschaftlichen Organisationen, Stiftungen, menschenrechtlichen und humanitären Vereinigungen, Anwaltsassoziationen, Nichtregierungsorganisationen, Schulen, Universitäten und Medien bis hin zu rechtlich ungedeckten Strafmaßnahmen gegen Familienangehörige, Freund\_innen, Nachbar\_innen, Arbeitskolleg\_innen von Menschenrechtsaktivist\_innen und andere verdächtige Personen nach dem (illegalen) Prinzip kollektiver Schuld.<sup>37</sup> *Drittens* bestanden in beiden Fällen Bestrebungen zum Entzug der Staatsbürgerschaft, die im Fall der Türkei mit dem Dekret 680 (Art. 75) im Januar 2017 auch realisiert wurden. Während in Frankreich der Entzug der Nationalität nur bei mehrfacher Staatsbürgerschaft und nur für verurteilte Terrorist\_innen hätte erfolgen sollen, kann der Entzug der Staatsbürgerschaft in der Türkei zu Staatenlosigkeit führen und soll nicht Verurteilte, sondern Verdächtige betreffen, die sich durch Aufenthalt im Ausland der strafrechtlichen Untersuchung entziehen.<sup>38</sup> *Viertens* schließlich führten die Ausnahmezustände in Frankreich wie in der Türkei zu einer Integration von Ausnahmebefugnissen, insbesondere erhöhten Exekutivkompetenzen, in den rechtlichen Normalzustand. In Frankreich erfolgte dies durch das erwähnte Gesetz vom Oktober 2017, in der Türkei durch das im April 2017 angenommene Verfassungsreferendum. So heißt es in der neuen Verfassung in Art. 104, der die Aufgaben und Kompetenzen des Präsidenten der Republik regelt, in Abs. 13 nun: »Er [der Präsident, J.H.] bestimmt die Sicherheitspolitik und trifft die erforderlichen Maßnahmen.«<sup>39</sup> Das Verfassungsreferendum wies hier dem Präsidenten, in Verbindung mit der Abschaffung des Ministerrats, nicht nur die sicherheitspolitische Kompetenz im Normalzustand zu, sondern brachte zudem eine grundlegende Neuregelung des Ausnahmezustands. Im Folgenden soll zunächst allerdings jene Regelung in Betracht kommen, auf deren Grundlage im Juli 2016 der Ausnahmezustand, der in die genannte Verfassungsänderung geführt hat, erklärt worden ist.

Der Art. 15 der Türkischen Verfassung (TV), der die weitgehende Außerkräftsetzung der in der Verfassung anerkannten Grundrechte

37 Vgl. OHCHR, *Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey*, März 2018, Paragraphen 46, 72 und 92.

38 Vgl. ebd., Paragraph 100.

39 Ich zitiere die Verfassung der Republik Türkei hier nach der Übersetzung von Christian Rumpf, die eine Synopse der vor und nach dem Referendum vom 16.04.2017 geltenden Fassungen bietet, [http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassung\\_synoptisch.pdf](http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassung_synoptisch.pdf); abgerufen am 30.04.2018.

im Notstand regelt, ist von Art. 15 EMRK inspiriert und dessen ersten beiden Absätzen nachgebildet.<sup>40</sup> Art. 15 TV ermöglicht innerhalb der türkischen Verfassung eine ähnliche Suspension verfassungsmäßig garantierter Grundrechte wie Art. 15 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* hinsichtlich der in ihr anerkannten Rechte. Sowohl für die Verfassung der Türkei wie für die EMRK gilt, dass Art. 15 nur geltend gemacht werden kann, wenn ein Ausnahmefall erklärt ist. Diese Erklärung rekurriert nicht allein auf einen Sachverhalt in der Welt, sondern ihrerseits auf die Verfassung. Grundlage für den am 20. Juli 2016 erklärten Ausnahmezustand war der (mit dem Referendum entfallene) Art. 120 TV.

In der 1982 in Kraft getretenen Verfassung umfasste die Ausnahmezustandsregelung die Artikel 119–122. Die bemerkenswerte Ausführlichkeit der Bestimmungen erhellt aus dem historischen Kontext: Am 12. September 1980 fand ein Putsch des Militärs statt, der das Kriegsrecht nach sich zog. Aus dieser Erfahrung ergab sich das Bestreben einer möglichst vollständigen Regelung gerade auch im Hinblick auf die Grundrechtsgewährleistung. (vgl. Rumpf 1988, 684) Während die Verfassung von 1982 die Folge eines erfolgreichen Militärputsches war, stellte der im Sommer 2016 auf der Grundlage von Art. 120 TV erklärte Ausnahmezustand die Reaktion auf einen gescheiterten Putschversuch von Teilen des Militärs dar.

Aus der Rolle des Militärs erklärt sich auch die entscheidende Neuerung, die das Verfassungsreferendum hinsichtlich des Ausnahmezustands brachte: der Wegfall des früheren Art. 122 und damit des Instituts der ›Ausnahmezustandsverwaltung‹. In Fällen äußerster Gefährdung der Sicherheit – der »Unteilbarkeit des Landes und der Nation« – hatte mit der Ausnahmezustandsverwaltung nach Art. 122 die Möglichkeit bestanden, die zivile Verwaltung zwar nicht auszusetzen, doch der Kontrolle einer Militärverwaltung zu unterstellen. Damit war insbesondere die Ausweitung der Militärstrafergerichtsbarkeit auch auf zivile Fälle verbunden. (vgl. dazu knapp ebd., 715) Vor diesem Hintergrund verfolgte die Abschaffung der Ausnahmezustandsverwaltung den Zweck, militärische Kompetenzen auf militärische Aufgaben zu beschränken, was von Verfassungsrechtler\_innen längst gefordert war und an »mittel- und westeuropäischen Maßstäben« gemessen »grundsätzlich zu begrüßen« sei. (Rumpf 2018, 11) Neu besteht nun neben dem Kriegszustand nur

40 Zum Verhältnis von Art. 15 TV und Art. 15 EMRK vgl. ausführlich Rumpf 1988, 692–702. Rumpf stellt keine Identität der beiden Artikel fest, sondern rekonstruiert vor dem Hintergrund der herausgearbeiteten Ähnlichkeit deren Differenz. Dabei geht es ihm darum, Art. 15 TV so auszulegen, dass dessen Tendenz, rechtsstaatliche Prinzipien auszuschalten, an die EMRK rückgebunden und dadurch relativiert wird. (vgl. insbes. ebd., 692 und 700)

noch *eine* Form des Notstands, die in nur noch einem, freilich längeren Artikel (119) geregelt ist.

Der Notstand wird künftig nicht mehr durch den – ganz abgeschafften – Ministerrat, sondern durch den Präsidenten der Republik erklärt. Mit dieser Befugnis, und allgemein mit der Abschaffung des Ministerrats, nimmt die Exekutivkompetenz des Präsidentenamtes zu. Allerdings bedarf die Erklärung des Ausnahmezustands nach wie vor der Zustimmung der Großen Nationalversammlung, des aus einer Kammer bestehenden Parlaments. Insofern das Parlament den Notstand gemäß Art. 119 nicht nur verlängern und verkürzen, sondern auch aufheben kann, lässt sich sagen, dass es über den Ausnahmezustand entscheidet, während der Präsident ihn nur erklärt. Eine erhöhte Befugnis erhält der Präsident hingegen künftig durch eine andere Neuerung. Statt dass die im Ausnahmezustand erforderlichen Maßnahmen, wie bisher, vom Ministerrat durch Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft umgesetzt werden, erhalten nun im Ausnahmezustand die Präsidialverordnungen – die im Normalzustand gemäß Art. 104 Abs. 17 gesetzlichen Regelungen nachgeordnet sind und keine Angelegenheiten regeln können, die Gegenstand eines Gesetzes sind – selbst *Gesetzeskraft*.<sup>41</sup> Hinzu kommt: Während Präsidialverordnungen im Normalzustand, ebenfalls gemäß Art. 104 Abs. 17, keine die Grundrechte betreffenden Gegenstände regeln dürfen, dienen sie im Ausnahmezustand gemäß des neuen Art. 119 gerade der Bestimmung der Beschränkung bzw. vorübergehenden Suspendierung der Grundrechte im Sinn von Art. 15. Im Unterschied zu den bisherigen Rechtsverordnungen mit Gesetzeskraft werden die Präsidialverordnungen nicht mehr vom Ministerrat (dem freilich jeweils der Präsident vorsaß), sondern ihrem Namen entsprechend vom Präsidenten erlassen. Dem Parlament sind sie dabei gemäß Art. 119 Abs. 5 noch am selben Tag zur Genehmigung vorzulegen.

In den Präsidialverordnungen verbinden sich zwei wesentliche Aspekte der Verfassungsänderung in der Türkei: die Integration außerordentlicher Befugnisse in den Normalzustand auf der einen, die Neuregelung des Ausnahmezustands auf der anderen Seite. Wie erwähnt, kann der Präsident nach Art. 104 Abs. 17 der neuen Verfassung auch im Normalzustand Präsidialverordnungen erlassen. Anders als bei der früheren Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft, die gemäß Art. 91 der alten Verfassung ebenfalls im Normalzustand, allerdings eben vom Ministerrat erlassen werden konnte, ist dabei für die Präsidialverordnung weder eine vorgängige Ermächtigung noch eine nachträgliche Bestätigung durch das Parlament erforderlich. Zwar können auch die Präsidialverordnungen der verfassungsgerichtlichen Kontrolle unterworfen

41 Zum Verhältnis von Präsidialverordnung und Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft vgl. Rumpf 2018, 4f. und 8f.

werden, doch haben die Möglichkeiten der Anfechtbarkeit gegenüber der bisherigen Regelung abgenommen. (vgl. Rumpf 2018, 8 und 12f.) Relativierend ist allerdings anzumerken, dass den Präsidialverordnungen, anders als den bisherigen Rechtsverordnungen, nur im Ausnahmezustand, nicht aber im Normalzustand Gesetzeskraft zukommt. Im Ausnahmezustand, in dem sie Gesetzeskraft haben, sind die Präsidialverordnungen dann auch, anders als im Normalzustand, dem Parlament zur Genehmigung vorzulegen. Gleichwohl erhöhen sich die Befugnisse des Präsidentenamtes mit der Verfassungsreform vor allem im Ausnahmezustand, in dem man »wohl von einer Gesetzgebungsbefugnis des Präsidenten [wird] sprechen können«.42 Bis zum In-Kraft-Treten der neuen Verfassung blieb allerdings die Rechtsverordnung mit Gesetzeskraft, das heißt das Regieren per Dekret, das maßgebende Instrument des Ausnahmezustands.

Bereits das erste Dekret mit Gesetzeskraft im Ausnahmezustand (»Kann Hükümde Kararname«, KHK/667) vom 23. Juli 2016 enthielt Maßnahmen, die nur nach Suspension von verfassungsmäßig garantierten Grundrechten zulässig sind. Dazu gehört die Möglichkeit einer Haft von bis zu dreißig Tagen ohne Zugang zu einer richterlichen Instanz.43 Dies erfordert nicht nur die Aussetzung von Art. 19 TV, sondern widerspricht auch dem in Art. 5 Abs. 3 EMRK und Art. 9 Abs. 3 des UN-Zivilpakts gewährten Recht auf Vorführung vor einen Richter. Diese Maßnahme des Dekrets ist nur dann zulässig, wenn neben der Suspension des innerstaatlichen Grundrechts auch die Verpflichtungen aus der EMRK und dem UN-Zivilpakt, im Rahmen des Möglichen, ausgesetzt sind.44

In seiner Erklärung zu den Notstandsmaßnahmen der Türkei hat Nils Muižnieks, Menschenrechtskommissar des Europarats, deutlich gemacht, dass mehrere der in diesem Dekret vorgesehenen Maßnahmen »sehr ernsthafte Fragen« aufwerfen, was ihre Kompatibilität mit den Anforderungen der EMRK, selbst unter dem Gesichtspunkt ihrer Derogation, sowie mit rechtsstaatlichen Prinzipien betrifft.45 Dagegen hatte Präsident Erdoğan in seinem Interview mit der ARD vom 25. Juli 2016

42 Christian Rumpf, *Das »neue« politische System der Türkei*, Bundeszentrale für politische Bildung, 17.10.2017, <https://www.bpb.de/internationales/europa/tuerkei/253181/das-neue-politische-system-der-tuerkei>; abgerufen am 07.05.2018.

43 Vgl. OHCHR, *Report on the impact of the state of emergency on human rights in Turkey*, März 2018, Paragraph 83 a, b und d.

44 Den UN-Zivilpakt hat die Türkei am 23.09.2003 ratifiziert; vgl. United Nations Treaty Collection, Chapter IV, 4.

45 Die Erklärung wurde am 26.07.2016 veröffentlicht, vgl. <http://www.coe.int/en/web/commissioner/-/measures-taken-under-the-state-of-emergency-in-turkey>; abgerufen am 21.03.2018. Vgl. ebenso die Stellungnahme (Opinion No. 865/2016 vom 12.12.2016) der European Commission for

darauf insistiert, dass allein der Putsch des Militärs illegal gewesen sei, sämtliche im Ausnahmezustand ergriffenen Maßnahmen hingegen innerhalb der Rechtsordnung verblieben.<sup>46</sup> Dass eine solche Argumentation überhaupt in Betracht kommt, weist darauf hin, dass die Weise, wie der Ausnahmezustand in der Verfassung der Türkei geregelt ist, Probleme hinsichtlich rechtsstaatlicher Prinzipien aufwirft. Dies gilt für die alte und erst recht für die mit dem Referendum von 2017 beschlossene neue Verfassung. (vgl. Rumpf 1988, 715 sowie Rumpf 2018, 11)

Wichtig ist allerdings zugleich die Einsicht, dass es nicht schlicht rechtsstaatliche Mängel der türkischen Verfassung sind, von denen her sich Probleme auf der menschenrechtlichen Ebene der EMRK ergeben. Am Beispiel der Türkei, aber auch an jenem Frankreichs wird deutlich, wie Art. 15 EMRK als Möglichkeit dient, fragwürdiges Ausnahmehandeln mit momentanen Rechtfertigungen auszustatten, die der gleichzeitig geübten Kritik entgegenwirken.<sup>47</sup> Der nachträglichen rechtlichen Beurteilung ist die Derogation der EMRK freilich nicht entzogen. Gemäß Art. 15 Abs. 3 EMRK ist der Generalsekretär des Europarats »über die getroffenen Maßnahmen und deren Gründe« umfassend zu unterrichten; wird dieser Pflicht nicht nachgekommen, verliert die Derogationserklärung ihre Gültigkeit. Mit der Unterrichtungspflicht verbindet sich die Befugnis des *Europäischen Gerichtshofs für Menschenrechte* (EGMR), die staatlichen Maßnahmen und damit die Rechtmäßigkeit der Derogation der EMRK zu überprüfen. (vgl. Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 13) Dieser Überprüfung hat der EGMR vier Kriterien zugrunde gelegt: Es muss erstens eine unmittelbare Gefährdung bestehen; es muss von dieser zweitens die gesamte Nation (wenn auch nicht das ganze Staatsgebiet) betroffen sein; es muss drittens eine Bedrohung für das organisierte Leben der Staatsgemeinschaft vorliegen; und es muss sich viertens um eine Situation handeln, in der die gemäß EMRK normalerweise zulässigen Maßnahmen und Einschränkungen klar unzureichend sind. Der Gerichtshof räumt den Mitgliedstaaten in der Frage, ob ein Notstand vorliegt, zwar einen weiten Beurteilungsspielraum ein. (vgl. Meyer-Ladewig et al. 2017, EMRK Art. 15 Rn. 7f.) Eine Suspensionserklärung kann von ihm

Democracy through Law (Venice Commission), Turkey. Opinion on emergency decree laws nos. 667-676 adopted following the failed coup of 15 July 2016.

46 Vgl. <https://www.tagesschau.de/multimedia/video/video-202649.html>, ab Minute 5:00; abgerufen am 07.05.2018.

47 Vgl. auch zu Frankreichs Derogation der EMRK die kritische Einschätzung des Menschenrechtskommissars des Europarats, Nils Muižnieks, in *Le Monde* vom 03.02.2016, [http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/02/03/luttons-contre-le-terrorisme-dans-le-respect-du-droit\\_4858281\\_3232.html](http://www.lemonde.fr/idees/article/2016/02/03/luttons-contre-le-terrorisme-dans-le-respect-du-droit_4858281_3232.html); abgerufen am 21.03.2018.

allerdings durchaus für ungültig erklärt werden.<sup>48</sup> Vor allem aber prüft der Gerichtshof die in der Folge der Suspension ergriffenen Maßnahmen, insbesondere hinsichtlich ihrer Notwendigkeit und das bedeutet auch: hinsichtlich des Umfangs, in dem sie angewandt werden.<sup>49</sup> Wenn, wie Juliane Kokott festhält, »die wichtigste rechtspolitische Errungenschaft der Menschenrechtsentwicklung« darin besteht, dass »Staaten, die die Menschenrechte verletzen, einem Rechtfertigungsdruck ausgesetzt sind« (Kokott 1999, 198), dann hat die EMRK mit der in Art. 15 enthaltenen Überprüfungsbefugnis an dieser Errungenschaft wesentlich Anteil.

Vor diesem Hintergrund ist hinsichtlich Art. 15 EMRK – und damit allgemein hinsichtlich der Integration des Ausnahmezustands in den Korpus der Rechte – eine Ambivalenz zu verzeichnen. Auf der einen Seite dienen dieser und vergleichbare Artikel anderer Konventionen dazu, den Ausnahmezustand – durch die prospektive Regelung seiner Anwendung und durch die Möglichkeit seiner retrospektiven Beurteilung – sowohl dem Zweck wie dem Umfang nach klar zu begrenzen: Die Einbindung des Ausnahmezustands in die Menschenrechtstexte zielt auf den Schutz der Rechte vor willkürlichen Ausnahmen. Während in der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* die Beschränkung der Rechte noch in einer einzigen Bestimmung (Art. 29 Abs. 2) geregelt ist, sind in den folgenden internationalen Menschenrechtsverträgen die Beschränkungsmöglichkeiten aufgefächert und hinsichtlich der verschiedenen Rechte spezifiziert. Mit dieser Änderung war nicht die Ausdehnung, sondern die Beschränkung der möglichen Einschränkungen angestrebt. In diesem Sinn schreibt Alexandre Charles Kiss: »The change from a single, general clause to several particular formulas reflected a desire to tailor limitations to the extent strictly necessary so as to assure maximum protection to the individual.« (Kiss 1981, 291) Auf der anderen Seite ist nicht zu übersehen, wie Art. 15 – entgegen dem benannten Zweck – von Staaten als wirksames Mittel genutzt wird, um die Verletzung von Menschenrechten als im Rahmen des Rechtmäßigen und damit als Nicht-Verletzung derselben

48 So im Fall Großbritanniens, das nach dem 11. September 2001 eine Suspension gemäß Art. 15 EMRK erklärte, obschon die Anschläge nicht direkt gegen Großbritannien gezielt hatten. (vgl. Grabenwarter et al. 2016, § 2 Rn. 8)

49 Eine solche Beurteilung der Maßnahmen nimmt neben dem EGMR auch der Menschenrechtskommissar des Europarats vor. In seinem die Türkei betreffenden Memorandum vom 7. Oktober 2016 anerkannte er ausdrücklich die Notwendigkeit des Ausnahmezustands und der Derogation der EMRK (Abs. 7), kritisierte allerdings »the scope and application« der erlassenen Dekrete (Abs. 8) sowie die Absicht einer weiteren Verlängerung des Ausnahmezustands (Abs. 12), was mit konkreten Forderungen einherging. (Commissioner for Human Rights, *Memorandum on the human rights implications of the measures taken under the state of emergency in Turkey*, CommDH(2016)35 vom 07.10.2016)

darzustellen.<sup>50</sup> Gegen diese Möglichkeit des Missbrauchs sind wiederum in den menschenrechtlichen Texten selbst – etwa in Artikel 17 EMRK oder Art. 5 Abs. 1 UN-Zivilpakt – Regelungen eingebaut, die es verbieten, den jeweiligen Vertragstext so auszulegen, dass es zulässig erscheinen kann, die festgelegten Rechte abzuschaffen oder stärker einzuschränken, als im jeweiligen Vertrag vorgesehen.<sup>51</sup> Die Ambivalenz des hier vor allem diskutierten Art. 15 EMRK liegt darin, dass er auf der einen Seite für die Suspension der Rechte eine Rechtfertigung einfordert und dass er auf der anderen Seite mit dem Konzept des ›Lebens der Nation‹ ein Narrativ der Rechtfertigung zur Verfügung stellt, das politisch auch dann wirksam ist, wenn es sich ex post als juristisch nicht tragfähig erweist.<sup>52</sup>

### *Ausnahmen jenseits der Menschenrechte*

In den folgenden Kapiteln werde ich in einer historischen Perspektive erläutern, in welchem Zusammenhang das ›Leben der Nation‹ und damit die Suspension grundlegender Rechte mit der Frage von Ökonomie und Bevölkerung stehen. Die Verbindung zur Ökonomie möchte ich allerdings schon an dieser Stelle mit Blick auf die Gegenwart einführen. Denn der nationale Ausnahmezustand ist nicht nur Bestandteil jener völkerrechtlichen Verträge, welche den Schutz der Menschenrechte zum Inhalt haben. Er spielt auch in internationalen Abkommen eine Rolle, die sich auf die Garantie privater ökonomischer Interessen richten. An diesen Abkommen und ihrer Aussetzung wird zweierlei deutlich: erstens die Weise, in der sich das staatliche Interesse, spezifischer das Interesse der nationalen Ökonomie, auf das ökonomische Interesse der Einzelnen bezieht und sich daran bindet; zweitens die Weise, in der diese Verbindung aufgelöst und die privaten Rechte ausgesetzt werden, wenn sich zwischen den privaten und den staatlichen Interessen ein für die nationale Ökonomie bedrohlicher Konflikt ergibt. In der Frage von Berechtigung und Entrechtung, von Gewährung und Entzug von Rechten, ist der ökonomische Gesichtspunkt, das heißt das Verhältnis von privater und staatlicher Ökonomie bedeutsam. Dieses Verhältnis werde ich im Folgenden anhand sogenannter (internationaler) ›Investitionsschutzabkommen‹ skizzieren, bevor ich mich ihm an späterer Stelle ausführlicher

50 Ferner wird auf nationaler Ebene Sicherheitsprävention nicht selten selbst »als Ausfluss fundamentaler Menschenrechte« (Fischer-Lescano 2008, 168) aufgefasst, so dass subjektive Rechte gegen das Recht auf Sicherheit abgewogen werden.

51 Zur Absicherung gegen Missbrauch im UN-Zivilpakt vgl. Buergethal 1981, 86–89.

52 Zur Funktionsweise von Rechtfertigungsnarrativen vgl. Forst 2013.

im Hinblick auf die Vorgeschichte der Menschenrechte zuwenden werde. Die ökonomische Logik der Ausnahme hat die Genese der Rechte seit Beginn der Neuzeit und damit schon vor den ersten Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts begleitet. Später ist diese Logik auch für die Suspension von Menschenrechten einflussreich und heute darüber hinaus ebenso hinsichtlich völkerrechtlich garantierter Rechte wirksam, die nicht den Status von Menschenrechten haben. Die Frage der Menschenrechte stellt sich allerdings auch hinsichtlich der erwähnten Investitionsschutzabkommen. Dabei geht es um die Menschenrechte dritter Parteien, das heißt betroffener Bevölkerungsgruppen, die nicht in das Verfahren involviert sind.<sup>53</sup> Im Folgenden liegt der Fokus allerdings auf dem Streit zwischen den involvierten Parteien.

Investitionsschutzabkommen werden häufig als bilaterale völkerrechtliche Verträge, *Bilateral Investment Treaties* (BITs), zwischen zwei Staaten abgeschlossen. Instruktiv ist in diesem Zusammenhang das Beispiel des Abkommens zwischen Argentinien und den USA, das 1991 unterzeichnet wurde und 1994 in Kraft trat. Es bezweckt, wie aus den ersten Zeilen der Präambel hervorgeht, größere ökonomische Kooperation zwischen den Vertragsstaaten und zwar »with respect to investment by nationals and companies of one Party in the territory of the other Party«. <sup>54</sup> Der durch das Abkommen erleichterte Fluss privaten Kapitals – von Einzelpersonen wie von Unternehmen – soll der ökonomischen Entwicklung beider Staaten dienen. Es liegt hier also die Idee zugrunde, dass die Förderung ökonomischer Privatinteressen den ökonomischen Interessen der Staaten zugute kommt. Probleme ergeben sich dann, wenn diese Kalkulation nicht aufgeht und die privaten Interessen den staatlichen Interessen zuwiderlaufen. Zu dieser Situation kam es zwischen US-amerikanischen Investoren und dem Staat Argentinien nach der Jahrtausendwende. Die Investoren hatten in den 1990er Jahren Beteiligungen an den argentinischen Gasversorgern erworben, die zuvor privatisiert worden waren. In Reaktion auf die anhaltende Finanz- und Wirtschaftskrise erließ die argentinische Regierung im Jahr 2002 Notstandsgesetze, durch welche die in Lizenzverträgen vereinbarten Rechte der Investoren außer Kraft gesetzt wurden. Die Kläger sahen darin eine Verletzung des Abkommens durch den argentinischen Staat. Sie brachten ihre Klagen in mehreren Fällen vor das zuständige Investitionsschiedsgericht, das *International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID). (vgl. dazu Renner

53 Dass in den betreffenden Fällen die Menschenrechte dieser dritten Parteien auf die ökonomische Dimension verengt und dadurch in die Rationalität des Freihandels integriert werden, heben kritisch Hannah Franzki und Johan Horst hervor. (vgl. Franzki und Horst 2016, 355–358)

54 *Argentina-United States: Treaty Concerning the Reciprocal Encouragement and Protection of Investment*, Washington, 14.11.1991, 31 I.L.M. 124 (1992), Präambel.

2011, 157–161) Dessen Verfahren sind von nationalen Rechtsordnungen unabhängig und werden zum überwiegenden Teil auf der Grundlage von *Bilateral Investment Treaties* geführt.<sup>55</sup> In der Beurteilung der argentinischen Notstandsgesetze stand die Frage im Vordergrund, auf welche völkerrechtlichen Grundlagen sich der staatliche Notstand stützen konnte. Das ist zum einen, völkervertragsrechtlich, die Regelung in Art. 11 des genannten BIT, und zum anderen, völkergewohnheitsrechtlich, die Regelung in Art. 25 der im Jahr 2001 von der *International Law Commission* verabschiedeten *Draft articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*. Nach beiden Regelungen können Maßnahmen, die internationalen Pflichten zuwiderlaufen, rechtlich dann zulässig sein, wenn sie zur Erhaltung der öffentlichen Ordnung oder für das staatliche Sicherheitsinteresse notwendig sind.<sup>56</sup> Dass die Gefährdung der inneren Sicherheit auch in einer ökonomischen Notsituation des Staates liegen kann, brachte das Schiedsgericht explizit zum Ausdruck. Selbst wenn es in den Argentinienfällen mehrheitlich für die privaten Kläger aus den USA entschieden hat (vgl. Renner 2011, 160), ist damit eingeräumt, dass es völkerrechtlich zulässig sein kann, wenn Staaten »private Willkür zugunsten öffentlicher Belange begrenz[en]«. (ebd., 21) Mit dem Zusammenhang zwischen nationaler Ökonomie und rechtlichen Ausnahmen werde ich mich unten noch ausführlich beschäftigen, wenn ich mich dem Konzept des »Lebens der Nation« zuwende.

An dieser Stelle gilt es Folgendes festzuhalten: Die Praxis der internationalen Schiedsgerichtsbarkeit zeigt zunächst, dass die staatliche Ausnahmelogik im transnationalen Bereich auch dort eine Rolle spielt, wo es nicht um Menschenrechte im engen Sinn geht, sondern wo die private, insbesondere ökonomische Willkürfreiheit im Namen der national-ökonomischen Sicherheit eingeschränkt werden soll. Die Praxis internationaler Schiedsgerichte macht darüber hinaus deutlich, dass staatliche Notstandsgesetzgebungen, wie im Fall Argentiniens, zumindest nachträglich der Kontrolle und völkerrechtlichen Beurteilung zugänglich sind. Dies gilt auch, wie bereits herausgestellt, für die Ausnahmestände in Frankreich und in der Türkei. Auch hier wird beurteilt, ob die Anwendung von Art. 15 der *Europäischen Menschenrechtskonvention* rechtmäßig war. Gleichwohl bleibt festzuhalten, dass internationale Menschenrechtsverträge durch die Aufnahme von Ausnahmerartikeln die Legitimation staatlicher Ausnahmestände *in actu* erleichtern. Auf Ebene der Texte und

55 Aufgrund ihrer Unabhängigkeit von nationalen Rechtsordnungen wirken Gerichte und Streitschlichtungsgremien als »Motoren der Verfassungsbildung« jenseits des Staates. (Möller 2015, 280)

56 Zu den in BITs genannten Zwecken, die eine Abweichung von den vereinbarten Pflichten als zulässig erscheinen lassen können, vgl. allgemeiner Burke-White und von Staden 2008, 332–335.

ihrer Deutung ergibt sich so eine Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten, die in diesem Kapitel thematisch war. Folgt man Hannah Arendt und Giorgio Agamben, ist die Komplementarität, in der die Erklärung von Grund- und Menschenrechten zu ihrer Suspension im Ausnahmezustand steht, allerdings nicht nur an der Oberfläche der Verfassungs- und Vertragstexte zu verorten, sondern greift tiefer, bis zur Grundlage des modernen demokratisch-rechtsstaatlichen Nationalstaats. Seine Grundlage hat dieser, so Arendt und Agamben übereinstimmend, in der Geburt der Bürger\_innen. Es ist demnach die für den Nationalstaat konstitutive Verbindung von Nativität und Nationalität, bei der die Komplementarität von Berechtigung und Entrechtung ansetzt. Arendt und Agamben ist gemeinsam, dass sie die Problematik der Ausnahme und damit des Entzugs von Menschenrechten in einen engen Bezug zur Normalität des Nationalstaats stellen, ja die Logik der Ausnahme in der nationalstaatlichen Normalität selbst begründet sehen. Die Weise, in welcher der Nationalstaat mit einer Dialektik von Berechtigung und Entrechtung zusammenhängt, verstehen sie dabei unterschiedlich, wobei der Fluchtpunkt der Analyse jeweils im Umschlag zum Totalitarismus liegt. Ich werde mich diesen zwei Perspektiven in den beiden folgenden Kapiteln (3.2 und 3.3) zuwenden, um daran anschließend auf das Desiderat zu reagieren, dass das Verhältnis von Totalitarismus und Kapitalismus nicht hinreichend beleuchtet wird (Kapitel 4.1).

### 3.2 Die ›sogenannten Menschenrechte‹ und das Paradox des Nationalstaats (Arendt)

»Der Paß ist der edelste Teil von einem Menschen. Er kommt auch nicht auf so einfache Weise zustand wie ein Mensch. Ein Mensch kann überall zustandkommen, auf die leichtsinnigste Art und ohne gescheiterten Grund, aber ein Paß niemals. Dafür wird er auch anerkannt, wenn er gut ist, während ein Mensch noch so gut sein kann und doch nicht anerkannt wird. [...] Und doch könnt man behaupten, daß der Mensch in gewisser Hinsicht für den Paß notwendig ist. Der Paß ist die Hauptsach, Hut ab vor ihm, aber ohne dazugehörigen Menschen wär er nicht möglich oder mindestens nicht ganz voll.«  
*Kalle zu Ziffel in Bertolt Brechts Flüchtlingsgesprächen. (1967b, 1383f.)*

Was bedeutet der Pass für den Menschen und was der Mensch für den Pass? Diese Fragen stellen sich der Arbeiter Kalle und der Physiker Ziffel,

die sich während des Zweiten Weltkriegs im Restaurant des Hauptbahnhofs Helsinki treffen und unterhalten. Beide sind sie aus Deutschland Vertriebene, nach Finnland Geflüchtete. Worauf es ankommt, ist ein guter Pass, etwa ein finnischer. Einen solchen Pass zu haben bedeutet, Staatsangehöriger eines guten Staates zu sein. Gut ist ein Staat, der einem Rechte verschafft und garantiert. Als Besitzer eines guten, anerkannten Passes, so scheint es, kann man mit Menschenrechten rechnen; denn man kann damit rechnen, dass der Staat, dem man angehört, sie für alle Bürger\_innen anwendet und durchsetzt. Weil der Pass den Menschen zum Bürger<sup>57</sup> und damit zum Träger von Rechten macht, ist der Pass ›der edelste Teil von einem Menschen‹.

Bei Arendt wird die Lage derjenigen thematisch, die keinen Pass haben und damit aus dem Kreis der Bürger\_innen ausgeschlossen sind. Die Ausgrenzung bedeutet ihr zufolge nicht weniger als den vollständigen Verlust der Menschenrechte. Angelpunkt von Arendts Menschenrechtskritik bildet die Untersuchung des legalen Status der Rechtlosen. Leitend ist die Frage, »welcher Art von Rechten sie verlustig gingen, als sie ihre Menschenrechte verloren«. (Arendt 1949, 756) Diese Frage zielt nicht auf die Aufzählung der verlorenen Rechte. Sie ist nicht numerisch, sondern qualitativ gemeint: Nicht welche Rechte es sind, sondern welcher Art sie sind, interessiert. Denn welche Rechte es sind, steht für Arendt außer Frage. Es handelt sich um all die Rechte, die man seit dem amerikanischen und französischen 18. Jahrhundert als die unveräußerlichen Rechte des Menschen erklärt und gezählt hat und die seit dem 19. und 20. Jahrhundert zunehmend eine grundrechtliche Verankerung und Garantie in verschiedenen nationalen Verfassungen erfuhren. Für Arendt ist auch klar, wann diese Menschenrechte verloren werden: im selben Moment, in dem man die nationalen Rechte, die Rechte der Staatsbürger\_innen, verliert.<sup>58</sup> In diesem Punkt stimmt Arendt der konservativen Menschenrechtskritik von Edmund Burke zu, der dargelegt hatte, weshalb er den Rechten eines Engländers gegenüber den in der Französischen Revolution erklärten Rechten des Menschen den Vorzug gab. An der pragmatischen Richtigkeit von Burkes Position, so Arendt, bestehe kein Zweifel, denn:

57 Sofern hier und im Folgenden vom ›Bürger‹ als (juridischer) Figur die Rede ist, verwende ich das generische Maskulinum.

58 Die juristische Lage hat sich inzwischen bedeutend gebessert: Die intensive nationale und supranationale Positivierung der Menschenrechte hat zu einem juristischen Zustand geführt, in dem auch Menschen ohne Staatsbürgerschaft als ›Rechtspersonen‹ gelten und rechtlichen Schutz erhalten (sollten). Mit Blick auf Arendt bemerkt dies explizit Brunkhorst 1999, 174. Der rechtliche Status fällt dabei allerdings weit hinter jenen von Staatsbürger\_innen zurück. Eben darauf kommt es an: Denn die Ungleichheit vor

»Der Verlust der nationalen Rechte hat in allen Fällen den Verlust der Rechte nach sich gezogen, die seit dem 18. Jahrhundert zu den Menschenrechten gezählt wurden, und diese haben, wie das Beispiel der Juden und des Staates Israel zeigt, bisher nur durch die Etablierung nationaler Rechte wiederhergestellt werden können. Der Begriff der Menschenrechte brach, wie Burke es vorausgesagt hatte, in der Tat in dem Augenblick zusammen, wo Menschen sich wirklich nur noch auf sie und auf keine national garantierten Rechte mehr berufen konnten. Sobald alle anderen gesellschaftlichen und politischen Qualitäten verloren waren, entsprang dem bloßen Menschsein keinerlei Recht mehr. Vor der abstrakten Nacktheit des Menschseins hat die Welt keinerlei Ehrfurcht empfunden«. (Arendt 2011a, 620)

Was Arendt an den Menschenrechten interessiert, ist die Frage, »warum gerade der Verlust solcher Rechte sie [die Rechtlosen, J.H.] in eine Situation absoluter Rechtlosigkeit brachte«. (ebd., 607) Arendt sieht einen Zusammenhang zwischen der spezifischen Art dieser Rechte und der aus ihrem Verlust folgenden absoluten Rechtlosigkeit: Wären die Rechte von anderer Art, so wäre die Rechtlosigkeit, die ihr Entzug bewirkt, nicht absolut. Der Entzug der Menschenrechte bedeutet, mit Hegel gesprochen, eine ›bestimmte Negation‹<sup>59</sup>, denn die Beschaffenheit der Situation, in der die Rechte fehlen, ist aus der Beschaffenheit dessen zu erklären, was fehlt. Daraus folgen mehrere Punkte, die Arendts Auseinandersetzung mit den Menschenrechten charakterisieren. Erstens ergibt sich daraus eine spezifische Stoßrichtung der Kritik: Arendts Kritik absoluter Rechtlosigkeit insistiert gerade nicht auf der absoluten Geltung der Menschenrechte, sondern unternimmt deren kritische Analyse. Damit hängt, zweitens, ein bestimmter Gegenstand der Kritik zusammen: Die kritische Analyse der Menschenrechte richtet sich nicht auf die Idee von Menschenrechten überhaupt, sondern auf den zeitgenössischen Diskurs und damit auf die zeitgenössische Politik der Menschenrechte. In Frage steht, genauer, welcher *Begriff* der Menschenrechte in diesem Diskurs zur Geltung kommt: Wie wird hier das Kompositum ›Menschen-Rechte‹ begrifflich ausgelegt? Arendts kritische Analyse richtet sich auf das menschenrechtliche Verständnis der Begriffe ›Mensch‹ und ›Rechte‹ und somit auf beide Bestandteile des Kompositums. Dem entspricht, drittens, ein spezifisches, zweiseitiges Verfahren der Kritik. Diese beiden, auf das

dem Gesetz verstößt nicht nur gegen die Herrschaft des gleichen Gesetzes (als Prinzip des rechtsstaatlichen Nationalstaats), sondern auch gegen die Gleichheit aller Personen (als Prinzip der Menschenrechte). Dass im Effekt nur Staatsbürger\_innen den Schutz der Menschenrechte genießen und Arendts Analyse insofern auch für die Gegenwart aktuell bleibt, macht Agamben geltend. (vgl. Agamben 2006, 25)

59 Vgl. Hegel 1988, Vorrede, 44.

Kompositum ›Menschen-Rechte‹ bezogenen Seiten der Kritik werde ich im Folgenden erläutern.

*Vereinzelter Mensch und kraftlose Rechte:  
Arendts Begriffskritik der Menschenrechte*

Hinsichtlich des ersten Bestandteils des Kompositums ›Menschen-Rechte‹ kritisiert Arendt den menschenrechtlichen Diskurs dafür, dass in ihm die Trennung des Menschen von der politischen Gemeinschaft als natürlich gegeben, als anthropologische Voraussetzung erscheint. Damit wird der Mensch als politisches Lebewesen verkannt und die ihn kennzeichnende Lebensform negiert.<sup>60</sup> In ihrer zeitgenössischen Gestalt setzen die Menschenrechte den Menschen als aller Vergemeinschaftung vorgängig voraus, statt bei der ihm konstitutiven Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft anzusetzen. Darin besteht der Zusammenhang zur absoluten Rechtlosigkeit, die aus dem Verlust der Menschenrechte folgt: Das Fehlen jedes politischen Status, das aus dem Verlust der Menschenrechte folgt, nehmen diese als *conditio humana* vorweg: Der Entzug der Menschenrechte ist die Verwirklichung ihrer Voraussetzung, nämlich ihres Begriffs des Menschen. Gerade weil der Diskurs der Menschenrechte ein nicht-politisches Verständnis des Menschen lehrt, muss die Abstraktion von jeder politischen Qualität – die absolute Entrechtung – als selbstverständliche Konsequenz des Verlusts dieser Rechte erscheinen. Schützen die Menschenrechte den vereinzelt Menschen, so gibt der Wegfall der Menschenrechte den Menschen eben dieser als ›natürlich‹ vorausgesetzten Vereinzelung preis.

Arendt bedient sich der Wendung die »sogenannten Menschenrechte« (Arendt 2011a, 611), wenn sie von den seit dem 18. Jahrhundert formulierten Katalogen der bürgerlichen Menschenrechte spricht. Damit ruft sie eine Tradition der Kritik auf, an deren Beginn Marx steht. Dieser hält mit Blick auf die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* (in ihren verschiedenen während der Französischen Revolution entstandenen Entwürfen) fest: »Vor allem konstatieren wir die Tatsache, daß die sogenannten *Menschenrechte*, die *droits de l'homme* im Unterschied von den *droits du citoyen*, nichts anderes sind als die Rechte des *Mitglieds der bürgerlichen Gesellschaft*, d.h. des egoistischen Menschen, des vom Menschen

60 Eine Bestimmung des Menschseins durch soziale und politische Existenz entwickelt auch Judith Butler; die körperliche Existenz ist dem politischen Leben allerdings – anders als bei Arendt und Agamben – nicht entgegengesetzt, sondern die auch physische Verwundbarkeit bildet hier zugleich das Produkt wie die Voraussetzung eines gelingenden politischen Lebens. (vgl. Butler 2005, 36–43)

und vom Gemeinwesen getrennten Menschen.« (Marx 2006, 364, Hervorh. im Original) Wie Marx vertritt Arendt die Position, dass die Rechte des *homme*, im Unterschied zu den Rechten des *citoyen* (des Bürgers), den Menschen von der Gemeinschaft trennen. Sie versteht diese Trennung allerdings anders als Marx. Während Marx die Trennung von der Gemeinschaft darin sieht, dass die ›sogenannten Menschen-rechte‹ dem Menschen ein Recht auf Egoismus geben, liegt für Arendt die Trennung darin, dass sie dem Menschen überhaupt kein Recht geben.<sup>61</sup> Für Arendt sind die ›sogenannten Menschenrechte‹ nicht nur deshalb ›so genannt‹, weil es sich um die falschen, sondern weil es sich um gar keine Rechte handelt.

In dieser Differenz zu Marx liegt die zweite Seite von Arendts Kritik: ihre Kritik daran, was – oder wie wenig – im Kompositum ›Menschen-Rechte‹ der Begriff der Rechte bedeutet. Dem Menschen als solchem – das ist Arendts Punkt – kommen keine Rechte zu. Ihr zufolge liegt ein Recht nur vor, wenn der Anspruch, den es formuliert, realisiert werden kann. Rechte hat der *homme* nach Arendt nur, insofern er *citoyen* ist: Bürger\_in eines Gemeinwesens.

Hier liegt die Verbindung der beiden Seiten von Arendts Kritik: Nur als Mitglied eines politischen Gemeinwesens kann der Mensch Träger von Rechten sein. Solange der menschenrechtliche Diskurs den Menschen als vom Gemeinwesen getrennt begreift, kann diesem Menschen kein Recht zukommen. Und solange im menschenrechtlichen Diskurs der Begriff der Rechte nicht als einklagbarer Anspruch gefasst ist, werden die Menschenrechte den Menschen auch nicht schützen können. In dem von Arendt kritisierten Kompositum ›Menschen-Rechte‹ sind die Vereinzelung des Menschen und die Kraftlosigkeit der Rechte aufeinander bezogen. Arendts Urteil über die zeitgenössische Gestalt der Menschenrechte fällt grundlegend aus: Als Rechte des abstrakten, nackten Menschen sind die Menschenrechte keine Menschenrechte. Von einem angemessenen Begriff des Menschen sind sie gleichermaßen weit entfernt wie von einem belastbaren Begriff von Rechten. Sie verfehlen die für den Menschen konstitutive politische Lebensform und die für die Rechte konstitutive faktische Einklagbarkeit. Die Menschenrechte verstehen sowohl den Menschen als auch die Rechte falsch und missverstehen daher sich selbst. Es »gibt« diese Menschenrechte nicht, denn in ihrer realisierten Gestalt ist nichts, was ihrem Begriff bzw. den beiden im Kompositum enthaltenen Begriffen entspricht. Was ›Menschenrechte‹ genannt wird, ist bloß ›sogenannt‹.

Arendts Kritik zielt allerdings nicht darauf, dass die sogenannten Menschenrechte nur Schall und Rauch seien und ihrem Begriff in der

61 Für eine ausführliche Kritik an Marx' Kritik »der bürgerlichen Gesellschaft als einer Gesellschaft des Egoismus« und an seiner damit verbundenen Kritik der Menschenrechte vgl. Lefort 1990, 246–257, hier 257.

Wirklichkeit nichts korreliere. Sie kritisiert den Diskurs der Menschenrechte nicht als leere Worte, sondern mit Blick auf seine praktischen Konsequenzen. Das Problem sieht Arendt nicht in der Folgenlosigkeit, sondern in der Wirkung, die der Diskurs der sogenannten Menschenrechte hat. Denn dieser realisiert sich in einer Praxis, die dem richtig verstanden Begriff der Menschenrechte nicht nur nicht entspricht, sondern ihm entgegensteht. Statt dem Menschen einen Ort im Politischen und damit im Recht zu sichern, isolieren die sogenannten Menschenrechte den Menschen von der Gemeinschaft und machen ihn zu einer Ausnahme vom Recht. Sie entsprechen damit der Logik des Ausnahmezustands, der den Menschen als nacktes Leben aus dem Politischen ausstößt, selbst dann, wenn sie dem nackten Menschen ein Dach, Kleidung und Nahrung verschaffen wollen. Dass sie Mildtätigkeit und humanitäres Engagement für denjenigen Menschen fordern, der nicht sicher in eine politische Gemeinschaft eingebunden ist, eröffnet nicht den Rechtsweg zurück in die Gemeinschaft.<sup>62</sup> Einer Kritik, die in den Menschenrechten eine zwar wirkungslose, aber zugleich ›unschuldige‹ Institution sieht, schließt sich Arendt nicht an. Im Gegenteil: Die sogenannten Menschenrechte machen sich durch ihre Wirkung ›schuldige‹. Denn sie tragen dazu bei, dass sich keine normative Ordnung herausbilden kann, die einem adäquaten Begriff sowohl des Menschen wie der Rechte entspräche.

Arendt formuliert daher einen anderen, zweiten Begriff der Menschenrechte. Diesen setzt sie in ihrem 1949 erschienenen Aufsatz »Es gibt nur ein einziges Menschenrecht«<sup>63</sup> direkt der Pluralität der ›sogenannten‹, dem Begriff nicht entsprechenden und in diesem Sinn nicht-existenten Menschenrechte entgegen. Das Menschenrecht im Singular ist das eine »Recht, Rechte zu haben« (Arendt 2011a, 614). Das Recht auf Rechte ist ein Recht auf Mitgliedschaft, nämlich das Recht, Mitglied einer politischen Gemeinschaft zu sein. Mit dem Recht auf Rechte sind beide Seiten von Arendts Kritik der Menschenrechte adressiert: Es ist einerseits

62 Zur Kritik eines humanitären Verständnisses der Menschenrechte vgl. Rancière 2011, 474 sowie Agamben HS, 142f. Rancière kritisiert, dass aus einem humanitären Verständnis ein Recht auf »humanitäre Intervention« abgeleitet wurde, »das letzten Endes ein Recht auf Invasion war«. Agamben hingegen kritisiert, dass ein *humanitär* begriffenes Engagement für die Menschenrechte ihnen die *politische* Kraft raubt; so verstandene Menschenrechte wiederholen die Absonderung nackten Lebens, auf der die Souveränität beruht.

63 Dieser Aufsatz ist inhaltlich weitgehend mit dem Abschnitt *Die Aporien der Menschenrechte* identisch, der am Ende des neunten Kapitels (*Der Niedergang des Nationalstaates und das Ende der Menschenrechte*) des zweiten Teils (*Imperialismus*) von Arendts *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* steht. Ein wesentlicher Unterschied besteht allerdings darin, dass Arendt im Aufsatz von 1949 dem Begriff der Menschenrechte dadurch

das Recht auf wirkliche, das heißt einklagbare Rechte; und es ist andererseits das Recht des wirklichen, das heißt des politischen Menschen. Im Recht auf Rechte drückt sich damit eben der Zusammenhang von politischer Gemeinschaft und juridischer Geltung, von Mensch und Rechten aus, der im Fokus von Arendts Kritik steht. Mit dem Postulat eines Rechts auf Rechte zieht Arendt damit eine grundlegende Konsequenz aus ihrer kritischen Analyse.

*Das einzige Menschenrecht: Die Fähigkeit, beurteilt zu werden*

In Arendts Vorschlag des einen Menschenrechts hängen die beiden Seiten – die (juridische) Seite der Rechte und die (politische) Seite des Menschen – zwar irreduzibel zusammen, sind aber nicht in gleichem Maß bedeutsam. Die offenkundige Bedeutung des Rechts auf Rechte liegt zunächst auf der juridischen Seite, nämlich darin, dass ohne dieses *eine* Recht »keines von all den anderen Rechten realisierbar ist«. (Arendt 1949, 770) Die Mitgliedschaft in einer politischen Gemeinschaft bildet die Voraussetzung, um Menschenrechte einklagen zu können. Und nur wer Rechte wirksam einklagen kann, *hat* diese Rechte. Weil es die Voraussetzung des Rechte-Habens darstellt, ist das Recht auf Rechte juridisch bedeutsam. In diesem juridischen Aspekt liegt die offenkundige, aber für Arendt nicht die wesentliche Bedeutung des Rechts auf Rechte. Denn bei der Mitgliedschaft geht es gar nicht primär um das ›Haben‹ von Rechten, sondern »[e]twas viel Grundlegenderes als die Staatsbürgerrechte der Freiheit und Gerechtigkeit steht [...] auf dem Spiel«. (ebd., 760) Auf dem Spiel steht die grundlegende menschliche Fähigkeit, »nach seinen Handlungen und Meinungen beurteilt« zu werden (ebd.), und damit in Arendts Augen nichts Geringeres als das Mensch-Sein selbst. Der Mensch ist nicht Mensch aufgrund seiner Fähigkeit zu urteilen, sondern aufgrund der Fähigkeit in bestimmter Weise, das heißt nach bestimmten Gesichtspunkten, *beurteilt* zu werden.

Da sich das Mensch-Sein nur in der Beziehung zwischen Menschen realisiert, kann auch diese Fähigkeit, auf der das Mensch-Sein beruht, nicht im einzelnen Menschen liegen: Die den Menschen kennzeichnende Fähigkeit besteht nicht als Vermögen im Subjekt, sondern allein im intersubjektiven Vollzug. Die Realisierung dieser Fähigkeit liegt nicht an uns:

neuen Sinn geben möchte, dass das »Recht, einem politischen Gemeinwesen zuzugehören«, von der Gemeinschaft der Nationen garantiert werden soll. (Arendt 1949, 770) Diese positive Aneignung des Menschenrechtsbegriffs entfällt im später (1951) erschienenen Buchabschnitt, in dem die Aporien der Menschenrechte im Fokus stehen. (vgl. zu dieser Differenz Menke 2008a, 132 und 138–147)

Wir können sie nicht in einem eigenmächtigen Akt verwirklichen, nicht durch das, was wir äußern oder tun. Sie realisiert sich vielmehr dadurch, dass unsere Meinungen »Gewicht« und unsere Handlungen »Wirksamkeit« haben (vgl. ebd.), also dadurch, dass wir in unserem Meinen und Handeln anerkannt werden (und erst dadurch überhaupt meinen und handeln können). Wir erfahren diese Anerkennung eben dann, wenn wir, wie Arendt später auch in *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft* formuliert, danach beurteilt werden, was wir tun und wie wir uns äußern. (vgl. Arendt 2011a, 614) Nur dann sind wir als Teilnehmende an der gemeinschaftlichen Praxis anerkannt und gehören dieser Gemeinschaft als gleiche Mitglieder an. Arendt bezeichnet daher diese Fähigkeit, im eigenen Handeln und Meinen und somit als Mitglied anerkannt zu werden, auch als die »Fähigkeit zum Politischen«. (ebd., 615 und ebenso Arendt 1981, 29) Mensch-Sein heißt demnach, in seiner politischen Qualität anerkannt zu werden. Wer dagegen aus der politischen Gemeinschaft ausgeschlossen ist, wird dieser Fähigkeit zum Mensch-Sein beraubt. Weil es beim Recht auf Rechte um diese Fähigkeit zu tun ist, steht mit ihm nicht nur das juridische Rechte-Haben, sondern auch dieses politische Mensch-Sein auf dem Spiel. Deshalb hat das Recht auf Rechte nach Arendt eine so grundlegende Bedeutung.

Vor diesem Hintergrund zeigt sich, dass Arendts kritische Analyse heute genauso aktuell ist wie Ende der 1940er und Anfang der 1950er Jahre. Zwar hat sich die juridische Seite verändert: Menschenrechtlicher Schutz ist inzwischen auch auf internationaler Ebene fest verankert und besteht daher bis zu einem gewissen Grad unabhängig von staatsbürgerlicher Mitgliedschaft. Die menschlichen Fähigkeiten, die den wesentlichen Gehalt des Rechts auf Rechte bilden, sind hingegen von gleicher Mitgliedschaft nicht trennbar. Mit der Gewährung gewisser Menschenrechte ist die Frage gleicher Mitgliedschaft daher nicht erledigt. Angesichts von Migration und darauf reagierender Exklusion stellt sie sich in der Gegenwart in wiederkehrender Weise. Die absolute Rechtlosigkeit, von der Arendt spricht, ist mit dem Verlust juridischer Rechte, mit dem sie einhergeht, nicht gleichzusetzen. Die absolute Rechtlosigkeit oder Nacktheit des Menschen liegt im Verlust seines Mensch-Seins, das heißt im Verlust seiner Fähigkeit zum Politischen. Diese Fähigkeit geht auch dann verloren, wenn einige der grundlegenden Menschenrechte, im Sinne eines *minimal standard*, gewahrt bleiben; denn sie ist nicht an diese juridischen Rechte selbst, sondern an die politische Mitgliedschaft geknüpft. Das Recht auf Rechte, dies ist als Konsequenz von Arendts Analyse festzuhalten, ist *nicht* primär ein Recht auf juridische Rechte, sondern ein Recht auf jene menschlichen Fähigkeiten, die auf der Fähigkeit zum Politischen aufruhen, weil sie nur in der Zugehörigkeit zu einer politischen Gemeinschaft entwickelt und entfaltet werden können. Anders formuliert: Die Rechte, um die es beim Recht auf Rechte geht, sind nur

richtig verstanden, wenn bedacht wird, dass hinter den juridischen Rechten Fähigkeiten stehen.

Auf den Zusammenhang zwischen Rechten und Fähigkeiten beruft sich Arendt begriffsgeschichtlich, nämlich mit dem Hinweis darauf, dass *ius* in der Tradition die Bedeutung von *facultas* (Fähigkeit, Vermögen) hatte. So schreibt Arendt, dass früher »das, was wir heute als ein ›Recht‹ zu betrachten gelernt haben, eher als ein allgemeines Kennzeichen des Mensch-Seins angesehen [wurde] und die Rechte, die hier verlorengehen, als menschliche Fähigkeiten.«<sup>64</sup> (Arendt 2011a, 614f.) Ein Lernprozess hat dazu geführt, die Fähigkeiten (nur) als Rechte zu betrachten. Was war die Erfahrung, die zur neuen Sichtweise geführt hat? Es war, so ist Arendt an dieser Stelle zu verstehen, die Erfahrung des Verlusts dieser Fähigkeiten: Erst die Erfahrung, dass man die den Menschen kennzeichnenden Fähigkeiten verlieren könne, hat gelehrt, in diesen Fähigkeiten Rechte zu sehen – das heißt etwas, das dem Menschen *nicht* unveräußerlich ist, sondern das man haben oder nicht haben kann, und das daher garantiert werden muss. Etwas als ein Recht zu betrachten, setzt die Einsicht in seine Verlierbarkeit und damit die Erfahrung des Verlusts voraus. Diese Einsicht und diese Erfahrung sind nicht Ergebnis der neueren, sondern der neusten Geschichte: nicht des 18. Jahrhunderts und des Aufstiegs des Nationalstaats, sondern des 20. Jahrhunderts und seines Niedergangs. Darauf weist der Titel jenes Kapitels von *Elemente und Ursprünge totaler Herrschaft*, in dem sich Arendt eingehend mit der Frage der Menschenrechte befasst: *Der Niedergang des Nationalstaates und das Ende der Menschenrechte*. Mit dem Scheitern des Nationalstaats hängt das Ende der Menschenrechte zusammen. Dieses Ende lehrt uns erst, dass wir das Verlorene, da es verlierbar ist, als *Rechte* betrachten müssen.

### *Das Paradox des Nationalstaats und die Aporie der Menschenrechte*

An der Frage, woran der Nationalstaat scheitert und warum die Menschenrechte enden, entwickelt Arendt ihre Deutung der Geschichte der ersten Hälfte des 20. Jahrhunderts. Arendts These liegt gerade nicht

64 Hier ist hinzuzufügen, dass eben dies die moderne Form der Rechte auszeichnet: dass sie eine als vorrechtlich aufgefasste Fähigkeit, eine Macht oder ein Können zum Inhalt haben. Rechte sind so verstanden die Ermöglichung vorrechtlicher, »natürlicher« Fähigkeiten. Die Auffassung von *ius* als *facultas*, *potestas*, *potentia licita* findet sich zuerst bei Wilhelm von Ockham im Zusammenhang eines Streits zwischen dem Franziskanerorden und dem Papst über die franziskanische Armutsregel und die rechtliche Frage von Eigentum. (vgl. dazu Luhmann 1981, 54–56 sowie Menke 2015, 50–56)

darin, dass der Niedergang des Nationalstaats dann einsetzt, wenn sein Prinzip nicht mehr funktioniert. Dann nämlich wäre das Ende der Menschenrechte dadurch abzuwenden, dass das Funktionieren des nationalstaatlichen Systems stabilisiert würde. Dagegen scheitert der moderne Nationalstaat Arendt zufolge gerade an der Realisierung seiner eigenen Prinzipien. Grund seines Scheiterns ist nicht sein Nicht-Funktionieren, sondern sein Funktionieren. Darin liegt das Paradox des Nationalstaats. Es handelt sich bei diesem Paradox um die Unversöhnlichkeit der beiden Prinzipien, auf denen er beruht: *Nativität*, das heißt besonderer Status der Bürger\_innen einerseits, und *Rechtsstaatlichkeit*, das heißt Gleichheit aller Menschen andererseits. Mit dem Paradox ist die grundlegende Aporie der Menschenrechte direkt verknüpft: Der Nationalstaat realisiert sich dadurch, dass er nicht alle Menschen als gleich anerkennt, sondern viele Menschen aus seinem Schutz ausschließt und ihnen dadurch die Menschenrechte versagt. Diese Problematik – das Paradox des Nationalstaats und die Aporie der Menschenrechte – ist aus dem Zusammenhang von Fähigkeiten und Rechten zu erläutern, von dem ich soeben ausgegangen bin.

Dass man die menschlichen Fähigkeiten verlieren könne, erwies sich erst, als sich die Exklusion aus jeder politischen Gemeinschaft ereignete: erst als das europäische System der Nationalstaaten nach dem Ersten Weltkrieg lückenlos bestand und somit der Ausschluss aus einem Staat identisch wurde »mit der Ausstoßung aus der Menschheit überhaupt«. (Arendt 2011a, 614) Es war dieser Verlust jeder politischen Mitgliedschaft (denn nur noch die staatliche zählte), der die Verlierbarkeit der Fähigkeiten und damit die Notwendigkeit lehrte, die Fähigkeiten als Rechte zu begreifen und zu sichern. Diese Einsicht darf allerdings nicht vergessen lassen, dass es bei diesen Rechten um ebenjene Fähigkeiten geht. Was Arendt die ›sogenannten‹ Menschenrechte nennt, sind die Rechte, die eben das vergessen haben und hinter denen keine Fähigkeiten stehen, die durch sie gesichert werden. Arendt kritisiert die sogenannten Menschenrechte nicht nur für ihre mangelhafte juristische Form: für ihre Kraftlosigkeit, sondern auch für ihren Inhalt: dafür, dass sie sich nicht auf den wirklichen, politischen Menschen beziehen, weil sie vergessen haben, dass es bei ihnen um die menschlichen Fähigkeiten geht. Die Verbindung zwischen *ius* und *facultas* ist gerissen. Der Aufgabe, die Verlierbarkeit der menschlichen Fähigkeiten auszugleichen, entsprechen die sogenannten Menschenrechte nicht. Dagegen bezeichnet Arendts Recht auf Rechte eben das Recht, die verlierbaren Fähigkeiten nicht zu verlieren.

Mit dem Recht auf Rechte reagiert Arendt, wie erwähnt, auf den massenhaften Ausschluss von Menschen aus der nationalstaatlich organisierten Welt (bzw. innerhalb dieser Welt). Die absolute Entrechtung, die in diesem Ausschluss liegt, ist der Anlass ihrer Kritik. Das Problem der Menschenrechte, das deren modernem Begriff innewohnt, hat sich in der

Geschichte des Nationalstaats verwirklicht. Die Erfahrung, dass der Verlust menschlicher Fähigkeiten möglich ist, ist eine nationalstaatliche Erfahrung. Erst die Empirie des Nationalstaats hat das begriffliche Problem der Menschen-Rechte zum Tragen gebracht. Arendts Kritik richtet sich daher nicht nur auf die menschenrechtlichen Begriffe von Mensch und Rechten, sondern auch auf den Nationalstaat selbst. Dieser Seite ihrer Menschenrechtskritik wende ich mich nun zu, denn kommt diese Seite nicht in Betracht, wird Arendts Recht auf Rechte leicht als ein Recht auf (National)Staatsbürgerschaft missverstanden. Doch ist die nationalstaatliche Mitgliedschaft nicht Teil der Lösung, sondern Teil des Problems.

Arendt beschreibt dieses Problem historisch. Sie geht von der Feststellung aus, dass die Einbürgerung als das »einzige legale Mittel«, um Menschen als gleichwertige Mitglieder in den Nationalstaat aufzunehmen, desto weniger gewährt wurde, je mehr es gefragt war. (Arendt 2011a, 585) Denn das »System der Naturalisierung«, der Einbürgerung, war »innerhalb der Nationalstaaten immer nur auf einzelne Individuen zugeschnitten gewesen, eine Randerscheinung nationaler Organisation, eine Art von Ausnahme, dazu bestimmt, die Regel zu bestätigen. In dem Augenblick, da Tausende, Zehntausende, Hunderttausende und schließlich Millionen hätten naturalisiert werden müssen, wurde das ganze Verfahren sinnlos.« (ebd., 586) Mit Fremden kann der Nationalstaat nur umgehen, solange sie auf dem eigenen Territorium einen Ausnahmefall darstellen; die Normalisierung der Ausnahme bringt das System zum Kollabieren. In ihrem Aufsatz *Es gibt nur ein einziges Menschenrecht* stellt Arendt 1949 fest: »Die Schwierigkeiten begannen, als sich herausstellte, daß die neuen Kategorien von Verfolgten bei weitem zu zahlreich waren, als daß man sie durch eine Praxis, die auf Ausnahmefälle berechnet war, hätte bewältigen können.« (Arendt 1949, 757f.) Das Prinzip des Nationalstaats sah sich insbesondere von den Gruppen herausgefordert, die innerhalb des Staates nicht nur eine vorübergehende Anomalie, sondern eine dauerhafte Ausnahme darstellten. Dies sind zum einen die in den Nationalstaaten ansässigen Minderheiten, zum anderen die Geflüchteten und Staatenlosen, für die eine Rückkehr in ihr Herkunftsland keine Option war. Für den Nationalstaat ergab sich so das Problem, dass die rechtliche Ausnahme zur faktischen Normalität wurde. Geflüchtete, Staatenlose und Minderheiten hörten sowohl numerisch wie zeitlich auf, eine Ausnahme zu sein, wurden aber *rechtlich* weiterhin als Ausnahme behandelt. Die massenhafte Marginalisierung von Menschen als Ausnahmen führte dazu, »daß Opfer wie Betrachter angesichts der Unmöglichkeit, mit normalen Mitteln die wachsenden Anomalien zu normalisieren, geneigt waren, den Gang der Dinge [...] als den normalen Lauf der Welt anzusehen«. (Arendt 2011a, 560) Mit anderen Worten: Die rechtliche Ausnahme erschien zunehmend normal. Tatsächlich ist die *rechtliche* Betrachtung dieser Menschen als Ausnahmen das einzige

Moment, das mit der Normalität des Nationalstaats nicht bricht. Denn insofern der Nationalstaat auf dem Prinzip der Nativität beruht, ist es für ihn ›normal‹, Andersgeborene (Ausländer\_innen) aus dem Kreis der Bürger\_innen auszuschließen.

Für eine Lösung des Problems steht sich der Nationalstaat mit seinem konstitutiven Nexus von Nationalität und Nativität selbst im Weg. Dazugehören können nur Bürger\_innen und über den Bürgerstatus entscheidet das Prinzip der Gebürtigkeit. Um diesem Prinzip Rechnung zu tragen, sieht sich der Nationalstaat gezwungen, mit immer mehr Menschen dauerhaft nicht ›fertig‹ zu werden und sie innerhalb seines Territoriums zu exkludieren.<sup>65</sup> Da die Nationalstaaten das Problem nicht lösen können, versuchen sie es zu ignorieren. (vgl. ebd., 582) Dies erfolgt auf dem Feld der juristischen Terminologie, durch eine Umbenennung des Problems. Der Begriff ›Staatenlosigkeit‹ wird durch zwei Bezeichnungen ersetzt und in beiden seiner Aspekte unsichtbar gemacht: zeitlich wie numerisch. Auf der *zeitlichen Ebene* setzt die Bezeichnung »displaced people« an und suggeriert einen bloß vorübergehenden Charakter des Problems. Denn es sind die Menschen selbst, die in dieser Bezeichnung als ›vorübergehend‹ erscheinen: zwar im Staat ankommend, aber bald schon auf dem Sprung ›nach Hause‹, zurück an jenen Platz, an den sie gehören. Dass die Menschen einen eigenen Platz haben, einen Staat, in den sie zurückkehren werden, legt das Attribut »displaced« nahe. Dadurch wird nicht nur die Dauer der Staatenlosigkeit negiert, sondern auch, dass es sie überhaupt gibt. Auch auf *numerischer Ebene* wird das Problem verdrängt. Die Zahl der Staatenlosen wird tief angesetzt, indem zwischen ihnen und den Geflüchteten ein Unterschied konstruiert wird. (vgl. ebd., 582) Als ›wirkliche‹ Staatenlose zählen nur die, welche *de iure* anerkannt sind. Die Mehrheit derer, die *de facto* staatenlos sind, werden dagegen als ›Flüchtlinge‹ bezeichnet und somit vom Problem der Staatenlosigkeit getrennt. In dieser großen Zahl an Menschen, die als Geflüchtete nicht mitgerechnet werden, besteht Arendt zufolge das *wirkliche* Problem der Staatenlosen. Es taucht, wie sie mit Blick auf die Situation nach dem Zweiten Weltkrieg schreibt, in keiner Statistik auf:

»Der Entschluß der Staatsmänner, Staatenlosigkeit auf dem Wege der Ignorierung zu lösen, drückt sich auch einmal in dem Fehlen irgendeiner verlässlichen Statistik aus; immerhin weiß man, daß einer Million ›anerkannter‹ Staatenloser mehr als zehn Millionen sogenannter ›*de facto*«

65 Étienne Balibar sieht in der Ausschließung das Kennzeichen der ›Form‹ der Nation: »Ausgrenzung ist [...] die Quintessenz der Nationform – wenn nicht Ausgrenzung, so doch der ungleiche Zugang zu bestimmten Gütern und Rechten (die ›nationale Präferenz‹), je nachdem, ob man der betreffenden Nationalität angehört oder ›Ausländer‹ ist, ob man zur Gemeinschaft gehört oder nicht.« (Balibar 2003, 50)

Staatenloser« gegenüberstehen, und während das vergleichsweise harmlose Problem der »*de jure* Staatenlosen« noch gelegentlich auf internationalen Konferenzen erörtert wird, bleibt das wirkliche Staatenlosenproblem, das mit der Flüchtlingsfrage identisch ist, einfach unerwähnt.« (Arendt 2011a, 579, Hervorh. im Original)

Das *wirkliche* Staatenlosenproblem ist mit der Flüchtlingsfrage identisch, weil der Unterschied, der rechtlich zwischen den beiden Gruppen gemacht wird, faktisch irrelevant ist: Geflüchtete und Staatenlose bilden im Rechtssystem der Nationalstaaten in gleicher Weise eine Ausnahme. Eine Differenz besteht dagegen zwischen den Staatenlosen, zu denen faktisch auch die Geflüchteten zählen, und den Minderheiten, die ebenfalls eine Ausnahme vom Recht darstellen, da sie vom Nationalstaat keinen vollen Schutz erhalten. Doch während für Minderheiten »Ausnahmegesetze« geschaffen wurden, um die Entrechtung zu begrenzen, stehen die Staatenlosen »außerhalb aller Gesetze«. (ebd., 562) Gegenüber dem Problem der Minderheiten ist jenes der Staatenlosen offenkundig »das viel ernstere«. (ebd.) Denn für die Staatenlosen geht es sehr bald und sehr direkt um den Ernstfall, in dem ihr Leben auf dem Spiel steht: Ihre »Unbezogenheit zur Welt« erscheint »wie eine Aufforderung zum Mord, insofern der Tod von Menschen, die außerhalb aller weltlichen Bezüge rechtlicher, sozialer und politischer Art stehen, ohne Konsequenzen für die Überlebenden bleibt. Wenn man sie mordet, ist es, als sei niemandem ein Unrecht oder auch nur ein Leid geschehen.«<sup>66</sup> (ebd., 624) Wer außerhalb des Rechts steht, so die Logik, kann kein Unrecht erfahren. Der Staatenlose erscheint schon bei Arendt unter den Merkmalen des *homo sacer*, die später Agamben geschildert hat. Dass Agamben dabei eng an Arendt angeschlossen hat, wird am Bezug auf den Vogelfreien der Antike deutlich, den auch Arendt herstellt:

»Es ist die alte Vogelfreiheit, welche die Staatenlosigkeit heute über die Flüchtlinge in aller Welt verhängt, nur daß die alte Voraussetzung, daß Vogelfreiheit Folge einer Handlung ist, mit der sich der Betroffene selbst und freiwillig aus der menschlichen Gemeinschaft ausgeschlossen hat, nicht mehr zutrifft.« (ebd.)

Agamben bestimmt den *homo sacer* als den Vogelfreien eben so, dass sein Ausschluss *nicht* durch sein Handeln erwirkt wird. Auch im Zentrum von Arendts Argumentation steht, dass dem Staatenlosen die Fähigkeit zu handeln geraubt ist. Daraus resultiert ein Zusammenhang von Nationalstaat, Menschenrechten und Totalitarismus, an dem ihre Kritik

66 Dieses Motiv aufgreifend spricht Judith Butler von der Nicht-Betrauerbarkeit solchen Lebens bzw. von Ungleichverteilungen der Betrauerbarkeit. (vgl. Butler 2010, 9–38)

der Menschenrechte ansetzt. Um die konstitutive Rolle zu verstehen, die dem Nationalstaat hier zukommt, reicht es nicht, erst bei der Frage der Staatenlosigkeit einzusetzen. Ausgangspunkt von Arendts Argument ist die Problematik der Minderheiten, die dem Phänomen der Staatenlosigkeit zeitlich vorausgeht. In dieser historischen Entwicklung verortet Arendt auch den Niedergang des Nationalstaats und das Ende der Menschenrechte, jene beiden Prozesse also, die für das berühmte Kapitel im *Totalitarismus*-Buch titelgebend sind. Der historische Zusammenhang besteht darin, dass es die Minderheiten sind, die später als Staatenlose aus dem Schutzbereich des Rechts fallen. Dass in den meisten nach dem Ersten Weltkrieg neu gegründeten Staaten die Juden eine der größten Minderheiten bildeten, ist dabei ebenso bedeutsam wie die Tatsache, dass die Nationalsozialisten Wert darauf legten, den Juden die Staatsangehörigkeit zu entziehen, bevor sie sie in Lager, Tod und Vernichtung schickten. (vgl. ebd., 579f.) Dem ›Entzug‹ des Lebens ging der Entzug der Staatsbürgerschaft, damit der Verlust des legalen Status und der Rechte voraus. (vgl. dazu auch Arendt 1949, 759) Es trifft damit zu, dass in der Staatenlosigkeit eine Entrechtung total wird, der mit den mangelnden Rechten der Minderheiten bereits Vorschub geleistet wurde. Allerdings zeigt die Minderheitenproblematik nicht bloß dasselbe in milderer Form, sondern auch etwas anderes, als in der Staatenlosigkeit sichtbar wird. An den Minderheiten zeigt sich, dass die beiden sich seit der Frühen Neuzeit verschränkenden Seiten des modernen Nationalstaats – das *legale* und das *nationale* Moment – prinzipiell divergieren. Dass der Staat eine nationale Angelegenheit ist, steht seiner legalen Funktionsweise entgegen.

*Die Eroberung des Staates durch die Nation oder  
die Problematik der Minderheiten*

Nationalstaatlichkeit und Rechtsstaatlichkeit schließen sich tendenziell, weil prinzipiell aus. Die Tendenz schlägt dort mit Bestimmtheit durch, wo das nationale Selbstbestimmungsrecht der Völker zum Prinzip der Staatlichkeit erhoben wird, während die Nationalstaaten in sich national heterogen bleiben. Eine solche Situation war durch die Versailler Friedensverträge nach dem Ersten Weltkrieg gegeben: Das nationale Selbstbestimmungsrecht und damit die Verwirklichung des nationalstaatlichen Prinzips auch im Osten und Süden Europas »konnte nur einem Bruchteil der betroffenen Völker nationale Souveränität geben und zwang diese, da ihre Souveränität überall gegen die enttäuschten Aspirationen anderer nationaler Gruppen durchgesetzt war, von vornherein in die Rolle des Unterdrückers.« (Arendt 2011a, 570) Arendt spricht in diesem Zusammenhang von einer »Eroberung des Staates durch die Nation«. (ebd., 575) Diese Eroberung ist sowohl die Forderung des nationalstaatlichen

Prinzips als auch seine Gefährdung. Darin liegt das Paradox des Nationalstaats: Dass er dasjenige fordert, was ihn gefährdet; dass das Prinzip, auf dem er beruht, zugleich seinen Niedergang einleitet.

Der Nationalstaat fordert die Eroberung des Staates durch eine Nation, weil er die Souveränität, die er als Staat beansprucht, der Nation zuschreibt: Nichts anderes bedeutet das Selbstbestimmungsrecht der *Völker*. Da sich Souveränität als höchste Rechtsmacht nicht aufteilen lässt, kann nur *eine* der Nationalitäten die Nation, das heißt die Staatsmacht sein. Ihr gegenüber werden alle anderen Nationalitäten im Staat zu Minderheiten.<sup>67</sup> Als ein »*permanent*er Modus vivendi zwischen Völkern auf dem gleichen staatlichen Gebiet« waren die Minderheiten nach dem Ersten Weltkrieg ein Novum in der Geschichte des Nationalstaats. (Arendt 2011a, 574, Hervorh. J.H.) Sie waren »nicht eigentlich staatenlos«, wurden aber vom Nationalstaat, dem sie angehörten, nicht in gleicher Weise repräsentiert wie das Staatsvolk; die Minderheiten waren deshalb auf einen zusätzlichen Gesetzesschutz angewiesen, um Rechte zu genießen, die Staatsbürger\_innen von Geburt her haben. (ebd., 576) Die internationalen Minderheitenverträge, die diese Rechte garantierten, zeugen insofern immer auch von Entrechtung. Sie sprechen aus, »daß nur die nationale Abstammung den Gesetzesschutz wirklich garantiert und daß Gruppen einer anderen Nationalität nur durch Ausnahmerecht zu schützen sind«. (ebd., 575) Die Eroberung des Staates durch die Nation produziert Minderheiten, die ihn von innen gefährden. Nicht etwa deshalb, weil rechtlich diskriminierte Minderheiten die Gefahr von Aufständen bedeuten, sondern weil der moderne Nationalstaat nicht allein auf der Herrschaft der Nation, sondern auch auf der Herrschaft des Gesetzes beruht. Das Gesetz herrscht aber nur, wenn ihm alle Beherrschten in gleicher Weise unterworfen sind. Minderheitenverträge dokumentieren, dass dies nicht der Fall ist.

Indem der Nationalstaat das eine seiner zwei Prinzipien, die Souveränität der Nation, verwirklicht, setzt er sein anderes Prinzip, die Herrschaft des für alle gleich geltenden Gesetzes, außer Kraft: Aus der Verwirklichung nationaler Souveränität folgt unweigerlich die »Transformation des Staates aus einer legalen in eine nationale Institution«. (ebd., 575) Eine nationale Institution bedeutet *Partikularität*, eine legale Institution *Allgemeinheit*. Zwischen beiden besteht ein Widerspruch, dessen dialektische Entfaltung zum Niedergang des Nationalstaats führt.

67 Die Unterscheidung von »Nationalität« und »Minderheit«, die Arendt als »durchaus künstlich« bezeichnet, kann an dieser Stelle nur angedeutet werden: Minderheiten sind Nationalitäten, die in einem Nachbarstaat das Staatsvolk bilden, was für sie eine andere politische Strategie nahelegt. Sie streben eher nach territorialer Vereinigung, während andere Nationalitäten auf den Kampf um den Staatsapparat oder auf den Aufbau separatistischer Bewegungen setzen. (Arendt 2011a, 567f.)

Da die Form des modernen Nationalstaats in der Verbindung von Gesetzlichkeit und Nation besteht, erhält sie sich nur, wenn die beiden Momente nicht auseinander treten. Eben dies aber geschieht, wenn der Staat Minderheiten einschließt, für die nicht das gleiche Gesetz gilt. Die Bevölkerung zu ›entmischen‹ und das Problem der Minderheiten buchstäblich auszuräumen, war denn auch das Ziel der Bevölkerungstransfers, die im Anschluss an den Zweiten Weltkrieg von den Großmächten unternommen wurden. Im Nationalstaat ist nationale Homogenität die Bedingung, um die Allgemeinheit des Gesetzes dem Anschein nach zu wahren.<sup>68</sup> Dass das Gesetz in Wahrheit nicht allgemein ist, fällt nur deshalb nicht auf, weil die nationale Partikularität des Staatsvolks mit der Allgemeinheit der Bevölkerung weitgehend identisch ist. In diesem Fall ist das »immer prekäre Gleichgewicht zwischen Nation und Staat, zwischen Volkswillen und Gesetz« (ebd., 576) gewährleistet. Namhafte nationale Minderheiten stören dieses Gleichgewicht. Staat und Nation treten dann auseinander und der Nationalstaat fällt aus der Form.

Am Phänomen der Minderheiten wird Arendt zufolge dreierlei ersichtlich. *Erstens* zeigt sich, dass die Abhängigkeit von Menschenrechten und Nationalstaat wechselseitig ist. Ohne Zugehörigkeit zu einem Nationalstaat, das heißt ohne Staatsbürgerschaft, lassen sich Menschenrechte nicht garantieren. Umgekehrt bleibt der Nationalstaat nur dann stabil, wenn die Menschen vor dem Gesetz gleich, das heißt in der Gleichheit ihrer Rechte anerkannt sind. Werden dagegen größere Gruppierungen von gesetzlich garantierten Rechten ausgeschlossen, verstößt der Nationalstaat gegen das Prinzip der Legalität, auf dessen Herrschaft er (auch) beruht. Nur wenn der Nationalstaat die Menschen auf seinem Territorium mit Rechten versieht, das heißt, sie zu Bürger\_innen macht, vermeidet er seinen Niedergang: Der Niedergang des Nationalstaats und das Ende der Menschenrechte hängen unmittelbar zusammen. Allerdings bildet für den Nationalstaat eine groß angelegte Einbürgerung keine Option, da er dadurch sein zweites Prinzip, das Prinzip der Nativität (Staatsbürgerschaft qua Geburt) unterliefe.

Am Problem der Minderheiten wird somit *zweitens* offensichtlich, dass die beiden Prinzipien des Nationalstaats sich ausschließen: Während *Legalität* gleiche Rechte für alle (das heißt Menschenrechte) verlangt, bedeutet *Nativität* gleiche Rechte nur für Bürger\_innen

68 Das Erfordernis solcher Homogenität gilt auch für eine sogenannte »Willensnation« wie die Schweiz. Auch hier beruht die nationalstaatliche Stabilität darauf, dass unter einem nationalen Gesichtspunkt *keine* Pluralität besteht. An dieser Tatsache ändert sprachliche und ›kulturelle‹ Diversität solange nichts, als sich die Schweizer\_innen gleich welcher Sprache als Angehörige *einer* Nation verstehen (und nicht als eine Versammlung von Deutschen, Französ\_innen, Italiener\_innen und Rätoroman\_innen auf demselben Gebiet).

(Staatsbürgerrechte). Da er auf diesen beiden Prinzipien gründet, handelt es sich beim Nationalstaat um ein paradoxes Konstrukt. Die Paradoxie tritt hervor, wenn angesichts der Minderheiten die Unmöglichkeit der Menschenrechte sichtbar wird: Die Menschenrechte, die für alle gelten, gelten nur für Staatsbürger. Mit diesem Paradox der Menschenrechte ist das Paradox des Nationalstaats identisch. Dass es nicht alle Arten von Rechten, sondern nur die *politischen* Teilnahmerechte sind, die den Ausländer\_innen fehlen, ließe Arendt nicht gelten, geht es ihr zufolge doch gerade um politische Fähigkeiten. Aus bloßer Meinungsfreiheit ergibt sich noch nicht die gleiche Anerkennung, die darin besteht, nach der Meinung *beurteilt* zu werden; Meinungsfreiheit heißt nur, sagen zu können, was man will.<sup>69</sup>

*Drittens* zeigt sich am Phänomen der Minderheiten, dass das Paradox des Nationalstaats nicht erst durch die Immigration von Geflüchteten bzw. Staatenlosen hervorgebracht wird. Der Nationalstaat, strebt er nicht eine vollständige nationale Homogenisierung an, kommt von innen her an seine Grenzen. Historisch wird dies am Problem der Minderheiten deutlich, die keine Staatenlosen sind, sondern juristisch einem staatlichen Organismus angehören. (vgl. Arendt 2011a, 576) Dadurch wird klar, dass es sich bei der Problematik des Nationalstaats, die zugleich die Problematik der Menschenrechte ist, tatsächlich um ein Paradox und nicht um einen bloß äußerlichen Widerspruch handelt. Klar ist damit zugleich, dass das Problem des Nationalstaats auch dann bestehen bleibt, wenn die ›Flüchtlingsfrage‹ (wofür es keine Anzeichen gibt) im bestehenden nationalstaatlichen System eine Lösung fände. An den Autonomiebestrebungen von Minderheiten, die in verschiedenen Ländern eigene Souveränität einfordern, lässt sich dies leicht ablesen. Das Problem liegt nach Arendt im Nationalstaat selbst und überschreitet nicht erst in Gestalt der Geflüchteten seine Grenzen. Es besteht darin, dass der Versuch, das nationale Prinzip (die Herrschaft der Nation) zu verwirklichen, immer schon den Niedergang des Nationalstaats einleitet. Denn die Erhebung einer Gruppe in den Rang der Nation bedeutet die rechtliche Benachteiligung aller anderen Gruppen; das Prinzip der Nationalität zu realisieren, bedeutet gegen das Prinzip der Legalität zu verstoßen. Die Unvereinbarkeit der beiden nationalstaatlichen Prinzipien – deren eines Partikularität, deren anderes Universalität fordert – tritt dann in einen offenen Konflikt. So schreibt Arendt, die Zersetzung des Nationalstaats »began in genau dem historischen Augenblick, als zum ersten Male das Recht zur nationalen Selbstbestimmung in ganz Europa anerkannt worden war. Dies hieß eben auch, daß der Vorrang des nationalen

69 Hinzu kommt, dass auch die Meinungsfreiheit von Ausländer\_innen, sobald sie einer politischen Tätigkeit dient, eher beschränkt werden kann; vgl. etwa Art. 16 EMRK.

Volkswillens von allen legalen Institutionen und ›abstrakten‹ Maßstäben in ganz Europa akzeptiert worden war.«<sup>70</sup> (ebd.) Die Akzeptanz des nationalstaatlichen Prinzips bedeutet die Entfaltung des Paradoxes und damit den Niedergang des Nationalstaats.

### *Absolute Rechtlosigkeit und der Zwang zur Schuld*

Von der Problematik der Minderheiten ist nun auf diejenige der Staatenlosen zurückzukommen. Folgt man Arendt, liegt der Übergang, wie bereits angedeutet, im historischen Zusammenhang der beiden Phänomene selbst. Staatenlose sind zwar »die neueste Menschengruppe der neueren Geschichte« (Arendt 2011a, 578), zu einem wesentlichen Teil aber entstanden sie aus den älteren Gruppen der Minderheiten. Denn sie sind das Resultat »aus den ungeheuren Flüchtlingszügen, welche unmittelbar nach dem Ersten Weltkrieg einsetzten und in deren Verlauf eine europäische Nation nach der anderen Teile ihrer Bevölkerung über die Grenzen des Territoriums jagte und aus ihrem Staatsverband entließ«. (ebd.) Die Staatenlosen bildeten die »Vettern der Minderheiten« (ebd., 589) auch in dem Sinn, dass sie bei ihrer Ankunft in einem neuen Land für die dort eingebürgerten Menschen derselben Herkunft die Gefahr brachten, selbst wieder staatenlos zu werden: »Mit anderen Worten, die Flüchtlinge hatten eine Tendenz, die ansässige Bevölkerung der gleichen Nationalität in Flüchtlinge zu verwandeln, auch wenn diese ursprünglich Immigranten gewesen waren.« (ebd. 588) Staatenlosigkeit verbreitete sich damit gleichsam »wie eine ansteckende Krankheit«. (ebd.) An der einsetzenden ›Denaturalisierung‹ – dem Entzug der Staatsbürgerrechte – wurde deutlich, dass die Staaten naturalisierten Bürger\_innen,

70 Komplexer noch wird die Situation dadurch, dass sowohl der UN-Zivillpakt wie der UN-Sozialpakt in Art. 1 Abs. 1 deklarieren: »All peoples have the right of self-determination.« Damit ist der Einsicht Rechnung getragen, dass im globalen nationalstaatlichen System vor allem die nationale Selbstbestimmung den Schutz der Menschenrechte garantieren kann; zum Ausdruck gelangt hierin der proklamatorische Impuls der Französischen Revolution, »welche die Tradition des Nationalstaates eigentlich begründet hat, und zwar mit der Gleichsetzung von nationaler Souveränität und Genuß der Menschenrechte«. (Arendt 2011a, 570) In jenem ersten Absatz ist auch die praxisleitende Überzeugung der nationalen Minderheiten ausgesprochen, »daß die Menschenrechte nur Teile ihrer nationalen Rechte und Forderungen seien und nur mit ihnen zusammen durchgesetzt werden könnten«. (ebd., 605) Damit enthält Art. 1 Abs. 1 der beiden UN-Pakte zugleich ein Potential zur Destabilisierung bestehender Staaten, indem er dem Kampf um die nationale Souveränität nicht-repräsentierter Minderheiten Legitimität verleiht.

ihres Bürgerstatus ungeachtet, nicht dieselben unveräußerlichen Rechte gewährten wie den als Staatsbürger geborenen Kindern von Staatsbürgern. (vgl. Arendt 2011a, 580)

Die Staatenlosen sind nach Arendt jene, die aus dem Rahmen der Legalität ganz ausgeschlossen werden. Mit der Staatsbürgerschaft verlieren sie jeden rechtlichen Status; sie stehen »außerhalb des Gesetzes«. (ebd., 592) Damit ist nicht nur ihr Schicksal besiegelt, sondern auch jenes des Nationalstaats: »Denn der Nationalstaat kann nicht existieren, wenn nicht alle seine Bürger vor dem Gesetz gleich sind, und kein Staat kann bestehen, wenn ein Teil seiner Einwohner außerhalb aller Gesetze zu stehen kommt und *de facto* vogelfrei ist.« (ebd., 601, Hervorh. im Original) Weil *kein* Staat bestehen kann, wenn er von Staatenlosen bewohnt wird, werden diese nirgendwo umfänglich aufgenommen. Den rechtlichen Status verlieren sie damit nicht allein in demjenigen Staat, der sie ausschließt. Ist ein Staatsbürger *in jedem* Staat ein Träger von Rechten, und dies desto mehr, je »besser« der Pass ist, so haftet die Rechtlosigkeit dem Staatenlosen überall an, wo er hinkommt: »Wen immer die Verfolger als Auswurf der Menschheit aus dem Lande jagten – Juden, Trotzlisten und so weiter –, wurde überall auch als Auswurf der Menschheit empfangen, und wen sie für unerwünscht und lästig erklärt hatten, wurde zum lästigen Ausländer, wo immer er hinkam.« (ebd., 563) Staatenlose demonstrieren im Unterschied zu den Minderheiten, die rechtlich benachteiligte Staatsbürger\_innen sind, die Möglichkeit, vollständig aus dem Rahmen des Rechts zu fallen. Damit stellen sie eine absolute Ausnahme dar und machen für Arendt die Frage nach der Existenz der Menschenrechte in dem Maß dringender, in dem diese Ausnahme Normalität wird: »Staatenlosigkeit in Massendimensionen hat die Welt faktisch vor die unausweichliche und höchst verwirrende Frage gestellt, ob es überhaupt so etwas wie unabdingbare Menschenrechte gibt, das heißt Rechte, die unabhängig sind von jedem besonderen politischen Status und einzig der bloßen Tatsache des Menschseins entspringen.« (ebd., 607) Dass Arendt die Existenz dieser Menschenrechte verneint, geht aus dem Bisherigen hervor. An dieser Stelle interessiert die Weise, in der Arendt die Frage stellt. Die Frage sei »verwirrend«, denn eigentlich sollten gerade die Staatenlosen, welche keine Staatsbürgerrechte mehr haben, im Schutz der Menschenrechte stehen. Nun erweisen sie sich aber gerade als diejenigen, die im Unterschied zu allen anderen »die sogenannten Menschenrechte verloren« haben. (ebd., 562) Die Staatenlosen sind nicht die Träger\_innen, sondern die Verlierer\_innen der Menschenrechte.

Um die »verwirrende Frage« zu klären, untersucht Arendt daher »die legale Lage der Rechtlosen selbst«. (ebd., 607) Die *absolute* Rechtlosigkeit, die diese Lage kennzeichnet, geht nach Arendt über die Entrechtung in der Sklaverei noch hinaus: »[I]n gewissem Sinne ist der moderne

Staatenlose weiter und endgültiger aus der Menschheit ausgestoßen als der Sklave, dessen Arbeit gebraucht, genutzt und ausgebeutet wurde und der dadurch immer noch in den Rahmen des Menschseins einbezogen blieb.« (ebd., 616) Der Staatenlose ist rechtlich auch schlechter gestellt als der ›feindliche Ausländer‹, der selbst in Kriegszeiten durch internationale Verträge geschützt bleibt: »Nur mit den Staatenlosen, nicht mit den feindlichen Ausländern, konnte jeder Staat machen, was er wollte.« (ebd., 609) In juristisch besserer Position ist auch der Verbrecher. Dem Verbrecher wendet sich das Recht, gegen dessen Gesetze er verstoßen hat, mit aller Aufmerksamkeit zu, vom Staatenlosen hingegen hat es sich vollständig abgewandt. Es verwundert daher nicht, dass sich den Staatenlosen in der Kriminalität eine verzweifelte Möglichkeit eröffnet, wieder Einlass in den Raum des Rechts zu finden. (vgl. ebd., 594) Auch der Verbrecher bedeutet zwar gegenüber dem Recht eine Ausnahme, insofern er gegen eine im Gesetz festgehaltene Norm verstößt. Doch da die Norm vom Gesetz anerkannt ist, wird auch der Verstoß und damit die Ausnahme anerkannt: Der Verbrecher bleibt nicht unberücksichtigt, sondern das Recht wendet sich ihm dadurch zu, dass es sich gegen ihn wendet. Anders verhält es sich mit dem Rechtlosen: Er steht dem Recht ebenfalls als Ausnahme, das heißt negativ gegenüber. Da er allerdings gegen kein Gesetz verstößt und sich keines rechtlichen Vergehens schuldig macht, ist sein Fall keine *bestimmte* Negation (vgl. Hegel 1988, 44). Als ›Fall‹, das heißt als Angelegenheit des Rechts, kommt er deshalb nicht in Betracht. Für das Recht bleibt der Rechtlose vielmehr *unbestimmt* und erfährt keine rechtliche Würdigung. Im Unterschied zum Verbrecher handelt es sich daher nicht um eine Ausnahme innerhalb des Rechts, sondern um eine Ausnahme *vom* Recht. Zum Rechtlosen schweigt das Recht; in Bezug auf ihn ist deshalb alles erlaubt oder es wird zumindest kaum etwas geahndet. Er ist *absolut* rechtlos, weil er die Ausnahme vom Recht selbst ist. Darin besteht seine ›legale Lage‹, die Arendt untersucht.

Ein Verbrechen zu begehen, ist der Versuch, diese Lage zu ändern: Es bedeutet, nicht länger eine Ausnahme zu *sein*, sondern eine Ausnahme zu *machen*. Durch das Handeln wird der Mensch wieder Teil der menschlichen Gemeinschaft und des diese Gemeinschaft regelnden Rechts. Im Gesetzesverstoß wird die unbestimmte zur bestimmten Negation, die rechtlich unberücksichtigte zur rechtlich anerkannten Ausnahme:

»Nur auf dem Weg der Kriminalität, welche eine anerkannte Ausnahme zu der vom Gesetz statuierten Norm darstellt, kann der Rechtlose wieder in eine Lage kommen, in welcher ihm nichts anderes widerfährt als jedem anderen auch, wo er also seine Gleichheit vor dem Gesetz wiedererlangt hat. Als Verbrecher kann selbst der Staatenlose den Gesetzesschutz erlangen, der in allen zivilisierten Ländern den Strafvollzug regelt: Wenn

er sich gegen das Gesetz, das ihn verfolgte, solange er unschuldig war, ver-  
geht, wird plötzlich das Gesetz sich seiner wieder annehmen.« (Arendt  
2011a, 595)

Dass sich der Verbrecher durch sein Handeln Schuld auflädt, schadet ihm  
nicht. Geschadet hat ihm vielmehr die Unschuld, denn sie attestiert ihm  
eine mangelnde Fähigkeit zur Verantwortung und damit eine Unfähig-  
keit zu handeln. Wird der Mensch nicht als Handelnder anerkannt, ver-  
liert er, wie beschrieben, seinen Ort in der politischen Gemeinschaft.<sup>71</sup>  
Unschuldig ist, wessen Handeln nicht anerkannt wird (und der in die-  
sem Sinne ›nichts getan‹ hat).<sup>72</sup> Nach Arendt sind die Unschuldigen, da  
ihnen kein Handeln zukommt, aus der menschlichen Gemeinschaft aus-  
geschlossen. Über die Staatenlosen des 20. Jahrhunderts bemerkt sie, die  
›ihnen unabweisbar anhaftende subjektive Unschuld‹ sei ›ihr größtes  
Unglück‹ gewesen, denn in ihr bekundete sich am verhängnisvollsten,  
›daß die Rechtlosen nicht mehr in der Menschenwelt zu Hause waren‹.  
(ebd., 610) Indem der Rechtlose eine anerkannte Ausnahme *begeht* und  
seine passive Unschuld verliert, wird er wieder ein Mensch unter Men-  
schen. Er übertritt das Gesetz als die Schwelle, die zurück in Recht und  
Gemeinschaft führt. Mit der Gesetzesübertretung erscheint er im Hor-  
izont des Rechts und wird so zum Träger von Rechten: Er ist ›plötzlich  
im Genuß aller bürgerlichen Rechte, nur weil er sich endlich wirk-  
lich etwas hat zuschulden kommen lassen‹. (ebd., 595) Die Frage, ob  
sich ein Verbrechen lohnt – und dies nicht des erwarteten Gewinns, son-  
dern der eintretenden Strafe wegen –, wird für Arendt zum Prüfstein der  
Entrechtung: ›Wenn immer ein kleiner Einbruch den legalen Status ei-  
nes Menschen verbessert, und sei es auch nur vorübergehend, kann man

- 71 Zwischen Handeln und politischer Gemeinschaft besteht ein wechselseitiger Zusammenhang. Handeln gibt es nur als *anerkanntes* und damit unter der Voraussetzung von Gemeinschaft; umgekehrt ist das Handeln dasjenige, was den Menschen als politisches Lebewesen und damit den Raum des Politischen konstituiert: Es gibt kein Handeln jenseits der Gemeinschaft und keine Gemeinschaft, wo nicht gehandelt wird. In Anlehnung an Aristoteles' Definition des Menschen als politisches Lebewesen formuliert Arendt diesen Zusammenhang von Handeln und politischer Gemeinschaft in *Vita activa*: ›Handeln allein ist das ausschließliche Vorrecht des Menschen; weder Tier noch Gott sind des Handelns fähig, und nur das Handeln kann als Tätigkeit überhaupt nicht zum Zuge kommen ohne die ständige Anwesenheit einer Mitwelt.‹ (Arendt 1981, 27)
- 72 Dieser Zusammenhang ist auch von Hegel vertraut: Dass Unschuld identisch mit Nicht-Handeln ist, weil jedes Handeln notwendig Schuld mit sich bringt, ist die schicksalhafte Konstellation, die Hegel in der *Phänomenologie des Geistes* im Abschnitt ›Die sittliche Handlung, das menschliche und göttliche Wissen, die Schuld und das Schicksal‹ beschreibt. (Hegel 1988, 304–316)

eigentlich sicher sein, daß man es mit einem Entzug der Menschenrechte zu tun hat.« (ebd.) Mit diesem Entzug meint Arendt weniger den Verlust der ›sogenannten Menschenrechte‹ als vielmehr den »Zustand absoluter Rechtlosigkeit« (ebd., 611), der mit der absoluten Ausnahme vom Recht identisch ist.

In den vorangehenden Abschnitten habe ich die Aporie der Menschenrechte in ihrer Verbindung mit dem Paradox des Nationalstaats dargestellt: Der Nationalstaat, der allein die Rechte der Menschen verlässlich schützen kann, schließt durch sein Prinzip der Nativität systematisch Menschen aus seinem Schutz aus. Arendt zufolge wird dies an der Situation der Minderheiten deutlich, die einem Staat angehören, ohne seiner Nation anzugehören. Verschärft trifft der Ausschluss jene Gruppen von Menschen, die nicht bloß geringeren staatlichen Schutz erhalten, sondern denen im System der Nationalstaaten ein legaler Status im Ganzen versagt bleibt. Das ist die ›legale Lage‹ der Rechtlosen, zu denen mit den Staatenlosen auch die Geflüchteten zählen. Während die Minderheiten innerhalb eines Staates benachteiligt sind, stehen die Staatenlosen als absolute Ausnahmen außerhalb des nationalstaatlichen Systems und fallen damit aus dem Rahmen des Rechts überhaupt. Es gibt nun allerdings noch eine dritte Situation. Es ist die Situation einer *innerstaatlichen* und zugleich *absoluten* Entrechtung. Diese Situation, die den krassensten Ausschluss, nämlich den Ausschluss *als* Gefangene bedeutet, ist jene des Konzentrationslagers.<sup>73</sup> In Arendts Beschreibung des Lagers findet sich der engste Zusammenhang von Menschenrechten und Entrechtung.<sup>74</sup>

73 Auch jenseits von Konzentrationslagern bedeuten Lager Gefangenschaft. Besonders drastisch zeigte sich die Tatsache der Gefangennahme im Frühjahr 2016 auf der griechischen Insel Chios. Dass Gefangennahme bestand, wurde hier deutlich am Ausbruch. Aus dem dortigen von Zäunen umschlossenen ›Hotspot‹ (Registrierzentrum) sind am 1. April 2016, wie die griechische Tageszeitung *Ta Nea* berichtete, hunderte Geflüchtete und Migrierende »ausgebrochen«, die zwecks der geplanten Rückführung in die Türkei festgehalten wurden. Die Rückführung erfolgte im Rahmen des sogenannten ›Flüchtlingspakts‹ zwischen der Europäischen Union und der Türkei, der am 4. April 2016 in Kraft trat.

74 Die Gruppe, in der sich die Entrechtung am schärfsten zuspitzt und sich der Mensch der Menschenrechte daher am deutlichsten manifestiert, sind nach Arendt die Juden, denn sie finden sich allen drei Situationen der Entrechtung zugleich ausgesetzt: In ihnen hatte sich nicht nur das Minderheiten- und das Staatenlosenproblem vereinigt (vgl. Arendt 2011a, 600 sowie ebd., 574 bzw. 576 und Arendt 1986, 19), sondern sie waren vor allem die Menschen des Lagers: In den deutschen Lagern bildeten »die Juden ein für allemal und unter allen Umständen die unterste Kategorie« (Arendt 2011a, 927). Als die am meisten zur Vernichtung bestimmte Kategorie waren sie

Das Lager erscheint an dem Punkt, an dem der moderne Nationalstaat eines seiner beiden unversöhnlichen Prinzipien, das Prinzip der Rechtsstaatlichkeit, zugunsten des anderen, des Prinzips der Nativität, aufgegeben hat. Es handelt sich hier nicht mehr um das normale, paradoxe Funktionieren des Nationalstaats, das seinen Niedergang initiiert, sondern um den totalitären Staat. Das Lager bildet das zentrale Laboratorium des Totalitarismus, da in ihm die totale Beherrschbarkeit des Menschen lückenlos erprobt wird. (vgl. Arendt 2011a, 907) Es ist dadurch der Ort, an dem die seit dem 18. Jahrhundert proklamierten Menschenrechte am systematischsten verletzt werden. Zugleich wird im Lager der isolierte, ›bloße‹ Mensch – der Mensch, für den Arendt die zeitgenössische Form der Menschenrechte kritisiert – in systematischer Weise hervorgebracht. Es ist insofern kein Zufall, wenn in Arendts Buch über den Totalitarismus der Abschnitt über *Die Aporien der Menschenrechte* am Übergang zum dritten Teil *Totale Herrschaft* steht. Im Lager wird auf perverse Weise bewiesen, dass es ›den Menschen‹ als eine universelle Größe tatsächlich geben kann:

»In Wahrheit demonstrieren die Erfahrungen der Konzentrationslager, daß es in der Tat möglich ist, Menschen in Exemplare der menschlichen Tierart zu verwandeln, und daß die ›Natur‹ nur insofern ›menschlich‹ ist, als sie es dem Menschen freistellt, etwas höchst Unnatürliches, nämlich ein Mensch, zu werden.« (ebd., 934)

Für die Menschen des Lagers gilt in gesteigerter Form, was für die Staatenlosen bzw. die Geflüchteten zutrifft. Sie sind der Fähigkeit der Sprache und des Handelns beraubt. So schreibt Arendt ähnlich wie später Agamben: »Die Berichte der Überlebenden von Konzentrations- und Vernichtungslagern sind außerordentlich zahlreich und von auffällender Monotonie. Je echter diese Zeugnisse sind, desto kommunikationsloser sind sie.« (ebd., 908f.) ›Monotonie‹ bedeutet, dass sich das Verschiedene auf ein Gleiches reduziert. Dieses universell Gleiche ist der abstrakte Mensch, der nichts weiter ist als ein Exemplar der menschlichen Tierart. Aus dem Menschen wird ein solches Exemplar dadurch, dass ihm jede Spontaneität genommen wird: Abstrakt und universell ist der Mensch, der nicht mehr handlungsfähig ist und dadurch absolut kontrollierbar wird. Weil sich totale Herrschaft nur in absoluter Kontrolle realisieren kann (vgl. ebd., 937), hat sie in diesem abstrakten Menschen ihr oberstes Ziel. Während die Unfähigkeit zum Handeln im Fall der Staatenlosigkeit einen nicht-intendierten Effekt des globalen Systems von Nationalstaaten darstellt, ist sie im Fall der Lagergefangenen das intendierte

»die gleichsam wandelnden Exempel dessen, was ein Mensch überhaupt ist und wert ist.« (ebd., 926)

Mittel der Herrschaft.<sup>75</sup> Totale Herrschaft wird dadurch total, dass sie die Menschen um ihre Fähigkeit zu handeln bringt und in diesem Sinne gleich schaltet:

»Totale Herrschaft, die darauf ausgeht, alle Menschen in ihrer unendlichen Pluralität und Verschiedenheit so zu organisieren, als ob sie alle zusammen nur einen einzigen Menschen darstellten, ist nur möglich, wenn es gelingt, jeden Menschen auf eine sich immer gleichbleibende Identität von Reaktionen zu reduzieren, so daß jedes dieser Reaktionsbündel mit jedem anderen vertauschbar ist. Es handelt sich dabei darum, das herzustellen, was es nicht gibt, nämlich so etwas wie eine Spezies Mensch.« (ebd., 907)

Das Exemplar der Spezies, der handlungsunfähige Mensch, ist getrennt von der Sphäre der politischen Gemeinschaft, in der allein Handeln anerkannt und daher möglich wird. Isoliert von jeder Beziehung, ist dieser Mensch zurückgeworfen auf seine absolute Individualität. Ihn kennzeichnet das Paradox, ganz universell und zugleich völlig idiosynkratisch, einerseits höchste (abstrakte) Allgemeinheit und andererseits höchste (abstrakte) Besonderheit zu sein. (vgl. Arendt 1949, 765) Die beiden Extreme sind zwei Seiten *einer* Abstraktheit, die sich ergibt, wenn der Mensch aus seinen politischen Bezügen gelöst wird.<sup>76</sup> Die Gleichzeitigkeit von abstrakter Allgemeinheit und abstrakter Individualität bildet auch, wie ich in Kapitel 4.2 argumentiere, ein Merkmal der den Menschenrechten zugrunde gelegten ›Person‹. Damit deutet sich an dieser Stelle der Zusammenhang von Berechtigung und Entrechtung, von Menschenrechten und Ausnahmezustand an, auf den diese Arbeit zielt. Zunächst soll allerdings im folgenden Kapitel Agambens Kritik der Menschenrechte in den Blick kommen, die an Arendt anschließt und zugleich in entscheidenden Punkten von ihr abweicht.

- 75 Die systematische Verbindung zwischen Staatenlosen und Lagergefangenen besteht in der »Tötung der juristischen Person« als dem »erste[n] entscheidende[n] Schritt auf dem Wege zur totalen Herrschaft«. Im Fall der Staatenlosen erfolgt die Tötung der juristischen Person »automatisch« durch ihre Positionierung »außerhalb allen geltenden Rechtes«. (Arendt 2011a, 922) Im Fall der Lagergefangenen dagegen erfolgt sie nicht automatisch durch eine außer-staatliche Position, sondern wird *innerhalb* des Staates absichtlich durch einen Akt der *Aberkennung*, d.h. durch die (Her)Ausnahme aus dem Recht vorgenommen.
- 76 Helmuth Plessner gibt diesem Zusammenhang zwischen höchster Individualität und absoluter Abstraktheit (und somit vollkommener Ersetzbarkeit) des Menschen eine anthropologische Fundierung; vgl. Plessner 1965, 343.

### 3.3 Der Einschluss der Körper durch die Rechte des Menschen (Agamben)

Die Linie, die sich von Arendts Analyse totaler Herrschaft zu Agambens theoretischem Projekt ziehen lässt, ist offenkundig. So beschreibt Arendt die Bevölkerung totalitärer Regime gerade so, wie Agamben die Figur des ›Muselmanns‹, des bis an die Grenze des Todes entkräfteten Insassen des Lagers: als eine beherrschte uniforme Materie, als gleich ohne Abweichung, als folgsam ohne Devianz und daher als identisch mit dem Gesetz. Die Menschen werden »zu einer wandelnden Verkörperung von Gesetzen«, in ihnen verwirklichen totalitäre Regime ihr Ziel, »ein Menschengeschlecht herzustellen, das aktiv handelnd Gesetze verkörpert, die es sonst nur passiv, voller Widerstände und niemals vollkommen erleiden würde«. (Arendt 2011a, 948f.) Agamben rückt den Zusammenhang von Menschenrechten und nacktem Leben, den Arendt darlegt, dezidiert ins Zentrum seiner Kritik. Sein in *Homo sacer* formulierter Anspruch ist es, eine Idee der inneren Verknüpfung von Nationalstaat und Menschenrechten zu explizieren, die Arendt »unerläutert lässt«. (HS, 135) Es sollte hier allerdings klar geworden sein, dass Arendt den Nexus von Nationalstaat und Menschenrechten keineswegs unerläutert lässt, sondern die Weise, in der das Paradox des Nationalstaats mit der Aporie der Menschenrechte zusammenhängt, sehr deutlich expliziert und kritisiert.

Agamben wendet den Zusammenhang von Nationalstaat und Menschenrechten, den Arendt sieht, in eine andere Richtung. Arendts Punkt ist, dass den Menschenrechten in ihrer zeitgenössischen Gestalt ein Begriff des Menschen zugrunde liegt, dem die Staatenlosen und die Gefangenen der Lager entsprechen: In jenen, die aus der politischen Gemeinschaft des Nationalstaates ausgeschlossen sind und denen daher einklagbare Menschenrechte fehlen, realisiert sich der menschenrechtliche Begriff des Menschen – eben eines Menschen jenseits der politischen Gemeinschaft. Jene aber, die zur politischen Gemeinschaft eines Staates gehören und die daher im Schutz der Menschenrechte stehen, bleiben von diesem nackten Mensch-Sein verschont, das der Begriff der Menschenrechte enthält: Das entpolitisierende Potential, das dem Begriff der sogenannten Menschenrechte innewohnt, verwirklicht sich nicht für jene, die einen politischen Status, einen ›guten‹ Pass und damit die Menschenrechte haben.

Agamben wendet sich gegen diese Überzeugung; darin besteht die Radikalität seiner These. Dieser These zufolge verkörpert sich das nackte Mensch-Sein gerade auch in den Inhaber\_innen guter Pässe, das heißt in jenen Menschen, die im Schutz der Menschenrechte stehen. Denn die Menschenrechte ermächtigen nicht bloß den Menschen, sondern sie

ermächtigen auch den Staat *durch* den Menschen. In den Menschenrechten ist der Mensch nicht nur Zweck an sich, sondern wird zum Mittel für die staatliche Macht.

*Frankreich 1789: Die Einschreibung des Lebens in die Ordnung des Staates*

Der Punkt, an dem der Mensch zum Mittel wird, ist seine biologische Geburt. Der natürlichen Geburt des Menschen verleihen die Menschenrechte unmittelbar einen juridisch-politischen Gehalt. In Artikel 1 der französischen *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 heißt es: »Les hommes naissent et demeurent libres et égaux en droits.« – »Die Menschen/Männer werden frei und gleich an Rechten geboren und bleiben es.« Indem die Menschenrechte den politischen Status des Menschen in seine Geburt einschreiben, erklären sie ihn zum Bürger, auf dem der Nationalstaat beruht. Mit dem Wort *naître* (geboren werden) ist das Wort *nation* etymologisch verwandt und systematisch verknüpft. Denn die Bürgerschaft per Geburt ist das Prinzip des Nationalstaats. Indem die Menschenrechte der menschlichen Geburt einen politischen Gehalt geben und diese Form der Bürgerschaft konstituieren, dienen sie dem Nationalstaat als Mittel. Die Geburt mit dem Staat, den biologischen Menschen mit der politischen Macht zu verbinden, stellt nach Agamben die genuine Funktion der Menschenrechte seit der zweiten Hälfte des 18. Jahrhunderts, seit Beginn der nationalstaatlichen Epoche dar. Durch die Menschenrechte wird das natürliche Leben dem Nationalstaat als sein Fundament eingeschrieben. Diese Einschließung des Lebens in den Staat hat, so Agamben, eine ausschließende Wirkung: Insofern der Nationalstaat auf dem Leben der Menschen beruht, wird dieses Leben seiner Macht unterworfen, statt diese Macht handelnd zu gestalten. In dieser Wirkung kommen Agamben zufolge die Menschenrechte mit dem Ausnahmezustand überein:

»Die Räume, die Freiheiten, die Rechte, welche die Individuen in ihren Konflikten mit den zentralen Mächten erlangen, bahnen jedesmal zugleich eine stille, aber wachsende Einschreibung ihres Lebens in die staatliche Ordnung an und liefern so der souveränen Macht, von der sie sich eigentlich freizumachen gedachten, ein neues und noch furchterregenderes Fundament.« (HS, 129)

Wie das Politische überhaupt, so konstituiert sich auch die politische Form des modernen Nationalstaats durch eine einschließende Ausschließung, das heißt durch die Hervorbringung absolut ausgelieferten Lebens, die in der Form der Menschenrechte funktioniert. Wie Arendt rückt auch

Agamben damit die Menschenrechte in eine nationalstaatliche Perspektive. In der Produktion nackten Lebens sieht er die fundamentale Gemeinsamkeit der Menschenrechte mit dem Ausnahmezustand. Diese These bildet den systematischen Kern seiner Kritik der Menschenrechte. Die Kritik richtet sich zwar gegen die Gegenwart der Menschenrechte, das Argument, dessen sie sich bedient, ist hingegen historisch und reicht hinter den Beginn der gegenwärtigen Menschenrechtspolitik zurück. In Kapitel 3.1 habe ich diesen Beginn auf das Ende des Zweiten Weltkriegs datiert und als grundlegendes Dokument die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 genannt, auf der zentrale Verträge wie die beiden UNO-Pakte und die *Europäische Menschenrechtskonvention* basieren. Agamben zufolge lässt nun die Auseinandersetzung mit diesen gegenwärtig geltenden Dokumenten kein Verständnis der fundamentalen Problematik der Menschenrechte zu. Im Gegenteil: Die »instrumentelle Emphase der Menschenrechte und die Vervielfältigung der Erklärungen und Konventionen übernationaler Organisationen« (HS, 135f.) habe in der Nachkriegszeit dazu geführt, dass die Problematik der Menschenrechte in ihrer historischen Dimension unverstanden geblieben sei. In ihrer historischen Dimension ist die Problematik der Menschenrechte Agamben zufolge als Problem des Staates zu verstehen.

Das primäre Problem der Menschenrechte besteht in dieser Perspektive nicht etwa darin, dass sie nicht durchgesetzt werden, und auch nicht darin, dass die Möglichkeit der Ausnahme, wie in Kapitel 3.1 herausgearbeitet, Eingang in die menschenrechtlichen Verträge gefunden hat. Denn in beiden dieser Fälle erscheinen die Menschenrechte lediglich als passiv: Sie fallen einem Problem – dem Problem ihrer äußeren Nicht-Durchsetzung oder ihrer vertragsinternen Beschränkung – zum Opfer. In der Deutung Agambens *haben* die Rechte allerdings weniger ein Problem, als dass sie das Problem *sind*. Weil dieses in der Funktion liegt, die die Rechte für die Herausbildung des Nationalstaats haben, ist nach Agamben bis zur französischen *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789 und zu deren Rolle für die entstehende nationalstaatliche Ordnung zurückzugehen:

»Die [französische, J.H.] Erklärung der Menschenrechte stellt die originäre Figur der Einschreibung des natürlichen Lebens in die juristisch-politische Ordnung des Nationalstaates dar. Jenes natürliche nackte Leben, das im Ancien régime politisch belanglos war und als kreatürliches Leben Gott gehörte und das in der antiken Welt (wenigstens dem Anschein nach) als *zoé* klar vom politischen Leben (*bíos*) abgegrenzt war, wird nun erstrangig in der Struktur des Staates und bildet sogar das irdische Fundament der staatlichen Legitimität und der Souveränität.« (HS, 136, Hervorh. im Original)

Die französische *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 ist für Agamben maßgebend, weil sie die für den Nationalstaat konstitutive Verbindung zwischen dem Menschen einerseits und dem Staat andererseits herstellt.<sup>77</sup> Diese Verbindung, auf welcher der Nationalstaat beruht, erfolgt nach Agamben durch die Geburt; denn mit seiner Geburt wird der Mensch zum Bürger des Staates. Für beide Seiten der Verbindung hat dies weitreichende Folgen: Für den Menschen bedeutet es, dass sein natürliches, gebürtiges Leben unmittelbar politisch wird; denn der Status als Bürger ist ein politischer Status. Für den Nationalstaat bedeutet es, dass seine Souveränität und seine Legitimität in diesem natürlichen Leben fundiert ist; denn der Nationalstaat ist der Staat derer, die ihm als Bürger angehören.

In diesem zweiten Punkt greift Agambens Analyse zu kurz. Denn das Fundament nationalstaatlicher Souveränität ist nicht ›unmittelbar‹ das natürliche Leben: Begründet wird die Souveränität nicht im Bürger, sondern in der Nation. Zwar ist es richtig, dass die Logik der nationalstaatlichen Souveränität darin besteht, dass Mensch und Staat verbunden werden. Ebenso trifft zu, dass der Mensch dem Staat grundsätzlich so zugerechnet wird, dass sein natürliches Leben per Geburt die politische Qualität der Bürgerschaft erhält. Doch für den Nationalstaat heißt dies nicht, dass sich seine Souveränität ›unmittelbar‹ an den Bürger und somit an das natürliche Leben des Menschen anschließt. Nicht das Leben der Einzelnen, sondern das Leben der Nation bildet das Fundament nationalstaatlicher Souveränität. Der Begriff der *nation* verweist sowohl auf die politische Institution (*État-nation*) als auch auf die Menge der Menschen (*peuple*) und enthält zugleich das sie verknüpfende Moment: die *nativité*, die Geburt, die der lateinische Begriff *natio* bedeutet. Maßgebend ist die *nativité* nicht als Geburt der Individuen, sondern für die Konstruktion des nationalen Kollektivs.

Ich werde argumentieren, dass das, was man Agambens ›Vergessen der Nation‹ nennen könnte, in dem zentralen Punkt, um den es Agamben

77 Die Geschichte der Menschen- und Bürgerrechtserklärungen im 18. Jahrhundert beginnt allerdings nicht erst 1789 in Frankreich, sondern 1776 in Nordamerika mit den einzelnen ›Bill of Rights‹ bzw. ›Declaration of Rights‹ der ihre Unabhängigkeit erklärenden amerikanischen Einzelstaaten (etwa Virginia und Pennsylvania). Den Einfluss dieser amerikanischen Vorbilder auf die französische Erklärung hatte 1895 schon Georg Jellinek in seinem Buch über *Die Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* hervorgehoben. (Jellinek 1919, 11–17) Vgl. im Anschluss an Jellinek auch Joas 2011, 25 und 45, der auf der Bedeutung Nordamerikas für die französische Erklärung vor allem insistiert, um ihren Bezug zur Religion zu verdeutlichen. Ich setze an dieser Stelle mit Frankreich und der Erklärung von 1789 ein, weil an ihr und ihrer Rezeption die Verbindung von Mensch und Staat, auf die es mir ankommt, besonders klar hervortritt.

geht, zu einem Erklärungsdefizit führt. Dieser Punkt betrifft die für ihn leitende Frage, wie die Gewährung individueller Menschenrechte eine entrechtende Wirkung haben kann. Die Entrechtung der Bürger\_innen, die Agamben unter das Syntagma ›nacktes Leben‹ fasst, lässt sich angemessen nur verstehen, wenn zwischen Mensch und Staat das für die Souveränität konstitutive Bindeglied der Nation in den Blick kommt. Der staatliche Entzug individueller Rechte ist darin begründet, dass der Staat einem vagen ›Recht‹ der Nation den Vorrang vor den Rechten der Einzelnen gibt. Dieser Vorrang wird auch in der französischen *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* manifest. Darin liegt deren Ambivalenz, die auch Agamben benennt, allerdings nur einseitig in Richtung der Unterwerfung des Menschen ausführt und, wie ich zeigen werde, vor dem Hintergrund seiner Annahmen auch nur einseitig ausführen kann. Wenn hier, darin Arendt und Agamben folgend, die Frage nach der Bedeutung der Menschenrechte für den Nationalstaat im Fokus steht, muss sich diese Frage, gegen Agamben, auf die Rolle der Nation richten. Sie lautet dann: In welcher Weise sind die Menschenrechte für das Kollektiv der Nation bzw. für eine sich auf die Nation stützende staatliche Souveränität konstitutiv?

*Die Rechte der Menschen und die Souveränität der Nation:  
Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*

Für die französische *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* ist festzuhalten, dass sie historisch wie systematisch auf die französische ›Nation‹ bezogen ist. Der *historische Bezug* ergibt sich zunächst aus der Genese der Erklärung: Sie ist das Produkt der französischen Nationalversammlung und wurde von dieser am 26. August 1789 angenommen, im Zuge der Ereignisse der französischen Revolution. Über letztere heißt es in Robespierres Testament vom 26. Juli 1794: »Die erste Revolution, die auf den Rechten der Menschheit basierte«. (Gauchet 1996, 1180) Der Zusammenhang ist allerdings eher umgekehrt: Die *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* ist nicht das feste Fundament der Revolution, sondern das Produkt ihrer diskontinuierlichen Entwicklungen.<sup>78</sup> Vor der Verabschiedung lagen insgesamt dreißig Entwürfe allein aus den Reihen der Nationalversammlung vor; daneben brachten auch Personen Entwürfe ins Spiel, die wie Condorcet keine Mitglieder der Nationalversammlung waren. Als Diskussionsgrundlage diente schließlich ein Entwurf aus einem der »Büros

78 Zur unmittelbaren Bedingtheit der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* durch den Gang der Revolution vgl. ausführlich Gauchet 1991. In der französischen Originalausgabe ist der grundlegende Zusammenhang zwischen Revolution und Menschenrechten titelgebend: *La Révolution des droits de l'homme* (Gallimard 1989).

der Nationalversammlung«, der durch ein Manöver der »Rechten« in den Fokus rückte; die abschließende Überarbeitung, die vom 20. bis zum 26. August stattfand, ließ von diesem Entwurf wiederum wenig übrig. (vgl. ebd., 1185f.) Am 27. August folgte dann ein einstimmiger Beschluss, die weitere Arbeit an der Erklärung zu unterbrechen – zugunsten der dringlicheren Aufgabe, eine Verfassung auszuarbeiten. Obschon die unvollendete Erklärung von 1789 bereits in der Verfassung von 1793 durch eine neue ersetzt wurde, entfaltete sie einen großen Einfluss.

Dieser Einfluss beruht auf ihrem *systematischen Bezug* zur französischen Nation – auf der Weise, in der die Erklärung von 1789 die ›Souveränität der Nation‹ etabliert.<sup>79</sup> Eben diese Verbindung von Menschenrechten und Souveränität der Nation ruft, im Namen des Volkes, noch die derzeit geltende französische Verfassung auf: »Das französische Volk [*peuple*]«, heißt es zu Beginn der Präambel, »verkündet feierlich seine Verbundenheit mit den Menschenrechten und den Grundsätzen der nationalen Souveränität, wie sie in der Erklärung von 1789 niedergelegt wurden.«<sup>80</sup> Das ›Volk‹ spielt auch in der Erklärung von 1789 die entscheidende Rolle. Es verkündet hier nicht nur seine ›Verbundenheit‹ mit Menschenrechten und nationaler Souveränität, sondern ist das sie verbindende Glied. Die Verbindung von Menschenrechten und Souveränität durch das Volk geschieht in den ersten drei Artikeln der Erklärung. Artikel 1 macht die Menschen zu Bürgern, indem er sie als »frei und gleich an Rechten geboren« erklärt. Artikel 2 etabliert die Verbindung zwischen berechtigten Bürgern und politischem Kollektiv, indem er es zum Zweck jeder politischen Vereinigung erklärt, die erklärten Rechte zu erhalten.<sup>81</sup> Artikel 3 macht deutlich, dass die Souveränität der

79 Dass es sich bei der Idee ›natürlicher Rechte‹ und der Idee der ›Souveränität der Nation‹ um die beiden Grundideen der Französischen Revolution handelt, ist relativ unstrittig. Umstritten ist dagegen, in welchem Zusammenhang sie stehen. (vgl. dazu Menke 2011a)

80 »Le peuple français proclame solennellement son attachement aux Droits de l'Homme et aux principes de la souveraineté nationale tels qu'ils ont été définis par la Déclaration de 1789«. Die aktuelle Verfassung gilt seit dem 4. Oktober 1958 und markiert den Beginn der V. Republik. Der Bezug auf die Menschenrechte findet sich freilich auch in der vorangehenden Verfassung von 1946 (IV. Republik). Die angegebene deutsche Übersetzung ist zitiert nach dem Verfassungsrat der Französischen Republik, <http://www.conseil-constitutionnel.fr>; abgerufen am 23.04.2018.

81 Artikel 2 präzisiert zugleich, um welche Rechte es sich handelt: »Ces droits sont la liberté, la propriété, la sûreté et la résistance à l'oppression.« – »Diese Rechte sind die Freiheit, das Eigentum, die Sicherheit und der Widerstand gegen die Unterdrückung.« Nicht ein Recht *auf* Freiheit ist hier genannt, sondern ein Recht *namens* Freiheit. Dass Freiheit *unmittelbar* ein Recht ist, verdeutlicht die Universalität des rechtlichen Anspruchs: Die Freiheit selbst

politischen Vereinigung nicht bei einem oder einigen Individuen liegt, sondern beim Volk. Hier, im Volk, ›wohnt‹ die Souveränität – »*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation*«. Wo die geltende französische Verfassung für Volk *peuple* schreibt, heißt es in der Erklärung von 1789 *nation*.<sup>82</sup> Der einzelne Mensch, den Artikel 1 zum Bürger macht, tritt im dritten Artikel hinter der Nation zurück. Genau besehen erscheint der Mensch/Mann bereits im ersten Artikel im Plural. Der berechnete Bürger zählt nicht allein, sondern nur als Mehrzahl, das heißt als Kollektiv der Nation.

In seiner Schrift *Qu'est-ce que le Tiers-état?* hatte Sieyès im Januar 1789 den spezifischen Ort der *nation* bestimmt: »Wo ist die Nation zu suchen? Nun, da, wo sie sich befindet, nämlich in den vierzigtausend Gemeinden, die das ganze Staatsgebiet, alle Einwohner und alle Steuerzahler des Gemeinwesens umfassen; hier ist es doch wohl, wo man die Nation findet.« (Sieyès 2011, 30) Die Nation, so sagt Sieyès, liegt bei den Gemeinden als den Einheiten, welche die Einwohner und Steuerzahler, oder genauer: die Einwohner als Steuerzahler umfassen. Dass die Bürger hier nicht als berechnete Individuen, sondern als zahlendes Kollektiv in Betracht kommen, ist ein Punkt, dem ich mich später zuwenden werde.

An dieser Stelle interessiert zunächst folgende Frage: Wenn die Erklärung der Menschenrechte historisch (als Produkt der Nationalversammlung) wie systematisch (als Begründung nationaler Souveränität) einen engen Bezug zur französischen Nation aufweist, wie hängen jener historische und dieser systematische Bezug ihrerseits zusammen? Welche Verbindung besteht zwischen der Genese der Erklärung und der in ihr erklärten Souveränität der Nation?

Wenn die Nationalversammlung mit der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* die Souveränität der *nation* zuschreibt, geschieht dies nicht allein in der Absicht, das Volk zu ermächtigen, sondern um sich selbst als verfassungsgebende Gewalt zu legitimieren. (vgl. dazu Gauchet 1996, 1184-1187) Die Nationalversammlung verleiht nicht die Souveränität dem Volk, sondern sie leiht sie vom Volk, um sich selbst zu ermächtigen. Ermächtigung bedeutet dabei, die eigene *potestas* mit *auctoritas* zu versehen, die faktische Macht mit Rechtmäßigkeit auszustatten. Es geht an diesem Punkt weniger darum, dass das ›Volk‹ vor allem den Dritten Stand meint – und dass auch von dem so definierten Volk viele ausgeschlossen werden, die ihm, wie etwa die Frauen, zugehören sollten. Nicht *wer* vom Volk ausgeschlossen bleibt, ist hier thematisch, sondern dass *das Volk* ausgeschlossen bleibt. Im Volk wohnt (*réside*) vielleicht die

hat die Form eines Rechts und braucht nicht erst durch ein Recht formiert zu werden, das in Frankreich oder anderswo erlassen wird.

- 82 In der auf Mirabeau und Sieyès zurückgehenden Präambel allerdings ist ebenfalls vom *peuple français* die Rede.

Souveränität, aber sie ist hier nicht wirksam. Dass das Volk Träger der Souveränität ist, bedeutet nicht, dass ihm Souveränität übertragen wird, sondern dass es Souveränität überträgt. Denn die Ausübung der Souveränität kommt der Nationalversammlung zu: Die Nationalversammlung beruft sich in der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* auf ein souveränes Volk, um dessen Souveränität an seiner Stelle legitimerweise ausüben zu können. Als Vertretung des Volkes verleiht die Nationalversammlung der Souveränität, über die sie bereits verfügt, Legitimität. Als legitim erscheint dann auch die Verfassung, welche die Nationalversammlung gibt, und der Staat, der auf dieser Verfassung beruht. Die *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* von 1789 hat, von ihren ersten drei Artikeln her gesehen, den Zweck, diese Legitimität herzustellen. Zu diesem Zweck bildet das als souverän erklärte Volk das Mittel.

Zur Erreichung des Zwecks gehören zwei Schritte: erstens die Verlagerung der Souveränität ins Volk, zweitens die Vertretung des Volkes durch die Nationalversammlung. Dem ersten Schritt dient Artikel 3, der es zum Wesen der Souveränität erklärt, dass sie beim Volk im Sinne des Kollektivsubjekts der Nation liegt: »*Le principe de toute souveraineté réside essentiellement dans la nation, nul corps, nul individu ne peut exercer d'autorité qui n'en émane expressément.*« - »Das Prinzip/der Anfang aller Souveränität liegt wesentlich in der Nation/im Volk; keine Körperschaft, kein Individuum kann legitime Gewalt [autorité] ausüben, die nicht ausdrücklich von ihr/ihm ausgeht.« [Übers. J.H.] Dabei kann die Souveränität nur in der Nation als den versammelten Bürgern liegen, wenn diese mehr sind als bloß Untertanen. Durch die Erklärung der Rechte werden die Untertanen zu Bürgern ermächtigt: Ermächtigung der Nation durch Berechtigung der Bürger. Allerdings wird die so akkumulierte Souveränität des Bürgervolks zugleich an die Vertreterversammlung, an die *Assemblée nationale* abgegeben. Dieser zweite logische Schritt, die Vertretung des Volkes, erfolgt rein assertorisch, durch die schlichte Vertretungsbehauptung in den ersten Worten der Präambel: »*Les représentants du peuple français, constitués en Assemblée nationale*«. - »Die Repräsentanten des französischen Volkes, konstituiert als Nationalversammlung«. In der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte* erklärt die Nationalversammlung nicht nur die Rechte der Bürger und auf diesem Weg die Souveränität der Nation, sondern sie erklärt auch sich selbst zur Vertretung der Nation und dadurch zum Souverän, dem Träger des *pouvoir constituant*. Durch die Erklärung gibt sich die Nationalversammlung die Legitimität, die französische Verfassung zu geben.

Vor dem Hintergrund einer solchen Lesart der *Erklärung der Menschen- und Bürgerrechte*, sie ist freilich weder die einzig mögliche noch die einzig kritische, lässt sich die Menschenrechtskritik bei Agamben näher erläutern. Denn ihn interessiert gerade der Zusammenhang von Emanzipation und Unterwerfung, den die Erklärung von 1789 etabliert.

Das zugleich ermächtigte und unterworfenene ›Subjekt-Objekt‹ der Macht verortet er allerdings vor allem in der Figur des Bürgers und kaum im Kollektiv der Nation. Während Foucault ein Kollektiv, das Kollektiv der Bevölkerung, mit dem Doppelprädikat ›Subjekt-Objekt‹ bezeichnet hatte (vgl. Foucault 2006b, 117 und 398), überträgt Agamben diese Bezeichnung auf das nackte Leben, das als Bürger in den Staat eingeschlossen wird. (vgl. HS, 19) Auf diese Weise tendiert Agamben in seiner Deutung der Erklärung von 1789 auch dazu, das Leben des Bürgers, nicht das der Nation, zum Träger der Souveränität zu machen und die Bedeutung, die der Nation zukommt, zu vernachlässigen. So schreibt Agamben: Dass sich der Untertan (franz. *sujet*) in den Bürger (franz. *citoyen*) verwandelt, bedeute, dass »das natürliche nackte Leben als solches [...] zum unmittelbaren Träger der Souveränität wird«. (HS, 137) Zwar benennt Agamben, mit Bezug auf die ersten 3 Artikel der Erklärung von 1789, den Zusammenhang von Nativität, Nation und Staat (vgl. HS, 136f.), doch geht er auf die eigenständige Bedeutung der Nation nicht ein. Aufgrund der Fiktion, »daß die Nativität unmittelbar Nation wird«, könne es zwischen den zwei Begriffen »keinen Abstand« geben. (HS, 137) Der Abstand zwischen Nativität und Nation – zwischen der Geburt der einzelnen Bürger und der Gesamtheit der Bürgerschaft – besteht aber gerade darin, dass nur die Nation und nicht der Bürger souverän ist. Der einzelne Bürger ist nicht ›unmittelbar‹ Nation, sondern nur vermittelt über das Kollektiv.<sup>83</sup> Zunächst muss aber noch deutlicher werden, wie Agamben den unmittelbar politischen Charakter des Bürgers versteht; denn mit dem Hinweis auf die unmittelbare Politizität begründet Agamben seine These der Ununterscheidbarkeit von Bürgern und Geflüchteten, in der seine Kritik der Menschenrechte ihre äußerste Radikalität annimmt.

### *Bürger und Geflüchtete: Krise einer Differenz*

Agambens Projekt geht vom Einzelnen aus, vom *homo sacer* im Singular. Diese Figur bleibt auch dann im Singular, wenn wir, wie Agamben postuliert, heute alle *homines sacri* sind, denn die einschließende

83 Differenzierter beschreibt Agamben den Zusammenhang, ebenfalls mit Bezug auf die ersten drei Artikel der Erklärung von 1789, in seinem Text *Jenseits der Menschenrechte*: »National-Staat [*Stato-nazione*] bedeutet: ein Staat, der aus der Abstammung bzw. der ›Gebürtigkeit‹ [*natività*], der Geburt [*nascita*] (also dem bloßen menschlichen Leben) den Grund seiner Souveränität macht.« (Agamben 2006, 25f., Hervorh. im Original) Die Geburt ist, da auf ihr Bürgerschaft und damit auch die Nation als Menge beruht, der Grund der Souveränität, wobei das Subjekt der Souveränität nicht der Bürger, sondern die Nation ist.

Ausschließung, die den *homo sacer* als das nackte Leben hervorbringt, bedeutet – darin folgt Agamben Arendt – den Verlust menschlicher Beziehungen und hat den Sinn der Vereinzelung. Weil das nackte Leben dadurch entsteht, dass es aus einem Kollektiv ausgeschlossen wird, kommt das Kollektiv selbst kaum in den Blick: Es interessiert der Bürger ›unmittelbar‹ im Verhältnis zum Staat, aber nicht die vermittelnde Bedeutung der Nation. Darin besteht das grundlegende Problem von Agambens Analyse. Denn bleibt der Vorrang außer Betracht, den das Leben der Nation vor dem Leben der Bürger hat, lässt sich auch der Entzug individueller Rechte durch den Staat (die im Namen des Volkes oder der Bevölkerung geschieht), nicht angemessen verstehen. Wie für die Ermächtigung der Nationalversammlung, so ist auch für die Entrechtung der Einzelnen die Nation ein legitimierendes Mittel. Hatte die Nationalversammlung in Anspruch genommen, die *nation* zu vertreten und im Namen ihrer Souveränität eine Verfassung zu geben, so berufen sich heute staatliche Exekutiven im Ausnahmefall darauf, im Namen des »Leben[s] der Nation« (Art. 15 EMRK) vertrags- und verfassungsmäßig garantierte Rechte einzuschränken oder auszusetzen. Für die Ermächtigung staatlicher Macht und die Entrechtung der Individuen bildet die Nation das entscheidende Scharnier.

Dass Agamben das Verhältnis von Bürger und Nation (oder von Individuum und Bevölkerung) kaum adressiert, hat, wie erwähnt, auch zur Folge, dass der Aspekt der Berechtigung und damit die Ambivalenz der französischen Erklärung von 1789 – die Spannung zwischen der Begründung nationaler Souveränität und der Begründung individueller Rechte – nicht in den Blick gelangt. In Agambens Deutung ist der Bürger *unmittelbar* nacktes, entrechtetes Leben. Die politische Qualifizierung seines natürlichen Lebens, die mit der Geburt stattfindet, erfolgt im Modus der Abstraktion von jeder politischen Qualität: Bürger wird der Mensch als *homo sacer*. Die politische Ermächtigung des Menschen, für die der Status des Bürgers (*citoyen*) im Unterschied zum Untertanen (*sujet*) steht, hat dieser Lesart zufolge faktisch nie stattgefunden. Denn die Rechte des Menschen haben hier ohne Weiteres, und nicht bloß vermittelt über die aus *berechtigten* Bürgern konstituierte Nation, die Funktion der Entrechtung. Bei Agamben ist die Ermächtigung durch Rechte, die der Bürger dem Anspruch nach bedeutet, der Logik nach unmöglich. So ist der Bürger, wie Agamben ihn beschreibt, eine paradoxe, keine dialektische Figur. Dialektisch wäre diese Figur, wenn eine tatsächliche Berechtigung in Entrechtung verkehrt würde; wenn berechnete Bürger\_innen hinter der durch ihre Berechtigung konstituierten Nation nicht nur zurücktreten, sondern, wie es in Regimen der Ausnahme geschieht, im Namen der Nation entrechtet werden. Weil Agamben die Differenz zwischen einzeltem Bürger und Kollektiv der Nation nicht hinreichend berücksichtigt, lässt sich bei ihm ein dialektischer Umschlag von einem politisch

qualifizierten in ein bloßes Leben nicht denken. Die Konsequenz davon ist, dass in seiner Analyse das nackte Leben den ganzen Raum vereinnahmt und mit dem berechtigenden Aspekt auch die Ambivalenz der Rechte nicht in Betracht kommt. Statt die Rechte der Menschen in ihrer Zweideutigkeit verständlich zu machen, markiert Agamben sie als eindeutig schlecht. Die bei ihm angelegte Kritik der Rechte zielt darauf, sie *in toto* zu verwerfen. Diese radikale Folgerung überzeugt nicht, denn sie ergibt sich aus einer einseitigen Perspektive.

Die einseitige, also nicht-ambivalente Reduktion des Bürgers auf den Aspekt der Entrechtung schlägt sich besonders deutlich darin nieder, dass Agamben die Figur des Bürgers in größte Nähe zur Figur des Geflüchteten bringt: Im Bürger ist der bloße Mensch – das durch den Geflüchteten verkörperte nackte Leben – beschlossen. Agamben zufolge deutet sich die Möglichkeit, dass im Kern des Bürgers das bloße Menschsein steht, auch im Titel der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* an, der sich so verstehen lasse, dass ›Mensch‹ und ›Bürger‹ »ein Hendiadyoin bilden, jene rhetorische Figur, in der der erste Begriff in Wahrheit immer schon im zweiten enthalten ist«. (Agamben 2006, 25; vgl. ebenso HS, 135) Enthält der Bürger den bloßen Menschen, das nackte Leben, das der Geflüchtete ist, hebt sich der zwischen beiden bestehende Gegensatz auf. Die Annäherung von Bürgern und Geflüchteten sieht Agamben nun gerade nicht darin, dass heute dank internationaler Menschenrechtsverträge Geflüchteten Rechte zukommen, die Mitte des 20. Jahrhunderts noch allein den Bürgern vorbehalten waren. Nicht, dass auch Geflüchtete – so wie die Bürger – Rechte haben, sondern dass auch die Bürger – so wie Geflüchtete – entrechtet sind, stellt nach Agamben die Nähe zwischen beiden Seiten her. Für diese Sicht Agambens lassen sich allerdings kaum überzeugende Belege finden. Problematisch erscheint sie mir aus beiden Richtungen: Einerseits wird durch sie der emanzipatorische Gehalt der Rechte und der juristische Status, der mit ihnen einhergeht, übergangen. Andererseits wird die Lage der Geflüchteten relativiert, indem sie im Effekt mit der Rechtslage von Staatsbürger\_innen gleichgesetzt wird. Die Sicht Agambens soll zunächst noch etwas näher verdeutlicht werden.

Dabei ist als erstes festzuhalten: Agambens Insistenz auf der Allgegenwart nackten Lebens verbindet sich mit der These, dass die Differenz zwischen Bürger\_innen und Geflüchteten instabil ist. In einer historischen Perspektive hatte auch Arendt diese These vertreten und als Beleg die seit dem Ersten Weltkrieg verbreitete aufkommende Praxis angeführt, bereits naturalisierten Bürger\_innen die Staatsbürgerschaft abzuerkennen. Grund für den Entzug der Bürgerschaft war die damals erstmals und seither mehrfach wiederkehrende hohe Zahl an Geflüchteten. Die sogenannten »Flüchtlingskrisen« sind vor diesem Hintergrund auch als Krise der Bürgerschaft zu verstehen. Dies natürlich zunächst

für die Geflüchteten, denn sie hat ihr Status als Bürger\_innen dort, wo sie herkommen, nicht geschützt, und dort, wo sie hinkommen, ist ihnen das Recht auf Bürgerschaft versagt. Doch auch für die Bürger\_innen, die noch Bürgerrechte haben und die schon da sind, wenn die Anderen, die Geflüchteten, ankommen, ist die sogenannte »Flüchtlingskrise« eine »Krise des Bürgers«. Nicht deshalb, weil die Bürger überfordert wären angesichts der Differenz und Fremdheit, die ihnen in der Person der Geflüchteten entgegentritt; die »Krise des Bürgers« besteht nicht darin, dass der Unterschied zum Geflüchteten zu groß wäre, sondern dass er zu klein ist. Die »Flüchtlingskrise« ist die »Krise des Bürgers«, weil sie die Krise seiner Unterscheidung vom Geflüchteten ist. Dem Bürger gelingt nicht mehr, sich vom Geflüchteten zu unterscheiden. Nicht etwa deshalb, weil er einsehen würde, dass auch die Geflüchteten Menschen wie er sind, sondern weil deutlich wird, dass auch er ein Mensch wie der Geflüchtete ist.

Die Krise der Bürgerschaft besteht in der Einsicht, dass es sich beim Prinzip des Nationalstaats, wonach der Mensch von Geburt an und damit »natürlicherweise« mit den Rechten des Bürgers ausgestattet ist, um eine Fiktion handelt. Die Figur des Geflüchteten repräsentiert, so versteht es Agamben, den gelegneten Abstand zwischen Geburt und Bürgerschaft, zwischen Nativität und Nationalität: »Wenn in der Ordnung des Nationalstaats der Flüchtling ein so beunruhigendes Element darstellt, dann vor allem, weil er, indem er die Identität zwischen Mensch und Bürger, zwischen Geburt und Nationalität bricht, die Ursprungsfiktion der Souveränität in eine Krise stürzt.« (Agamben 2006, 26) Dass der Mensch mit dem Bürger nicht identisch ist, bedeutet für den letzteren, dass die Bürgerschaft ihn nicht seines (bloßen) Menschseins entledigt, sondern dass ihm der Mensch als sein Anderes, als nacktes Leben, innewohnt. Dass dieses nackte Leben jederzeit hervorbrechen und sich geltend machen kann, ist die Widerlegung der Fiktion der Bürgerschaft und damit deren Krise. Entgegen der Fiktion zeigt sich, so Agamben, dass es kein *natürliches* politisches Leben gibt und dass alles politische Leben *nacktes* Leben ist. Es wird deutlich, dass die Bürgerschaft keinen sicheren Status darstellt, da zwischen Bürger und Geflüchtetem keine feste Differenz besteht. Nach Agamben gibt die Kategorie der Bürgerschaft deshalb Grund zur Beunruhigung, weil ihr die Krise konstitutiv eingeschrieben ist. Diese Krise ist diejenige einer mangelnden Differenz. Dadurch gerät bei Agamben gerade der trennende, ausschließende Charakter, der sich mit nationalstaatlicher Bürgerschaft verbindet, in den Hintergrund.

Auch an diesem Punkt der Analyse wäre daher auf die konstitutive Rolle der Nation deutlicher hinzuweisen, als Agamben es tut. Rückt diese Rolle in den Blick, zeigt sich, dass die nationalstaatliche Fiktion nicht so sehr darin besteht, wie Agamben meint, dass natürliche Geburt und politische Zugehörigkeit, Mensch und Bürger identisch seien,

sondern darin, dass der Abstand, der zwischen ihnen besteht, durch das Konstrukt der Nation überbrückt – und damit zugleich aufrecht erhalten – werden kann. Der Abstand liegt ja gerade darin offen zutage, dass niemand als Mensch, sondern nur als Angehöriger der Nation Bürger werden kann. Gerade weil ein Abstand den Menschen vom Bürger trennt, ist es möglich, als Bürger sein Menschsein der Nation, die einen zum Bürger macht, zu opfern. Die strengste Bezeichnung dafür ist Chauvinismus. Denn der nachrevolutionäre Nationalismus des Nicolas Chauvin, jenes legendären Soldaten, der in der napoleonischen Armee gekämpft haben soll, realisierte sich darin, sein Leben radikal aufs Spiel zu setzen und seinen Körper durch vielfache Verwundung verstümmeln zu lassen. Aus der Überzeugung, dass die Nation an Wichtigkeit und Größe alles Einzelne übersteigt, folgt der Wille des Einzelnen, sein Leben als Mensch zu lassen, um Ehre als Bürger zu gewinnen. Ganz Bürger, so diese Fiktion, ist nur, wer dient, das heißt den Menschen für den Bürger aufgibt und dadurch der Nation den Preis dafür, dass sie den Menschen mit dem Bürger verbindet, vollständig zurückzahlt. Ganz ähnlich beurteilte auch Schmitt das Recht des Staates, von den Einzelnen den Einsatz ihres Lebens im Krieg zu fordern. (vgl. BdP, 43)

Die Indienstnahme allen Lebens durch das Konstrukt der Nation oder des ›Volkes‹ ist totalitaristisch. In der Menschenrechtskritik Arendts wie Agambens nimmt das Phänomen des Totalitarismus eine zentrale Stellung ein. Diesem Zusammenhang wende ich mich im folgenden Kapitel zu. Das Ziel ist dabei, den Totalitarismus nicht allein vom Nationalismus, sondern zugleich vom Kapitalismus her zu verstehen. Hinsichtlich einer Analyse der Menschenrechte und einer kritischen Betrachtung ihrer Funktionen bedeutet dies eine wichtige Verschiebung: In der Untersuchung der Genese wie der gegenwärtigen Form der Menschenrechte darf es nicht allein und auch nicht in erster Linie darum gehen, die Menschenrechte in ihrem Zusammenhang mit dem Kollektiv der Nation darzustellen. Wichtiger noch ist die Verbindung der Menschenrechte mit dem Kollektiv der Bevölkerung. Das Kollektiv der Bevölkerung kann sich mit dem Kollektiv der Nation zwar weitgehend decken, folgt aber einer anderen Logik. Diese Logik ist für die Frage, wie die Gewährung von Rechten mit der Möglichkeit ihrer Suspension zusammenhängt, das heißt für die leitende Frage dieses Buches, entscheidend.