Einleitung: Komplement und Antithese

Zur Beziehung von Ausnahmezustand und Menschenrechten

> »Alles das gilt nicht mehr; im Anblick des Kampfes verwerfe ich alles, was gestern noch galt, kündige alles Einverständnis mit allen, tue das allein Menschliche. Hier ist eine Aktion. Ich stelle mich an ihre Spitze.«
> *Der junge Genosse in Bertolt Brechts* Die Maßnahme. (*1955, 298*)

> »Nein, eine Grenze hat Tyrannenmacht:
> Wenn der Gedrückte nirgends Recht kann finden,
> Wenn unerträglich wird die Last – greift er
> Hinauf getrosten Mutes in den Himmel
> Und holt herunter seine ew'gen Rechte,
> Die droben hangen unveräußerlich
> Und unzerbrechlich, wie die Sterne selbst«.
> *Werner Stauffacher in Friedrich Schillers* Wilhelm Tell. (*1988, 46, V. 1275–1279*)

Der junge Genosse in Brechts *Die Maßnahme* und Werner Stauffacher in Schillers *Wilhelm Tell* treten ein für zwei verschiedene politische Taten. Beide Taten lassen sich als gegen das Recht gerichtet verstehen. Denn beide Taten greifen ein in den jetzigen Zustand des Rechts, mit dem etwas nicht in Ordnung ist. Der Orientierungspunkt ist dabei aber ein je anderer. Der junge Genosse bei Brecht blickt hinein in die Gegenwart des Kampfes, um zu wissen, was zu tun ist: *Hier* ist eine Aktion. Stauffacher schaut hinauf in die Sterne, um die Gegenwart an dem zu messen, was ewig und unveräußerlich ist.

In beiden Fällen ist die Aktion von der Überzeugung getragen, dass das, was geltendes Recht ist, zu Unrecht Geltung hat, ja bereits nicht mehr gilt. Im ersten Fall, dem Fall Brechts, weil es nach Lage der Sache die Geltung verloren hat oder verlieren muss: Weil sich die Welt geändert hat, kann das Gesetz nicht mehr gelten. In diesem Sinn meint die ›junge Traktoristin‹ in Brechts Stück *Der kaukasische Kreidekreis*, das in einem vom Krieg zertrümmerten kaukasischen Dorf spielt: »Die Gesetze müssen in jedem Fall überprüft werden, ob sie noch stimmen.« (Brecht 1967a, 2003) Angesichts der aktuellen Lage ist die Geltung des geltenden Rechts fraglich geworden. Im zweiten Fall, im Fall Schillers, steht das geltende Recht nicht deswegen in Frage, weil sich die faktische

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Lage, die Umwelt des Rechts geändert hat, sondern weil mit dem Recht selbst etwas nicht stimmt. Es entspricht dem Maßstab nicht mehr, der ans Recht zu stellen ist, denn es hat die Grenze überschritten, die dem Recht durch etwas Übergeordnetes, durch die immer geltenden Ansprüche des Menschen gegeben sind. Seinen Rechtscharakter hat es damit verloren, ist übergegangen in Tyrannenmacht, so dass »der Gedrückte nirgends Recht« mehr findet.

Statt auf das Recht, das zu gelten aufgehört hat, berufen sich Brechts junger Genosse und Schillers Stauffacher auf etwas, das mehr gilt als das Recht. Bei Brecht ist es die Aktion, die »hier ist«, bei Schiller sind es die unveräußerlichen Rechte, die »droben hangen« und hinunter sollen. Jeweils handelt es sich darum, ein entleertes Recht erneut zu füllen. Es geht bei dieser Tat um das spezifisch *Rechtliche* des Rechts, das dem Recht, wie es aktuell ist, fehlt.

Die Aktion, für die der junge Genosse eintritt, ist die besondere Maßnahme, die mit der Allgemeinheit des Gesetzes bricht und dadurch dem konkreten Fall »im Anblick des Kampfes« eher entspricht. Beim Verweis auf einen besonderen, nämlich besonders ernsten Fall ist eine autoritäre Geste im Spiel. Sie ist autoritär in einem doppelten Sinn, sowohl der Erkenntnis als auch der Praxis nach. Die autoritäre Erkenntnis liegt darin, jenseits vom »Einverständnis mit allen« zu wissen, was »das allein Menschliche« sei. Die autoritäre Praxis besteht darin, dieses allein Menschliche *allein* zu tun: »Hier ist eine Aktion. Ich stelle mich an ihre Spitze.« Die Aktion konzentriert sich in dieser Spitze, denn »alles Einverständnis mit allen« wurde gekündigt.

Eine in diesem zweifachen Sinn autoritäre Geste vollzieht auch der ›Gedrückte‹ in Stauffachers Rede: Seine ewigen Rechte hinunterzuholen, sich selbst Recht zu verschaffen und seinen Anspruch ins Recht zu setzen, ist nicht nur heroisch, sondern kann als Akt der Selbstjustiz vermessen sein. Doch geht es bei Schillers Stauffacher zunächst um etwas anderes. Es geht darum, dass das Allgemeine – insofern es allgemein ist, ist es ewig – über die Frage der Geltung bestimmt. In Anbetracht der Allgemeinheit unveräußerlicher Rechte ist das aktuell geltende Recht eine bloße Partikularität. Sobald es dem Anspruch der Allgemeinheit nicht mehr genügt, wird es obsolet.

Bemängelt Brechts junger Genosse, dass die Gesetze oder Prinzipien angesichts der konkreten Lage zu allgemein sind, wendet umgekehrt Stauffacher gegen das Recht ein, dass es zu partikular geworden und nur noch Macht ist. Beide kritisieren das bestehende Recht dafür, dass seine Geltung defizitär ist, wobei sie dieses Defizit in einer je verschiedenen Dimension rechtlicher Geltung verorten. Das Geltungsproblem des Rechts liegt dem jungen Genossen zufolge in einem Mangel an Faktizität, Stauffacher zufolge in einem Mangel an Legitimität; ersterer verneint angesichts der aktuellen Umstände die *soziale Geltung* des bestehenden

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Rechts, letzterer bestreitet in Berufung auf allgemeine Prinzipien seine *normative Gültigkeit*.[1] Der Einwand gegen die Geltung des Rechts erfolgt im ersten Fall im Namen einer Partikularität, im zweiten Fall im Namen einer Universalität: Der junge Genosse hält den zu allgemeinen Normen die besondere Maßnahme entgegen, Stauffacher einer zu partikular, nämlich willkürlich gewordenen Herrschaft die universellen Rechte. Während ersterer das Recht als *nicht-geltend* erklärt, deklariert es letzterer als *ungültig*.

Der junge Genosse agiert nach der Logik des Ausnahmezustands. Dessen Instrument ist die konkrete Maßnahme, die an die Stelle eines Gesetzes tritt, das gestern noch galt. Indem er erklärt, dass es heute nicht mehr gilt, und sich auf diese Weise an die Spitze der Aktion stellt, handelt der junge Genosse souverän. *Gegen* den Souverän, die Macht des Tyrannen, agiert dagegen Stauffacher. Er ist, so lässt sich sagen, ein Advokat der Menschenrechte, indem er unveräußerliche Ansprüche erklärt und sich zugleich auf sie beruft. Durch die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 erhält Stauffachers Politik der Rechte eine späte Bestätigung: Werden die Menschenrechte nicht vom geltenden Recht geschützt, sieht sich der Mensch gezwungen, »zum Aufstand« als letztem Mittel »gegen Tyrannei und Unterdrückung zu greifen«.[2] Weil der ›Gedrückte‹ die allgemein gültigen Rechte nicht als aktuell geltende vorfindet, erhebt er sich und »greift er« zu dem, worauf er Anspruch hat: Er bricht sich seine Rechte, die »droben hangen«, selbst herunter. Wie der junge Genosse wendet sich damit auch Stauffacher gegen die bestehenden rechtlichen Verhältnisse, gegen das hier unten bestehende Recht.

Doch stellen sich der junge Genosse und Stauffacher nicht nur beide gegen das Recht, das ihnen zu allgemein oder zu partikular ist, sie stellen sich auch einander entgegen: Der junge Genosse, der antidemokratisch »alles Einverständnis mit allen« kündigt, macht sich zum Souverän, den Stauffacher als Tyrannen bekämpft. Beide aber, der junge Genosse und Stauffacher, tun das, was sie tun, im selben Namen, im Namen des – mit dem Genossen gesprochen – »allein Menschliche[n]«. An dieser Stelle wird die Unterscheidung zwischen den beiden politischen Taten gegen das Recht, zwischen der konkreten Maßnahme und dem Griff nach den Sternen, fragil und instabil. Denn: Nimmt der junge Genosse nicht für sich in Anspruch, dem öffentlichen Wohl und damit einem Prinzip zu folgen, das allgemeiner ist und insofern höher steht als das geltende Recht

1 Zu diesen zwei einander entgegengesetzten und in dieser Entgegensetzung intern miteinander verschränkten Dimensionen der Rechtsgeltung vgl. Habermas 1992, 36f. und 48f.

2 Präambel der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte*, verabschiedet am 10. Dezember 1948 als Resolution 217 A (III) der UN-Generalversammlung.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

– und das eben deshalb gegen dieses mit einer konkreten Maßnahme um- und durchzusetzen ist? Und ist umgekehrt das ›Herunterholen‹ der ewigen Rechte nicht eine Handlung jenseits *allen* Rechts, eine einsame Tat des ›Gedrückten‹, unter Umständen ohne Einverständnis mit allen? In beiden Fällen erhebt sich Zweifel: Woher nimmt sich das ewige Recht und woher nimmt sich die konkrete Maßnahme das Recht, mehr Recht zu haben als das aktuell geltende Recht? An dieser Stelle dreht sich die Frage um: Sind gegenüber dem geltenden Recht konkrete Maßnahmen und unveräußerliche Ansprüche – *rechtlich gesehen* – nicht beide unerheblich, das heißt außerhalb aller Geltung?

Mit dieser Wendung ist die Thematik erreicht, von der dieses Buch handelt. Darin untersuche ich das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten als zwei zentralen Phänomenen der modernen rechtsstaatlichen Ordnung. Mein Interesse richtet sich darauf, inwiefern zwischen Ausnahmezustand und Menschenrechten eine Beziehung der Komplementarität besteht. Es gilt den spezifischen Punkt herauszuarbeiten, an dem diese Komplementarität ansetzt. Ich sehe diesen Punkt in der Verbindung zweier Momente: auf der einen Seite das Konzept der Rechtsperson, das für die Idee der Menschenrechte tragend ist, auf der anderen Seite das Moment staatlichen Handelns, das im Ausnahmezustand in besonderer Intensität hervortritt. Die Komplementarität von Menschenrechten und Ausnahmezustand liegt in einer funktionalen Verschränkung der beiden Phänomene, die sich daraus ergibt, dass das Konzept der Rechtsperson, das heißt des Menschen als Träger von Rechten, zu einem Mittel staatlichen Handelns wird. Während sich das Konzept der Rechtsperson, solange es als Zweck in Betracht kommt, auf die einzelnen Individuen und deren Status als Berechtigte bezieht, ist es als Mittel staatlichen Handelns, wie ich zeigen werde, auf die Konstitution eines Kollektivs gerichtet.

Dieser Punkt der Komplementarität oder der funktionalen Verschränkung interessiert zunächst heuristisch: Von ihm aus, so mein Argument, lassen sich beide Rechtsphänomene anders und besser verstehen. Insofern verfolge ich zunächst ein deskriptives Ziel: Die Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten dient der Erklärung der beiden Phänomene. Mit der deskriptiven Analyse verbindet sich zugleich und notwendig ein Moment der Kritik. Wenn es zutrifft, dass Ausnahmezustand und Menschenrechte in einer grundlegenden Verbindung stehen, fällt von diesem Punkt aus ein Licht zurück auf beide Phänomene. In ein problematisches Licht rücken dadurch vor allem die Menschenrechte, während die Fragwürdigkeit des zweiten, des Ausnahmezustands, bereits offener zutage liegt, insofern dieser das Recht hin zu rechtlich ungebundener Gewalt, zum rein faktischen Zu- und Übergriff transzendiert. Bezogen ist er dabei auf den Ernstfall, der wie Carl Schmitt 1932

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

schrieb, »[a]uch heute noch« mit dem Kriegsfall zusammenfällt. (BdP, 33) Ob dies für die Gegenwart noch stimmt, lässt sich bezweifeln.[3] Außer Frage steht hingegen, dass nicht selten von ›Krieg‹ die Rede ist, um Ausnahme-Maßnahmen zu rechtfertigen.[4] Dies trifft insbesondere auf den ›Krieg gegen den Terrorismus‹ zu, wie im Anschluss an die Anschläge in Paris 2015 oder in Brüssel 2016 ebenso deutlich wurde wie unmittelbar nach den Anschlägen vom 11. September 2001 in den USA.[5] Die Politik der Menschenrechte spricht dagegen nicht die Sprache des Krieges, der Ordnung und der Maßnahme, sondern die Sprache des Friedens, der Gerechtigkeit und des Prinzips.[6]

Die These eines komplementären Zusammenhangs von Ausnahmezustand und Menschenrechten erscheint vor diesem Hintergrund kontraintuitiv. Sie bedarf umso mehr der Begründung, als evident ist, dass Ausnahmezustand und Menschenrechte sich nicht nur hinsichtlich der politischen Sprache, sondern auch in der politischen Praxis als Gegensätze erweisen. Dass sie in direkter praktischer Opposition stehen, wird empirisch greifbar, sobald Ausnahmezustände erklärt und staatlich wie zwischenstaatlich garantierte Rechte eingeschränkt oder ausgesetzt werden.[7] Systematisch wird der Gegensatz der beiden Phänomene in ihrem konträren Verhältnis zum geltenden Recht bzw. in den unterschiedlichen Richtungen deutlich, aus denen sie, wie beschrieben, gegen das geltende Recht opponieren: Der Ausnahmezustand interveniert mit konkreten Maßnahmen gegen die Allgemeinheit des Gesetzes, die Menschenrechte

3 Schmitt selbst hat 1963, gut drei Jahrzehnte nach Erscheinen von *Der Begriff des Politischen*, die veränderten Formen der Kriegsführung in einer *Theorie des Partisanen* zum Thema gemacht. Das definierende Merkmal des Krieges liegt dabei, nicht anders als 1932, im Vorhandensein eines »wirklichen« Feindes. (vgl. Schmitt 2010, insbes. 87–96)

4 Zu unterschiedlichen Mustern der Rechtfertigung von Ausnahmezuständen in repräsentativen Demokratien, erläutert am Beispiel der USA, vgl. Förster und Lemke 2016, zu Krieg und Terrorismus als Rechtfertigungsgründe hier insbes. 19–26.

5 Vgl. zu letzteren Cole 2003 und Pereira 2002; zu Paris und Brüssel vgl. unten, Kapitel 3.1.

6 So setzt die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 in der Präambel mit den Worten ein: »Da die Anerkennung der angeborenen Würde und der gleichen und unveräußerlichen Rechte aller Mitglieder der Gemeinschaft der Menschen die Grundlage von Freiheit, Gerechtigkeit und Frieden in der Welt bildet […].« Und Art. 1 Abs. 2 des deutschen Grundgesetzes lautet: »Das Deutsche Volk bekennt sich darum zu unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten als Grundlage jeder menschlichen Gemeinschaft, des Friedens und der Gerechtigkeit in der Welt.«

7 Vgl. dazu unten, Kapitel 3.1, in dem ich mich insbesondere mit den Ausnahmezuständen in Frankreich und der Türkei auseinandersetze.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

gegen einen Zustand des Rechts, in dem die besonderen Gesetze eines Landes den allgemeinen Grundsätzen widersprechen. Damit stehen sie zwar beide in einem Gegensatz zum geltenden Recht, doch ist dieser Gegensatz kein gemeinsamer, sondern zugleich ein Gegensatz zwischen ihnen: Richten sich die Menschenrechte gegen einen Mangel an Legitimität oder normativer Gültigkeit des Rechts, wie er gerade im Ausnahmezustand seine Spitze erreicht, insistiert dieser auf einer faktischen Durchsetzungskraft, die für die Menschenrechte immer wieder als Mangel problematisch wird.

Die Vermutung der Komplementarität der beiden Phänomene ergibt sich, wie ich darlegen werde, gerade aus einer genaueren Analyse ihres offenkundigen Gegensatzes. Dies ist nun nicht so zu verstehen, dass in der Komplementarität der beiden Phänomene die Wahrheit ihres Gegensatzes läge, dass sich also der Gegensatz bei hinreichend genauer Betrachtung als Komplementarität erwiese. Denn dies hieße, den Menschenrechten, sei es als nationalen Grundrechten oder international vereinbarten Mindestrechten, ihr emanzipatorisches Potential abzusprechen, das sich gerade auch gegen staatliches Handeln wenden lässt, wie es in den Maßnahmen des Ausnahmezustands hervortritt. Die Komplementarität, die hier im Fokus steht, ist zwar aus dem Gegensatz der beiden Phänomene zu begreifen, tritt aber nicht an seine Stelle, sondern neben ihn. Die kritische Frage richtet sich somit nicht darauf, ob sich der Gegensatz aufhebt, sondern inwieweit das emanzipatorische Potential der Menschenrechte durch die Komplementarität mit dem Ausnahmezustand blockiert wird.

Grund und Gegensatz: Ausnahmezustand und Menschenrechte im modernen Recht

Um ersichtlich zu machen, an welcher Stelle die Komplementarität der beiden rechtlichen Phänomene ansetzt, muss zunächst deren Gegensatz genauer bestimmt werden. Beide reklamieren für sich, das konstitutive Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung zu sein. Diesen Fundamentcharakter behaupten sie allerdings aus verschiedenen Gründen. Die Menschenrechte beanspruchen ihn, weil sie mit dem *Zweck* der national-rechtsstaatlichen wie der internationalen Ordnung in Verbindung stehen. Nach der Präambel der *Europäischen Menschenrechtskonvention* liegt dieser Zweck in Gerechtigkeit und Frieden in der Welt und damit in einem Zustand gewahrter Menschenrechte; die Verwirklichung der Menschenrechte sei am besten durch eine demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung zu erreichen. Die rechtsstaatliche Ordnung erscheint aus Sicht dieser Menschenrechtskonvention als Mittel zum Zweck der

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Verwirklichung von Menschenrechten. In entgegengesetzter Weise funktioniert das Argument des Ausnahmezustands: Er erscheint als Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung, nicht weil er ihr letzter Zweck, sondern weil er ihr absolutes Mittel ist: Er gibt im Notfall die Maßnahmen frei, um die Ordnung überhaupt herzustellen. In diesem Sinne ist der Ausnahmezustand für die rechtsstaatliche Ordnung fundamental. So gesehen stehen Ausnahmezustand und Menschenrechte also in einem Streit darüber, worin das Fundament der Rechtsordnung liegt; und beide reklamieren für sich, dieses Fundament zu sein. Nach der Logik des Ausnahmezustands besteht das Fundament der Ordnung im letzten Mittel, um die Ordnung zu garantieren, nach der Logik der Menschenrechte im letzten Zweck, den die Ordnung herstellen muss. Ohne dieses Fundament, so kommen beide überein, ist eine demokratisch-rechtsstaatliche Ordnung nicht möglich. Denn ohne dieses Fundament fehlt ihr entweder das Mittel oder sie verfehlt ihren Zweck. Es scheint hier vorzuliegen, was Walter Benjamin zum Ansatzpunkt seiner »Kritik der Gewalt« gemacht hat: ein »unvereinbare[r] Widerstreit« zwischen berechtigten Mitteln einerseits und gerechten Zwecken andererseits. (Benjamin 1977, 181) Dies ist allerdings nur eine der möglichen Weisen, Ausnahmezustand und Menschenrechte als das doppelte Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung zu beschreiben. Ihr Verhältnis erscheint dann als ein Konflikt zwischen fundamentalen Gegensätzen. Es auf einen absoluten und ausschließlichen Gegensatz zwischen Mittel und Zweck zu reduzieren, führt allerdings zu einem falschen Verständnis. Denn wird das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten allein als ein Konflikt zwischen Mittel und Zweck begriffen, erschließt es sich nicht vollständig und damit nicht richtig.

Es lohnt sich, der Intuition Benjamins in dessen »Kritik der Gewalt« zu folgen und den Fokus ganz auf den Bereich der Mittel zu legen: Nicht nur der Ausnahmezustand, sondern auch die Menschenrechte sind ein rechtliches Mittel, das in den Dienst der staatlichen Ordnung gestellt werden kann. Das doppelte Fundament der rechtsstaatlichen Ordnung ist unter diesem Gesichtspunkt anders zu beschreiben, als es eben geschehen ist. Fundamental sind Ausnahmezustand und Menschenrechte nicht nur als Widerstreit zwischen Mittel und Zweck. Fundamental sind sie auch insofern, als sie *beide* ein in der Rechtsordnung enthaltenes Mittel darstellen. Unter diesem Aspekt des Mittels funktionieren sie nicht einfach gegensätzlich, sondern lassen sich im staatlichen Handeln, das sie ermöglichen, zugleich verbinden. Entscheidend ist, dass Ausnahmezustand und Menschenrechte dabei jeweils als *rechtliche* Mittel fungieren. Diesen Wechsel in der Perspektive auf die beiden Phänomene – von einem Gegensatz zwischen Mittel und Zweck zu einer Komplementarität der Mittel – werde ich in den folgenden Absätzen etwas detaillierter einführen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Ausgangspunkt ist dabei die Feststellung, dass für Ausnahmezustand und Menschenrechte jeweils zutrifft, dass sie das Rechtliche des Rechts, die spezifische Weise seiner Geltung, zugleich *sprengen* und *begründen*. Dass sie dies in unterschiedlicher Weise tun, beruht auf ihrem je verschiedenen politischen Charakter. Der sprengende und begründende Charakter der beiden Phänomene lässt sich in zwei Behauptungen wie folgt formulieren: *i)* Menschenrechte und Ausnahmezustand sind rechtliche *Grenzphänomene*. Ihnen eignet jeweils ein konstitutiver Zug, der die Grenzen des Rechts überschreitet. Hinsichtlich beider stellt sich daher die Frage, ob sie überhaupt noch rechtliche Phänomene sind. *ii)* Menschenrechte und Ausnahmezustand bilden, in je verschiedener Weise, den *Grund* oder das Fundament des Rechts. Worin der Rechtscharakter des Rechts besteht und was also Recht ist, wird durch sie erst verständlich. Als solche Grundfiguren des Rechts lassen sie sich allerdings nur in dem Maß erläutern, in dem sie zugleich als dessen Grenze in Betracht kommen. Denn Menschenrechte und Ausnahmezustand bilden *als* Grenzphänomene jeweils den Grund des Rechts. Da sie in konträrer Weise Grenzphänomene darstellen, erscheinen sie auch als Grund des Rechts in einem gegensätzlichen Verhältnis. Ich werde im Folgenden diese beiden miteinander verknüpften Behauptungen entwickeln, um im Anschluss daran *(iii)* deutlich zu machen, wie ich in diesem Buch den Zusammenhang von Ausnahmezustand und Menschenrechten analysiere: nicht insofern sie als Grundfiguren in Opposition stehen, sondern insofern sie in ihrer begründenden Funktion auf der Ebene der Mittel komplementär sind.

i) Menschenrechte und Ausnahmezustand sind Grenzphänomene des Rechts, weil sie, wie angedeutet, in einer gewissen, grundlegenden Spannung zur Geltung des modernen positiven Rechts stehen, und zwar zu der ihm zugehörigen Legalität oder ›Gesetzlichkeit‹. Auf den Aspekt positiv-rechtlicher Legalität wird gleich noch ausführlicher eingegangen. Hier genügt die Orientierung an der klassischen Definition von Legalität, die Kant in der *Metaphysik der Sitten* gegeben hat. Unter Legalität versteht Kant »die bloße Übereinstimmung oder Nichtübereinstimmung einer Handlung mit dem Gesetze, ohne Rücksicht auf die Triebfeder derselben«. (Kant, AA VI, 219) Das rechtliche Gesetz verlangt nicht mehr, als eine *äußere* Befolgung, während die innere Motivation (Triebfeder) nicht Gegenstand der Regulierung und unter dem Aspekt der Legalität unerheblich ist. (vgl. Kant, AA VI, 219–221) Legalität ist bei Kant von jenem anderen Typus sittlicher Gesetzlichkeit unterschieden, bei dem die Übereinstimmung mit dem Gesetz nicht nur äußerlich ist. Diese andere Gesetzlichkeit nennt er Moralität. Bei ihr handelt es sich um eine Übereinstimmung mit dem Gesetz, »in welcher die Idee der Pflicht aus dem Gesetze zugleich die Triebfeder der Handlung ist«. (Kant, AA VI, 219)

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Legalität und Moralität oder wie Kant auch sagt: ›rechtliche‹ und ›ethische‹ Gesetzgebung sind darin unterschieden, wie die von ihnen gegebenen Gesetze befolgt werden müssen: Sie *verpflichten* die ihnen Unterworfenen bzw. ihnen sich Unterwerfenden auf unterschiedliche Weise. Die Normen des positiven Rechts verpflichten so, dass die gebotene Handlung *äußerlich* zu befolgen ist, gleichviel aus welchen Gründen.

Die Menschenrechte werden nun häufig so beschrieben, dass sie dieser klassischen Definition von Legalität nicht entsprechen. Diesen Beschreibungen zufolge haben die Menschenrechte, um es in der Begrifflichkeit Kants zu sagen, einen Hang zur Moralität und damit zu einem Typus von Gesetzlichkeit, der nicht juridisch ist. So bestimmt Ernst Tugendhat als das tragende Moment der Menschenrechte das *moralische* Gebot der Rücksicht auf die Interessen aller. Dieses moralische Gebot ist nach Tugendhat primär gegenüber der legalen Geltung der Menschenrechte, das heißt gegenüber ihrer jeweiligen Verankerung im positiven Recht: Für die Kritik an den gegenwärtig positivierten Menschenrechten bzw. an der Weise ihrer Positivierung ist Tugendhat zufolge daher das moralische Moment als Maßstab zu nehmen. (vgl. Tugendhat 1998, 54f.) Auch Jürgen Habermas diskutiert die Frage nach der Geltung der Menschenrechte im Rekurs auf ein moralisches Moment, das über den Aspekt der Legalität hinausgeht: Während die Menschenrechte ihrer *Form* nach positive, sanktionsbewehrte subjektive Rechte darstellen, sind sie ihrem *Inhalt* nach moralisch. Darin liegt für Habermas die auf Legalität nicht zu beschränkende Doppelgesichtigkeit der Menschenrechte: »Weil das moralische Versprechen in der juristischen Münze eingelöst werden soll, zeigen Menschenrechte ein Janusgesicht, das gleichzeitig der Moral und dem Recht zugewandt ist.« (Habermas 2010, 358) Habermas und Tugendhat unterstreichen an den Menschenrechten jeweils einen moralischen Gehalt, der in der Form der Legalität zur Geltung zu bringen ist.[8] Gemessen werden die ins positive Recht eingetragenen Menschenrechte jeweils daran, ob die juristische Form das moralische Versprechen erfüllen kann; die Kritik der Menschenrechte, die einem moralischen Maßstab folgt, richtet sich dann gegen die Weise ihrer Verrechtlichung. In das Bild der Menschenrechte ist so ein rechtskritisches Moment eingetragen und damit etwas, das unter Umständen über das Recht, wie es jetzt ist, hinausstrebt: ein Moment der Transformation.

In einer Reihe von weiteren Ansätzen wurde dieses Moment als explizit *politisch* gefasst. Für Jacques Rancière liegt die Bedeutung der

8 Während für Tugendhat allerdings das moralische Moment primär ist, legt Habermas auf das positiv-rechtliche Moment das größere Gewicht. Für eine ausführliche Gegenüberstellung von Tugendhat und Habermas hinsichtlich ihrer jeweiligen moralischen bzw. juridischen Akzentuierung der Menschenrechte vgl. Lohmann 1998, 67–76.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Menschenrechte vor allen Dingen in diesem politischen Moment. In menschenrechtlichen Erklärungen sind Rechte festgelegt, die alle Menschen haben und die zugleich sehr vielen Menschen fehlen. *Alle* Menschen haben diese Rechte, denn sie werden als die Rechte aller Menschen erklärt, in zwischenstaatlichen Verträgen vereinbart und in Form von Grundrechten in nationale Verfassungen aufgenommen. *Vielen* Menschen fehlen diese Rechte, denn sie haben weder den Schutz, den die Rechte garantieren, noch die Macht, sie für sich durchzusetzen. Die politische Bedeutung der Menschenrechte sieht Rancière darin, die Differenz zwischen allen, die diese Rechte haben, und den vielen, denen sie fehlen, bewusst zu machen und gegen sie anzutreten. (vgl. Rancière 2011, 481–484) Auch nach Claude Lefort liegt die wesentliche Bedeutung der Menschenrechte nicht in ihrer positiv-rechtlichen Gestalt, sondern in dem, was das positive Recht transzendiert. Auch er begreift dies als ein Potential politischer Transformation, gibt ihm allerdings einen anderen Akzent. Im Fokus steht weniger die Problematik des Ausschlusses von Menschen aus dem Recht, sondern die Unmöglichkeit, vom Wesen des Menschen, auf den die Menschenrechte rekurrieren, eine eindeutige und abschließende Bestimmung zu geben. Auch die Rechte dieses Menschen können daher nicht letztgültig formuliert werden, sondern sich nur in ihrer fortdauernden politischen Transformation realisieren.[9] Dies hat, in einem zweiten Schritt, Konsequenzen für die gesamte positive Rechtsordnung, deren gegenwärtige Gestalt angesichts der Variabilität der Menschenrechte selbst unter politisch-juridischem Transformationsdruck steht: »Sobald die Menschenrechte als letzter Bezugsrahmen gesetzt sind, sieht sich das positive Recht der Infragestellung ausgesetzt.« (Lefort 1990, 262) Auch nach Lefort sind die Menschenrechte dadurch gekennzeichnet, dass sie sich nicht auf den Aspekt ihrer positiv-rechtlichen Geltung reduzieren lassen, sondern gerade ein Mittel darstellen, das positive Recht, wie es jetzt gilt, zu kritisieren. Den bisher genannten Positionen ist gemeinsam, dass sie die Menschenrechte nicht nur und nicht einmal primär durch ihre Legalität, das heißt in ihrer Eigenschaft als positives Recht, bestimmen: Die Menschenrechte erscheinen vielmehr als ein Mittel, die Legalität des Rechts zu sprengen.

Dass der rechtsprengende Charakter auch für den Ausnahmezustand kennzeichnend ist, ist leicht einzusehen und bedarf daher an dieser Stelle einer weniger langen Erläuterung. Der Ausnahmezustand ist definitionsgemäß eine »Situation, in der das normalerweise geltende Recht nicht

9 Zu diesem politischen Moment der Menschenrechte vgl. auch Balibar 1993 sowie zum Konzept »demokratischer Iterationen« als Möglichkeit, universalistische Rechtsansprüche in unterschiedlichen Kontexten politisch zu realisieren Benhabib 2008, 30–32.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

gilt«. (Opitz 2011, 68) Mit dem normalerweise geltenden Recht sind die allgemein gehaltenen Normen, insbesondere die Gesetze und die Verfassung gemeint. Der Ausnahmezustand bedeutet deren teilweise oder vollständige Außerkraftsetzung, wobei an die Stelle allgemeiner Gesetze konkrete Maßnahmen treten. Mit dem Prinzip der Legalität wird dabei gleich in mehrfacher Hinsicht gebrochen: Erstens mit der Allgemeinheit des Gesetzes, zweitens mit dessen bloß reaktivem Charakter und drittens mit der Regulierung von nur äußerem Verhalten. Am augenfälligsten ist der Bruch mit der Allgemeinheit. Diese eignet dem Gesetz, insofern dessen Formulierung sich weder auf einen besonderen Fall noch auf eine individuelle Person bezieht, sondern stets generell gehalten ist. Statt des allgemeinen Gesetzes wird im Ausnahmezustand die individuelle Maßnahme zu einem Mittel direkter Intervention.

Mit der Umstellung auf Intervention ist auch die Abschwächung der beiden weiteren Kennzeichen der Legalität verbunden: Reaktivität des Rechts und Regulierung äußeren Verhaltens. Mit ›Reaktivität‹ ist gemeint, dass sich das Recht allein auf zeitlich vorausgehende Begebenheiten bezieht und nur bereits begangene Taten beurteilt. Gerade dies macht das Recht berechenbar und schafft Erwartungssicherheit in den sozialen Beziehungen: Das Recht stellt in Aussicht, wie es auf das eigene Handeln reagieren wird – ob es dieses, wenn es zu einem Verfahren kommen sollte, als rechtswidrig oder rechtmäßig einstufen wird. Das interventionistische Maßnahmehandeln bedeutet dagegen nicht allein einen Eingriff, sondern einen Vorgriff: Das Recht wird aktiv, noch bevor etwas passiert, um Schlimmeres oder das Schlimmste zu verhindern. Unter den Bedingungen eines globalen und dauerhaften ›Kriegs gegen den Terrorismus‹ befasst sich das Recht nicht allein mit Tatbeständen, sondern zunehmend mit Eventualitäten. Nicht nur, was faktisch geschehen ist, sondern auch, was sich potentiell ereignen könnte, wird zum Gegenstand der Rechtspraxis. Diese Praxis beschränkt sich dann nicht auf prozessuales Urteilen, sondern schließt die Aktion jenseits von Verfahren ein. Die Praxis des Rechts weitet sich aus von der Reflexion auf Vergangenes zur Projektion auf Künftiges: Die Bedrohung soll gebannt werden, bevor sie aktuell wird. Diese Umstellung von Reaktion auf Prävention kehrt die für das Recht spezifische Zeitlichkeit um. Die »konstitutive Nachträglichkeit des liberalen Rechts« wird aufgehoben; »eine gegenrechtliche Zeitlichkeit« hält Einzug, »die das Recht von innen aushöhlt«. (Opitz 2015, 167 bzw. 159) Praktiken wie das *targeted killing*, das auch in europäischen Großstädten durchgeführt wird, erfolgen im Rahmen einer Militarisierung und Polizierung des Rechts: Terrorismusbekämpfung, dies wurde nach den Attentaten von Paris im November 2015 ebenso deutlich wie nach jenen in Brüssel im März 2016, unterstellt eine Situation des Krieges, in der nach dem Kriegsvölkerrecht gehandelt und geurteilt wird. Der Satz des französischen Premierministers »Nous sommes en

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

guerre« – »Wir sind im Krieg«, den er sowohl nach den Terroranschlägen in Paris als auch nach jenen in Brüssel äußerte, ist in dieser Hinsicht beispielhaft.[10] Durch den Einzug einer gegenrechtlichen Zeitlichkeit ins Recht wird nicht nur die Verfahrens- und Erwartungssicherheit des zivilen Rechts geschwächt, sondern es kommt zur »Erosion eines ganzen Repertoires rechtlich tragender Unterscheidungen«. (Opitz 2015, 170)

Eine dieser Unterscheidungen ist eben jene zwischen innerem und äußerem Verhalten, mit der die Beschränkung rechtlicher Regulierung auf letzteres einhergeht. Diese Selbstbeschränkung des Rechts findet sich nicht nur bei Kant, sondern ist bereits für die Staats- und Souveränitätstheorie bei Hobbes grundlegend. (vgl. Hobbes 1991, 340 und 381) Im Zuge präventiven Maßnahmehandelns, wie es regelmäßig in Ausnahmezuständen hervortritt, wird diese Limitation suspendiert. Da auf die äußere Tat nicht gewartet werden kann, erhält die Prüfung innerer ›Gesinnung‹ einen größeren Stellenwert: »Mit der Vorverlagerung der Gefahrenabwehr auf die Abwehr und Früherkennung schlummernder Risiken muss der Staat […] weit ausgreifen in die Kontrolle der Lebensführung und der Gesinnung, weil gerade sie die ersten Anhaltspunkte für spätere Delinquenz oder Devianz liefern könnten.« (Volkmann 2008, 375) Während ein Merkmal der Legalität darin liegt, nur auf die äußere Befolgung der Gesetze zu achten und alle inneren Beweggründe außer Betracht zu lassen, richtet sich die Maßnahme bevorzugt gegen jene, deren Gesinnung in Verdacht steht. Das Maßnahmehandeln des Ausnahmezustands verlässt damit nicht nur die zeitliche Begrenzung des Rechts, sondern greift darüber hinaus in Bereiche ein, die definitionsgemäß jenseits seiner Legalität liegen. In Anbetracht des legalitätsüberschreitenden Charakters des Ausnahmezustands wurde argumentiert, dass das (Staats-)Recht beim Ausnahmezustand aufhöre und dieser deshalb (rechts)wissenschaftlich keine Beachtung verdiene.[11]

Der Verstoß gegen drei Merkmale der Legalität – Allgemeinheit, Nachträglichkeit und Äußerlichkeit des Gesetzes – lassen sich zusammen als ein Verstoß gegen die Verfahrensqualität des modernen Rechts verstehen, aus der dieses zugleich seine Legitimität gewinnt.[12] Die Verfahrensmäßigkeit des modernen Rechts wird im Ausnahmezustand zugunsten eines Aktionismus unterbrochen, der eine spezifische Politisierung des Rechts bedeutet. Die Politisierung erfolgt als ›Polemisierung‹ im wörtlichen Sinn, als eine Umstellung auf die Situation des inneren oder

10 Vgl. dazu unten, Kapitel 3.1.

11 Der vielzitierte Satz »Das Staatsrecht hört hier auf« stammt von Gerhard Anschütz. (Meyer und Anschütz 1919, 906) Mit Bezug auf den Ausnahmezustand wurde der Satz von Schmitt (PT, 9) sowie im Anschluss an diesen von Ernst-Wolfgang Böckenförde (1978, 1882) angeführt.

12 Vgl. dazu prominent Luhmann 1983.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

äußeren Krieges. Diese Politisierung, die den Ausnahmezustand begleitet, weist in die Gegenrichtung der Menschenrechte. In der *Allgemeinen Erklärung der Menschenrechte* von 1948 wurden die Menschenrechte gerade als Antwort auf die Verbrechen von Krieg und Totalitarismus neu formuliert und positiviert; nicht die bewaffnete Verteidigung der politischen Ordnung gegen mutmaßliche innere und äußere Feinde, sondern der Schutz aller Individuen liegt in der Absicht der universellen Rechte des Menschen.

Trotz dieser Verschiedenheit bildet die Politisierung des Ausnahmezustands nicht *nur* die Antithese zur Politisierung durch die Menschenrechte, sondern funktioniert zu dieser auch analog. Denn beide Politisierungen lassen sich so verstehen, dass sie einerseits die Grenzen des bestehenden Rechts überschreiten und insofern bereits nicht mehr zum Recht zählen und dass sie andererseits beide das positive Recht selbst in eine Transformation führen, die seine Grenzen neu bestimmt. Grenzphänomene sind sie dabei jeweils im doppelten Sinn: Insofern sie den Bereich des Rechts transzendieren und insofern sie diesen erst begrenzen. Sie sind nicht nur Phänomene, die sich der rechtlichen Definition entziehen, sondern auch solche, die das geltende Recht definieren. Für die Geltung des positiven Rechts erscheinen sie unter diesem Gesichtspunkt konstitutiv und haben in einem spezifischen Sinn ›begründenden‹ Charakter: Als Grenze des Rechts sind sie zugleich dessen Grund. Diese begründende Dimension der beiden Phänomene möchte ich im Folgenden skizzieren. Verständlich wird sie nur, wenn zunächst die Besonderheit des modernen Rechts noch deutlicher hervortritt. Zentral ist dabei die Weise, in der das moderne Recht mit der politischen Ordnung, dem Staat, verbunden ist.

ii) Das moderne Recht, dessen Anfänge ins 16. Jahrhundert zurückreichen und das sich systematisch im 18. Jahrhundert mit der Formierung des Nationalstaats herauszubilden begann, ist durch die ›Positivität‹ der Geltung bestimmt. Einige Aspekte dieser positiven Geltung habe ich in Auseinandersetzung mit dem Begriff der Legalität bereits eingeführt: Allgemeinheit der Gesetze, Regulierung von allein äußerem Verhalten, Beurteilung abgeschlossener Taten. Diese Aspekte beziehen sich zum einen auf die *Form* der Rechtsnormen, zum anderen auf den durch sie regulierten *Gegenstand*. An dieser Stelle ist ein weiterer Aspekt des positiv geltenden Rechts in den Blick zu nehmen, der die spezifische Weise seiner *Genese* betrifft: ›Positiv‹ ist ein Recht, das vom Recht selbst und damit *in diesem* produziert wird. (vgl. Luhmann 1993, 192) Die positive Geltung des modernen Rechts ist mithin an die Art geknüpft, in der rechtliche Normen erzeugt werden; modernes positives Recht gilt, weil es in rechtsförmigen Verfahren gesetzt wurde. Auch in diesem Aspekt der Genese erscheint Legalität damit als ein wesentlich formales Prinzip. So versteht Max Weber unter legalen Rechtsordnungen die »*formal*

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

korrekt und in der üblichen Form zustandegekommenen Satzungen«. (Weber 1980, 19, Kursivsetzung ist im Original gesperrt) Die Positivität (von spätlat. *positivus*, gesetzt) modernen Rechts bedeutet Geltung durch Setzung. Mit diesem rechtlichen Geltungstypus verbindet sich ein spezifischer Typus von Herrschaft, der bei Weber ›legale Herrschaft‹ heißt. Sie beruht auf einem Recht, das »seinem Wesen nach ein Kosmos abstrakter, normalerweise: absichtsvoll gesatzter *Regeln*« ist. (Weber 1980, 125, Kursivsetzung ist im Original gesperrt) Indem sie in diesen Kosmos von Regeln eingebunden ist, wird die Herrschaft zugleich beschränkt. Legale Herrschaft ist dadurch gekennzeichnet, dass in ihr das Recht das Mittel bildet, welches Herrschaft ermöglicht *und* begrenzt. Dem modernen Recht ist diese Spannung von Ermöglichung und Begrenzung von Herrschaft konstitutiv eingeschrieben. Vor diesem Hintergrund stehen die Menschenrechte am herrschaftsbegrenzenden, der Ausnahmezustand am herrschaftsermöglichenden Pol des modernen, positiven Rechts. Die Verortung der beiden Phänomene ist allerdings, wie gleich deutlich werden wird, noch diffiziler. An diesem Punkt komme ich zunächst zur herrschaftsbegrenzenden Funktion des modernen Rechts: Die Herrschaft an ein System rechtlicher Regeln zu binden, ist gerade der Sinn der Legalität. So definierte Otto Kirchheimer Legalität als »die notwendige Uebereinstimmung jeglichen Regierungs- und Verwaltungsaktes mit den Gesetzen des jeweiligen Landes«. (Kirchheimer 1932, 10) Der Name für die politische Ordnung, die sich an Legalität knüpft, ist ›Rechtsstaat‹ bzw. im angelsächsischen Kontext ›rule of law‹.[13] (vgl. Neumann 1980, 15f.) Es zeichnet den Rechtsstaat aus, dass die durch ihn ausgeübte Herrschaft durch allgemeine rechtliche Normen gesteuert und beschränkt wird, die innerhalb des Rechts auf die vom Recht anerkannte Weise erzeugt worden sind: Der Rechtsstaat ist der durch positives Recht herrschende und von positivem Recht beherrschte Staat. Maßgebend sind dabei neben Gesetzen auch Verträge sowie Gerichtsurteile, die Gesetze und Verträge auslegen und über deren erfolgte Einhaltung oder Verletzung entscheiden.

Dass Menschenrechte und Ausnahmezustand, wie beschrieben, Grenzphänomene des Rechts darstellen und die rechtlichen Grenzen transzendieren, tritt am deutlichsten an ihrem Verhältnis zu den Gesetzen bzw. zur spezifischen Weise gesetzlicher Geltung hervor. Ein Gesetz gilt aufgrund der Art seiner Genese: weil es auf rechtmäßigem Weg in Geltung kam. Ausnahmezustand und Menschenrechten ist gemeinsam, dass, ihrer jeweiligen Logik zufolge, diese Genese nicht den alleinigen, ja überhaupt nicht den entscheidenden Grund der Geltung darstellt. Vielmehr lassen sich beide rechtlichen Phänomene als Einwand gegen diese

13 Der Begriff ›Rechtsstaat‹ ist dabei als kürzere Formulierung für die ›rechtlich gebundene Staatsgewalt‹ zu verstehen; vgl. Preuß 1973, 11.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Art der Geltung verstehen. Im Ausnahmezustand wird diese Geltung in dem Maß übergangen, in dem geltende Gesetze außer Kraft gesetzt werden. Nicht auf der Genese der Normen – so ein den Ausnahmezustand rechtfertigendes Argument – liegt in der Frage der Rechtsgeltung letztlich das Gewicht, sondern darauf, ob ein faktisch normaler Zustand besteht, in dem das Recht seine ordnende Aufgabe erfüllen kann. Auch die Menschenrechte lassen sich als ein Einwand gegen den rein formalen Geltungsanspruch des positiven Rechts verstehen: Nicht jeder beliebige Inhalt soll rechtlich gelten können, bloß weil er rechtmäßig gesetzt wurde. Vielmehr, so das menschenrechtliche Argument, muss auch der inhaltliche Zweck des Rechts erfüllt sein, damit das Recht gelten kann: Das moderne Recht wird »verstanden als Herstellung und Sicherung von Freiheit«. (Luhmann 2008c, 154) Mit Bezug auf die individuelle Willkürfreiheit hat auch Kant den Begriff des Rechts definiert. (vgl. Kant, AA VI, 230) Eine Rechtsordnung, die diese Freiheit ignoriert, so die Menschenrechte, ist nicht rechtens. Die Menschenrechtserklärungen des 18. Jahrhunderts,[14] ebenso wie die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948, deklarieren in ihrem jeweils ersten Artikel die natürliche Freiheit aller Menschen, denn auf dieser gleichen Freiheit aller beruhen die weiteren Rechte. Nur an der Freiheit der anderen hat die eigene Freiheit ihre Grenze und diese Grenze festzulegen und zu garantieren ist die Funktion der Gesetze.[15] Gesetze, die mit der Garantie von Freiheit nichts zu tun haben, gelten aus dieser Perspektive zu Unrecht als geltendes Recht.

Indem sie einen Einwand gegen die geltenden Gesetze führen, gehen Menschenrechte und Ausnahmezustand in je eigener Weise über das Recht, das heißt über die Weise seiner Geltung hinaus. Die vorangehenden Bemerkungen deuten bereits an, *wie* sie dies tun: Sie beanspruchen jeweils, für die Geltung des Rechts fundamental, nämlich die Voraussetzung dieser Geltung zu sein. Die Behauptung der Fundamentalität bezieht sich in beiden Fällen auf die Form des Rechts: Grundlegend für das positive Recht, das Recht der Legalität, sind Menschenrechte und Ausnahmezustand, weil sie für dessen Form konstitutiv sind. Gerade in der Überschreitung des positiven Rechts tritt die Rechtsförmigkeit des Rechts in ›Reinform‹ oder eher noch in ›Überform‹ hervor. In der Rechtsförmigkeit, im Formalen des Rechts, liegt das für das Recht definierende Moment; dieses Rechtsförmige liegt im rechtlichen Verfahren. Damit Rechtsverfahren funktionieren können – damit es die Rechtsform gibt – sind, je nach Sicht, Menschenrechte oder Ausnahmezustand unverzichtbar. In *Faktizität und Geltung* hat Habermas bemerkt, es ergebe sich

14 Insbesondere die *Virginia Declaration of Rights* von 1776 und später die *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789.

15 So Art. 4 der *Déclaration des droits de l'homme et du citoyen* von 1789.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

aus der »Rechtsform selbst die ausgezeichnete Stellung, die subjektive Rechte in modernen Rechtsordnungen einnehmen«. (Habermas 1992, 151) Unter ›subjektiven Rechten‹ sind dabei allgemein diejenigen Rechte zu verstehen, die den durch sie Berechtigten »die Rechtsmacht ein[räumen], von demjenigen, der durch sie verpflichtet wird, ein Unterlassen, möglicherweise auch ein Tun oder Dulden, zu verlangen.« (Pieroth et al. 2013, 33) Zu ihnen gehören als Teilmenge die Menschenrechte (vgl. von der Pfordten 2012, 216) und als subjektive Rechte mit Verfassungsrang die staatlichen Grundrechte (vgl. Pieroth et al. 2013, 13). Die Verbindung von Grund- und Menschenrechten besteht darin, dass die Menschenrechte mit dem Anliegen einhergehen, die betreffenden Ansprüche in Form juristisch einklagbarer Grundrechte zu kodifizieren. In diesem Sinn spricht das deutsche Grundgesetz in Art. 1 Abs. 2 von »unverletzlichen und unveräußerlichen Menschenrechten«, zu denen sich das deutsche Volk bekenne und kündigt in Abs. 3 an, dass die »nachfolgenden Grundrechte« die Gesetzgebung, die exekutive Gewalt und die Rechtsprechung »als unmittelbar geltendes Recht« binden. Die Grundrechte erscheinen hier als die unveräußerlichen Menschenrechte in positivierter und damit »unmittelbar« geltender Form. Als staatliche Grundrechte kodifiziert, schützen die Menschenrechte jene Menschen, welche »im Geltungsbereich der gemeinsamen Verfassung leben«, das heißt »vornehmlich – wenn auch nicht ausschließlich – die Bürgerinnen und Bürger des betreffenden Staates«. (Pollmann 2012, 130) Sofern solche Grundrechte, wie insbesondere die politischen Teilnahmerechte (etwa das Wahlrecht) allein den Bürger_innen vorbehalten sind, werden sie Bürgerrechte genannt. Die begrifflichen Unterschiede zwischen Bürger-, Grund- und Menschenrechten sind aufgrund der mit ihnen verbundenen Ausschlüsse Gegenstand theoretischer und politischer Debatten.

An dieser Stelle kommt es darauf an, dass die subjektiven Rechte, welche die Form des Anspruchs haben, mit der Form des modernen, positiven Rechts deshalb in einer konstitutiven Verbindung stehen, wie Habermas sagt, weil auch das Recht insgesamt zur Aufgabe hat, die Ansprüche der Individuen und hier als erstes den Anspruch auf Freiheit zu verwirklichen. Die Freiheit, die im Zentrum der Menschenrechte als subjektiver Rechte steht, bildet (unter demokratisch-rechtsstaatlichen Bedingungen) auch den Orientierungspunkt des objektiven Rechts, das die Ordnung im Ganzen durch sein vielgefächertes Regelwerk organisiert. Diese Bedeutung der Freiheit im Recht – nicht nur als Freiheit der Willkür, sondern auch im normativ gehaltvolleren Sinne begriffen als Autonomie der Einzelnen – entspricht der herausragenden Stellung, welche die Freiheit unter den in der modernen Gesellschaft um Vormacht konkurrierenden Werten einnimmt. (vgl. Honneth 2011, 35) Aufgrund ihres Bezugs zur Freiheit stehen die Menschenrechte im Verhältnis zur objektiv geltenden Rechtsordnung, ja zur Form des Rechts, in einer grundlegenden Position.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Diese grundlegende Bedeutung für die Form und daher für die Ordnung des Rechts wurde ebenso für den Ausnahmezustand behauptet. Carl Schmitt hat seit Beginn der 1920er Jahre diese außerordentliche Bedeutung des Ausnahmezustands für die Form des Rechts ins Zentrum seiner Theorie gerückt. Er zielte auf den Nachweis der *innerrechtlichen* Opposition und Überlegenheit des Ausnahmezustands gegenüber der Legalität als der Gesetzlichkeit des Rechts. Dagegen hat seit Mitte der 1990er Jahre Giorgio Agamben den Ausnahmezustand nicht als das schlichte Gegenteil des Gesetzes – dessen Außer-Kraft-Setzung –, sondern als die Form des Gesetzes (*forma di legge*) selbst expliziert und unter diesem Gesichtspunkt seine Theorie des Ausnahmezustands mit einer Theorie der juridisch-politischen Moderne verbunden. In verschiedener, ja entgegengesetzter Weise vertreten Schmitt und Agamben die These, dass im Ausnahmezustand jenes Moment wirksam ist, das der Rechtsordnung die ihr wesentliche Form verleiht. Dies ist bei Schmitt die personale Entscheidung, bei Agamben der anonyme Mechanismus des Gesetzes.[16] Der Zusammenhang von Ausnahmezustand und Rechtsform ergibt sich in beiden Fällen nicht daraus, dass im Ausnahmezustand das für das Recht wesentliche Moment zur Form geronnen wäre, sondern dass er für das Recht die formbildende Größe darstellt. Ebenso verhält es sich beim postulierten Zusammenhang von Rechtsform und Menschenrechten: Auch die Menschenrechte erscheinen mit der Rechtsform so verbunden, dass sie für das Recht eine formbildende Rolle spielen. Als konstitutiv für das Recht kommen die beiden rechtlichen Phänomene jeweils in Betracht, weil sie dessen Form *begründen*. Sie tun dies wiederum in gegensätzlicher Weise und nehmen in der ›Zeit‹ des Rechts eine unterschiedliche Position ein. Anders formuliert: Wenn sich von Menschenrechten und Ausnahmezustand jeweils sagen lässt, dass sie nicht nur Grenzphänomene des Rechts bilden, sondern für dieses auch eine konstitutive, im Wortsinn ›grundlegende‹ Bedeutung haben, so liegt diese Bedeutung in je verschiedener Richtung.

Grundlegend sind die Menschenrechte, so ihr Argument, weil sie der Legalität vorausgehen und die legale Form des Rechts anleiten. Dagegen ist der Ausnahmezustand, so dessen Argument, grundlegend für das Recht, weil er dessen Existenz auch dann sichert, wenn die Legalität nicht mehr wirksam ist. Dass Menschenrechte und Ausnahmezustand Argumente vorbringen, ist dabei nicht nur allegorisch gemeint. Mit

16 Der von ihm selbst so bezeichnete ›Personalismus‹ Schmitts wird dabei nicht erst durch äußere Einwände, etwa jenen Agambens, problematisch; vielmehr handelt es sich hier, wie noch deutlich werden wird, um einen jener Punkte, an denen Schmitts eigene analytische Arbeit seine – autoritaristischen, etatistischen und antisemitischen – Affekte und Motive, die sein Werk durchziehen, unterläuft. Zum Verhältnis von Schmitts Antisemitismus zu den für ihn tragenden Unterscheidungen vgl. Balke 2008, 301–303.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

beiden Phänomenen sind Erklärungen verbunden, in denen sie als das gerechtfertigt werden, was dem normalen Funktionieren des positiven Rechts entgegensteht (und für dieses dennoch oder vielmehr gerade dadurch konstitutiv ist): Die Menschenrechte deklarieren die Dauerhaftigkeit *normativ* begründeter Ansprüche und richten sich damit gegen die inhaltliche Indifferenz und absolute Änderbarkeit positiven Rechts. Der Ausnahmezustand wendet sich umgekehrt gegen dessen unhaltbar gewordene Statik. Er erklärt, dass den geltenden Rechtsnormen angesichts einer außerordentlich dynamischen, nämlich zu kippen drohenden *faktischen* Lage keine ordnende Kraft mehr zukomme. Der normative oder faktische Primat, den die beiden Phänomene behaupten, manifestiert sich in einem je verschiedenen Verhältnis zur positiv-rechtlichen Ordnung, das ich in einigen Sätzen noch etwas genauer umreißen möchte.

Die Menschenrechte behaupten eine *vorstaatliche* Geltung – und leiten gerade daraus den Anspruch ab, auch innerrechtliche, positive Geltung zu erhalten. Sie richten sich darauf, den durch sie formulierten Inhalten juridische Geltung zu verschaffen. Diese Forderung ihrer eigenen rechtlichen Kodifikation ist ein wesentlicher Bestandteil der Menschenrechte: »Es gehört zur Idee ›vorstaatlicher‹ Menschenrechte, dass die mit diesen verknüpften, zunächst bloß ›gedachten‹ Ansprüche stets schon mit der Forderung ihrer Realisierung durch gesatztes Recht einhergehen.« (Pollmann 2012, 130) Die Forderung der Menschenrechte lässt sich nicht nur, wie oben beschrieben, als eine Forderung *gegen* die Legalität verstehen, sondern muss zugleich als Forderung *nach* Legalität begriffen werden.[17] Dabei handelt es sich um eine vorrechtliche Forderung nach dem Gesetz: »Das alegale Fordern von Rechten ist *pro*legal: Es ist gerichtet auf ein Gesetz.« (Menke 2012b, 325, Hervorh. im Original) Diese Forderung bezieht sich nicht nur auf ein zusätzliches Gesetz, dessen Inhalt die Menschenrechte sind, sondern gefordert werden die Menschenrechte als Fundament der Rechtsordnung. Derart werden sie auch in die positiven Rechtsordnungen aufgenommen. Sind sie in einem ausdifferenzierten Rechtssystem als Grundrechte kodifiziert, bilden sie »dessen Wertefundament«, sind also »als rechtliche Grundentscheidungen zu verstehen, mit denen die öffentliche Ordnung die eigene normative Basisstruktur ausrichtet«.[18] (Pollmann 2012, 129) Als grundlegende

17 So betont die *Allgemeine Erklärung der Menschenrechte* von 1948 in ihrer Präambel die Wichtigkeit, dass die Menschenrechte »should be protected by the rule of law«, »durch die Herrschaft des Rechtes«, wie es in der deutschen Übersetzung heißt.

18 Indem sie solchermaßen als Legitimationsbedingung der staatlichen Ordnung in Betracht kommen, werden Grundrechte »als *dem Staat vorausliegende* (Menschen-)Rechte des Individuums begriffen«. (Pieroth et al. 2013, 12, Hervorh. im Original; vgl. ebenso Alexy 1994, 473)

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

normative Entscheidungen sind die Menschenrechte für die positive Rechtsordnung fundamental.

Fundamentalität im Sinne einer rechtlichen Grundentscheidung wird ebenso für den Ausnahmezustand reklamiert. Das Maßnahmehandeln, das den Ausnahmezustand kennzeichnet, tritt schließlich gerade zum Schutz der »durch die Verfassung begründeten freiheitlichen demokratischen Ordnung« auf den Plan.[19] Sind die Menschenrechte ihrem Anspruch nach dem positiven Recht vorgeordnet (und insofern ›vorrechtlich‹), so ist ihm der Ausnahmezustand nachgeordnet. Während Menschenrechtserklärungen deklarieren, dass Menschenrechte ab jetzt gelten sollen und in Gesetze zu bringen, das heißt zu legalisieren sind, unterrichtet die Erklärung oder ›Ausrufung‹ des Ausnahmezustands darüber, dass das gesetzte Recht nun nicht mehr oder nicht mehr wie bisher gilt. Mit dem Ausnahmezustand ist dabei der Anspruch verbunden, die positiv-rechtliche Ordnung und damit die Möglichkeit rechtlicher Geltung erst (wieder)herzustellen. Denn in ihm geht es um die Grundlage, eine normale außerrechtliche Situation, in der Gesetze angewandt und durchgesetzt werden können. Auch die Alegalität des Ausnahmezustands lässt sich insofern als ›prolegal‹ verstehen: gerichtet auf eine Lage der Legalität.

Zwischen Ausnahmezustand und Menschenrechten besteht aus dieser Perspektive eine Konkurrenz um die Fundamentalität für die Rechtsordnung. Die Erklärungen der Menschenrechte legen dabei in einem doppelten Sinn das Gewicht auf die normative Seite: Sie verlangen zum einen die Positivierung der Menschenrechte als justiziable Normen, und sie fordern zum anderen, dass das Rechtssystem im Ganzen oder genauer von Grund auf ihrem normativen (nicht nur normen-förmigen, sondern normativ gehaltvollen) Standard genügt. In der Logik des Ausnahmezustands steht dagegen die faktische Seite im Mittelpunkt der behaupteten Fundamentalität: Im Ausnahmezustand geht es darum, das faktische Fundament zu sichern, auf der die Rechtsordnung aufbauen kann. Die Konkurrenz zwischen den beiden Phänomenen besteht in der Frage, auf welche Fundamentalität es (mehr) ankommt. Es ist die Frage, ob die positive, demokratisch-rechtsstaatliche Rechtsordnung ihre maßgebende Grundlage in normativer Geltung oder in faktischer Durchsetzbarkeit hat.

19 So steht es etwa in dem den Ausnahmezustand regelnden Art. 120 der vor dem Referendum vom 16.04.2017 geltenden *Verfassung der Republik Türkei*; zitiert nach der Übersetzung von Christian Rumpf, http://www.tuerkei-recht.de/downloads/Verfassung_synoptisch.pdf, abgerufen am 10.05.2018. Der Begründung, wenn auch nicht dem Umfang nach ähnlich, wird im deutschen Grundgesetz bei der – nur aufgrund eines Gesetzes möglichen – Beschränkung von Grundrechten auf den Schutz »der freiheitlichen demokratischen Grundordnung« verwiesen; vgl. u.a. Art. 10 Abs. 2 GG.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Deutlich ist damit zugleich, inwiefern Ausnahmezustand und Menschenrechte in einem Zug Grund- *und* Grenzphänomene des positiven Rechts darstellen. Sie sind die beiden Extreme dessen, was als seine Grundlage in Betracht kommt. ›Extrem‹ sind Ausnahmezustand und Menschenrechte eben im Verhältnis zur Legalität des Rechts. Beide können sie als Mangel an Legalität erscheinen: der Ausnahmezustand, weil er zur rechtlosen Gewalttat, die Menschenrechte, weil sie zu außerrechtlichen Gerechtigkeitspostulaten tendieren. Beide können sie aber auch als Möglichkeitsbedingung der Legalität erscheinen: die Menschenrechte, weil sie die normative Orientierung, der Ausnahmezustand, weil er das faktische Fundament liefert. Als Mängelexemplare der Legalität stehen sie an deren Grenze, als Ermöglichungsphänomene der Legalität stehen sie an ihrem Grund.

In welcher Perspektive sie aber auch immer in Betracht kommen – stets erscheinen sie als gegenstrebige Rechtsfiguren. Der ›Grundlagenstreit‹ zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand, der Streit um ihre Fundamentalität für das Recht, ist kein bloß theoretischer, sondern ein rechtspraktisch und rechtsfaktisch ausgetragener: Im Ausnahmezustand werden grundrechtlich garantierte Menschenrechte außer Kraft gesetzt;[20] die Menschenrechte wiederum sind als ›unverletzlich‹ und ›unveräußerlich‹ festgelegt.

iii) Demgegenüber sollen die beiden Phänomene in diesem Buch nicht nur in ihrem Konflikt, sondern im Hinblick auf ihre Komplementarität untersucht werden. Dies bedeutet eine Verschiebung in der Betrachtung des Gegenstandes. Die bisher erläuterte Gegenpoligkeit von Ausnahmezustand und Menschenrechten bezieht sich vor allem auf deren Verhältnis zum einzelnen Menschen bzw. auf die Weise, wie in ihnen der Mensch gegenüber der politischen Ordnung gewichtet wird: Die Menschenrechte sind durch die Insistenz charakterisiert, dass sich die Ordnung an der Freiheit der Einzelnen zu orientieren hat und dass die Rechte aller Einzelnen entsprechend unverhandelbar sind, d.h. nicht zum Gegenstand jedweden politischen Kalküls werden dürfen. Die Logik des Ausnahmezustands verweist hingegen darauf, dass die Ordnung eine ihr eigene Materialität hat, die es zu sichern gilt, damit die Ordnung ihren Zweck erfüllen kann: eine ›freiheitliche‹, die Freiheit der Einzelnen schützende Ordnung zu sein. Für die Menschenrechte ist die Ordnung von ihrem Zweck durchdrungen und von diesem nicht abzulösen. Der Ausnahmezustand trennt dagegen Mittel vom Zweck. Indem er vom Zweck abweicht, lässt er sich zugleich von diesem heiligen: Um die Ordnung als

20 Zur Entrechtung im Namen der Sicherheit vgl. insbes. die Studie von Opitz 2012. Zur Politik des Ausnahmezustands im Verhältnis zu rechtsstaatlichen Prinzipien nach dem 11. September vgl. Scheuerman 2006.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Mittel zum Zweck zu verteidigen, muss vom Zweck – der Freiheitlichkeit – der Ordnung im besonderen Falle abgewichen werden. Die Rechte und sogar das Leben der Einzelnen können im Ernstfall als Einsatz aufs Spiel gesetzt werden, wenn es darum geht, die Ordnung zu erhalten und eventuell drohendes Übel abzuwenden.

Wenn das Verhältnis von Ausnahmezustand und Menschenrechten nun (auch) anders, nämlich aus einer anderen Blickrichtung beschrieben wird, so liegt der Ausgangspunkt nicht in der Frage, welche unmittelbaren Folgen die beiden Phänomene für die unterworfenen Rechtssubjekte haben. Stattdessen ist die Frage leitend, welche Funktion sie für die positiv-rechtsstaatliche Ordnung erfüllen. Nicht eine Komplementarität von Ausnahmezustand und Menschenrechten überhaupt, sondern die Komplementarität hinsichtlich ihrer gemeinsamen Funktion für das moderne Recht und den modernen Rechtsstaat ist das Thema dieses Buches. Komplementär sind die Phänomene, insofern sie beide zum Mittel staatlichen Handelns werden können. Der Ausnahmezustand erscheint als Mittel, insofern die in ihm ergriffenen Maßnahmen intervenierend auf die Bevölkerung einwirken und dadurch eine gefährdete Ordnung garantieren sollen. Die Menschenrechte erscheinen als Mittel, insofern das für sie maßgebende Konzept der Rechtsperson das Kollektiv der Bevölkerung als ein rechtlich regulierbares Phänomen konstituiert. Wo die Menschenrechte allein als Mittel zu einem Kollektiv, zu dessen Konstitution und Regulation, und nicht in ihrer Bedeutung als Zweck der Ordnung in Betracht kommen, werden sie zu einem Komplement der Maßnahmen, die den Ausnahmezustand kennzeichnen.

Vor diesem Hintergrund soll sichtbar werden, inwiefern Ausnahmezustand und Menschenrechte das Fundament des modernen Rechts nicht nur als zwei Pole, sondern auch als zwei miteinander verschränkte Rechtsfiguren bilden. In dieser Sicht zerren sie nicht in unterschiedliche Richtungen, sondern ziehen am selben Strang. Diese Gleichsträngigkeit soll als Ansatzpunkt der Kritik herausgearbeitet werden: Die Kritik richtet sich demnach nicht nur gegen die Politik des Ausnahmezustands, sondern auch gegen die Menschenrechte, *insofern* ihnen eine dem Ausnahmezustand komplementäre Funktion zukommt. Von dieser Kritik fällt auch ein Licht auf das moderne positive Recht, das Recht der Legalität, das auf diesem verschränkten Fundament beruht. Die folgenden Absätze sind einigen methodischen Bemerkungen gewidmet und sollen zugleich erläutern, wie das Argument im Aufbau des Buches entfaltet wird.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Zu Aufbau und Methode des Buches

Die Problematik von Ausnahmezustand und Menschenrechten wird im Folgenden von der Theorie des Ausnahmezustands her aufgenommen. Eine Theorie ist stets etwas Allgemeines; ob es daher eine Theorie der Ausnahme und somit des Ausnahmezustands geben kann, lässt sich durchaus bestreiten. Zu diesem Punkt merkt etwa Jacques Derrida an:

> »Dass man aus der Ausnahme keine allgemeine Norm, keine Regel, kein Gesetz oder Theorem machen könne, das genau ist die Frage. Nun ist es jedoch so, dass die Souveränität, als Ausnahme, als Entscheidung, *das Gesetz vorgibt, indem sie sich vom Gesetz ausnimmt*, indem sie die Norm und das Recht, welche sie aus eigener Kraft auferlegt, in ebenjenem Moment suspendiert, da sie ihre Suspendierung im Akt der Gesetzes- oder der Rechtssetzung markiert.« (Derrida 2015, 83f., Hervorh. im Original)

Derrida bezieht sich in der Passage, aus der das Zitat stammt, auf Carl Schmitt. Für diesen steht außer Frage, dass es eine Theorie der Ausnahme gibt – ebenso, wie es eine *Theorie des Partisanen* geben kann, obschon der Partisan gerade der ›irreguläre‹ Kämpfer ist, der vom ›Normalfall‹ des Soldaten abweicht. (vgl. Schmitt 2010) Denn für Schmitt kommt es darauf an, dass die Ausnahme »das Gesetz vorgibt«, dass sie die Norm »aus eigener Kraft auferlegt« und damit das Normale erst schafft. Eine Theorie der Ausnahme muss es für Schmitt schon deshalb geben, weil eine Theorie der Normalität ohne Bezug zur Ausnahme nicht möglich wäre. Auch für Giorgio Agamben steht fest, dass eine Theorie der Ausnahme nicht nur möglich, sondern nötig ist. Dies nicht deshalb, weil die Ausnahme die Normalität herstelle, sondern weil sie mit ihr zusammenfalle. Eine Theorie der Ausnahme ist für eine Theorie der Normalität – der Normalität der gegenwärtigen Politik – nicht bloß notwendig, sondern mit ihr identisch. Im vorliegenden Buch kommt die Theorie der Ausnahme allerdings deshalb in Betracht, weil sie mit der Vorstellung des Menschen, mit dem ›Allgemein-Menschlichen‹, das sich in der Idee der Menschenrechte manifestiert, in einer historischen Beziehung und in einem systematischen Bezug steht. Dafür ist, wie erwähnt, die Frage nach der Form des Rechts zentral. Unter dieser Frage kommen im ersten Teil des Buches Schmitt wie Agamben in Betracht (Kapitel 1 und 2).

Schmitts Theorie des Ausnahmezustands ist eine Theorie der Souveränität; Agambens Theorie des Ausnahmezustands ist eine Theorie der Entsouveränisierung, des Verlusts von Souveränität im Recht. Agambens Aneignung von Schmitt kehrt dessen Theorie um, wobei sich diese Umkehrung um zwei Achsen dreht. Es handelt sich einerseits um das Verständnis von Subjektivität, andererseits um den Begriff des Rechts. Beides – Subjektivität und Rechtsbegriff – wird vom jeweiligen Konzept der

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

Form her verständlich. Nach Schmitt wie nach Agamben ist dabei ›Form‹ mit ›Leben‹ identisch. Bei Schmitt kommen Form und Leben im souveränen Subjekt zur Deckung, bei Agamben in jenen menschlichen Individuen, die ihrer Subjektivität weitgehend beraubt sind. Jeweils stehen Souveränität und Subjektivität in einer Verbindung. Dabei entwickelt Agamben die zentralen Aspekte seiner Theorie des Ausnahmezustands, wie ich darlegen werde, in eine Schmitt entgegengesetzte Richtung. Während Schmitt im Zusammenhang von Souveränität und Subjekt den für die Rechtsform konstitutiven *politischen* Gehalt sieht, erläutert Agambens Theorie des Ausnahmezustands diesen Zusammenhang als *Entpolitisierung*, das heißt als Verlust jeder politischen Qualität. Ist der Ausnahmezustand für Schmitt personale Ermächtigung, so ist er bei Agamben depersonalisierende Unterwerfung. Dagegen verstehe ich den Ausnahmezustand, gegen Schmitt ebenso wie gegen Agamben, als eine Unterwerfung durch Personalisierung: eine Unterwerfung, die auf das Konzept der Rechtsperson angewiesen ist. Durch das Konzept der Rechtsperson ist der Ausnahmezustand mit der Idee der Menschenrechte verbunden.

Agamben hat die entpolitisierende Konsequenz des Ausnahmezustands in direkte Relation zu einer Kritik der Menschenrechte gebracht. Die Weise, in der dies geschieht, vermag allerdings, wie ich argumentieren werde, nicht zu überzeugen. Nach Agamben stimmen Ausnahmezustand und Menschenrechte darin überein, dass sie das menschliche Leben auf eine bloß körperliche Existenz reduzieren: Beide Phänomene bewirken so eine Trennung des menschlichen Lebens von seiner politischen Form. Diese Deutung setzt allerdings voraus, dass der menschliche Körper die Referenz der Menschenrechte bildet. Als menschenrechtliche Idee des Menschen erscheint der körperliche Mensch jenseits seiner Eingebundenheit in die politische Gemeinschaft. Darin, dass in ihnen von diesen politischen Qualitäten und Bezügen abgesehen wird, sind die Menschenrechte demnach abstrakt. Dagegen versuche ich hier die Abstraktion, um die es beim Ausnahmezustand und bei den Menschenrechten geht, anders zu denken. Denn sie erfolgt weniger über den Körper des Menschen, als vielmehr über das Konzept der menschlichen ›Person‹, das sich nicht erst im 18. Jahrhundert, sondern seit dem 16. Jahrhundert herauszubilden begann. Im Konzept der Person liegt, wie ich im zweiten Teil des Buches zeigen werde, der systematische Punkt, an dem die Menschenrechte nicht nur zum Zweck, sondern auch zum Mittel der Ordnung werden können (Kapitel 3 und 4).

Dabei rückt die Rechtsperson in derselben Hinsicht als Mittel in den Blick, wie es auch für den Ausnahmezustand der Fall ist: Der Ausnahmezustand, als ein Mittel des Rechtsstaats, erfüllt einerseits eine Funktion für das Recht selbst, indem er eine Situation normaler Rechtsanwendung herstellen soll; und er erfüllt andererseits eine Funktion für den Staat, indem er Maßnahmen enthalten soll, die eine den Staat grundsätzlich

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

bedrohende Gefährdung abwehren. Auch die Menschenrechte erfüllen eine solche doppelte Funktion – für das moderne positive Recht einerseits, für den Staat andererseits. Sie erfüllen diese Funktion auf einem ähnlichen Weg: Sie machen es möglich, die Individuen als einzelne Rechtspersonen zu adressieren und sie eben auf dem Weg des Rechts auch zum Gegenstand staatlichen Handelns zu machen; nicht dadurch, dass sie durch Maßnahmen entrechten, sondern dadurch, dass sie die Menschen durch Rechte berechtigen. Im Fokus steht also die Berechtigung als Mittel von Recht und Staat und die Rolle, welche dem Konzept der Rechtsperson dabei zukommt. Es ist dieses Konzept, das im Zentrum der Idee der Menschenrechte steht. Rechtsperson zu sein bedeutet, im und vom Recht als Träger_in von Rechten anerkannt zu werden. Als Rechtspersonen, als Träger_innen von Rechten, erhalten die Menschen einen rechtlichen Status. Dass alle Menschen im Recht als Rechtsperson und damit als Gleiche gelten, lässt sich als die grundlegendste Formulierung der Idee der Menschenrechte begreifen.

Welche Funktion das Konzept der Rechtsperson nun für das moderne, positive Recht selbst erfüllt, wird verständlich, wenn man sich vergegenwärtigt, was dieses Recht auszeichnet. Es lohnt sich, dabei auf die Genese des europäischen Rechts zu blicken, die mit der Tendenz einer allgemeinen Verrechtlichung, wie bereits erwähnt, im 16. Jahrhundert einsetzt und im 18. Jahrhundert allmählich zur Herausbildung des modernen positiven Rechts führt. Zum beschriebenen legalen Charakter dieses Rechts zählt als grundlegendes Kennzeichen auch dessen Änderbarkeit: Positives Recht ist nicht einfach das gesetzte, sondern es ist das fortlaufend neu-gesetzte, sich dauernd ändernde Recht. (vgl. Habermas 1992, 57) Eine gegebene Rechtslage lässt sich allerdings nur leicht ändern, wenn dabei nicht auf einen unterschiedlichen Status der Betroffenen Rücksicht zu nehmen ist. Dies zeigt sich an der Schwelle zum modernen Recht im 16. Jahrhundert. Damals bedeutete dies: Ständische Privilegien und Verflechtungen in Zünfte oder lokale Grundherrschaften mussten außer Betracht bleiben. Eben dies leisten das Konzept der Rechtsperson und die mit ihr verbundenen Rechte. Werden die Menschen vom Recht als Rechtspersonen, das heißt als Gleiche begriffen, bleiben alle struktur- und herkunftsbedingten Differenzen ausgeblendet, so dass die Änderungen des Rechts pauschal erfolgen können. Das Konzept der Rechtsperson erfüllt aber nicht allein eine Funktion für das moderne Recht, sondern auch für den modernen, zunächst den frühmodernen Staat. Indem die Menschen durch ihren Status als Rechtsperson ins Recht hereingeholt, zu einem Teil des Rechts werden, lassen sie sich auch auf dem Weg des Rechts direkt adressieren. Das Konzept der Rechtsperson macht es erstmals möglich, dass sich Herrschende und Herrschaftsunterworfene direkt gegenüber stehen. Der Herrschaftsanspruch der Kirche lässt sich durch das staatliche Recht und

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

sein Konzept der Rechtsperson ebenso umgehen wie das Abhängigkeitsgeflecht innerhalb der Ordnung der Stände.

Eben diese Ausschaltung der, zwischen Staat und Beherrschten stehenden, sogenannten ›intermediären‹ Instanzen, kennzeichnet den Beginn moderner Souveränität. Was moderne, (territorial)staatliche Souveränität ausmacht, ist ›Rechtsunmittelbarkeit‹, das heißt die Möglichkeit einer direkten rechtlichen Adressierung der Rechtssubjekte. Dadurch wird das gesetzte Recht zum Medium der Herrschaft. Wichtig ist hierbei, dass das moderne Recht den staatlichen Zugriff nicht durch Oppression der Beherrschten herstellt, sondern durch ihre Berechtigung. Diese hat für den modernen Staat als einem Steuerstaat besondere Bedeutung, insofern Berechtigung, nämlich freies Wirtschaften, die Produktivität der Bevölkerung fördert und dazu beiträgt, das Einkommen des Staates zu erhöhen. Dass zwischen Rechtspersonen und Leibeigenen auch ökonomisch eine Differenz besteht, war in Theorie und Praxis bereits um 1600 erkannt. Die *materia reipublicae*, Grundlage des Staates, setzt sich bevorzugt aus berechtigten Menschen zusammen. In dieser historischen Perspektive erweist sich Berechtigung als ein Mittel staatlichen Handelns, das nicht nur zur Begrenzung, sondern auch zur Ermöglichung der Herrschaft dient. Die rechtliche Ermächtigung der Menschen zum Handeln, nicht dessen Beschränkung, ist der Weg, auf dem hier staatliches Handeln Herrschaft etabliert.

Mit dem Aspekt des staatlichen Handelns ist der systematische Punkt erreicht, den dieses Buch entwickelt, da er im Kern der Verbindung von Ausnahmezustand und Menschenrechten steht. Das menschenrechtliche Konzept der Rechtsperson wird in dem Maß problematisch, in dem sich staatliches Handeln darauf als Mittel bezieht; und in der Hinsicht, in der die Rechtsperson zum Mittel wird, erscheinen Ausnahmezustand und Menschenrechte als komplementär. Die Verbindung von Rechtsperson und staatlichem Handeln ist der spezifische Punkt, an dem zwischen Menschenrechten und Ausnahmezustand eine Beziehung der Komplementarität besteht.

Auf die Situation der Gegenwart lassen sich die frühneuzeitlichen Verhältnisse und die Vorgeschichte der Menschenrechte zwar keineswegs direkt übertragen, doch sind für das moderne positive Recht sowie für Ausnahmezustand und Menschenrechte als ihm zugehörige Phänomene einige Züge relevant, die sich mit der frühneuzeitlichen Verrechtlichung etablieren. Zu nennen ist erstens die Tatsache, dass es in der Moderne eine Herrschaft und damit ein Handeln gibt, das nicht nur Recht einsetzt oder wiederherstellt, sondern das selbst die Form des Rechts hat; es gibt ein rechtsförmiges Handeln, dem sich der Staat zur Herrschaft bedient. Am sichtbarsten zeigt sich dies gegenwärtig am Ausnahmezustand. Er ist, darauf bezog sich schon das Interesse Schmitts, der extremste Exponent eines unmittelbar rechtsförmigen Handelns. Zugleich fungiert er

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

als Motor für grundlegende Veränderungen des Rechts: Sowohl der im November 2015 in Frankreich als auch der im Juli 2016 in der Türkei erklärte Ausnahmezustand haben erhebliche Änderungen in der normal geltenden Rechtsordnung nach sich gezogen. Zweitens ist die Tatsache relevant, dass im rechtsförmigen Handeln der Zugriff des Staates auf dem Weg über die menschenrechtliche Idee der Rechtsperson erfolgen kann. Indem die Menschen als Rechtspersonen adressiert werden, lässt sich staatliches Maßnahmehandeln als rechtliches Handeln legitimieren. Dieses Handeln kann dabei dem Sinn, den die Menschenrechte ihrer Idee nach haben, direkt widersprechen. Die Rechtsperson bleibt im Ausnahmezustand in negativer Richtung der rechtliche Zugang, den staatliches Handeln zu den Menschen nehmen kann. Dadurch wird die Rechtsperson zum Medium einer Umverteilung rechtlichen Handelns: So geht in Ausnahmezuständen etwa die Einschränkung individueller Bewegungsfreiheit (Hausarrest) mit der Ausweitung staatlicher Bewegungsfreiheit (Hausdurchsuchung) einher. Im Ausnahmezustand tendiert der Handlungscharakter, der dem modernen positiven Recht insgesamt eignet, dazu, sich zu verselbständigen. Diese Verselbständigung des Handelns richtet sich gegen die Weise, in der das rechtliche Handeln die normative Grundlage des demokratischen Rechtsstaates bildet: Es richtet sich einerseits gegen die Freigabe individuellen Handelns, andererseits gegen die Verfahren demokratischen Handelns, die dem Recht seine Legitimität verleihen – tangiert sind private und öffentliche Autonomie gleichermaßen und in ihrem Zusammenhang.[21] Die Freiheit, das freie Handeln, das Grundlage und Ziel des demokratischen Rechtsstaats darstellt, wird zurückgenommen, wenn dieser Rechtsstaat als bedroht gilt.[22] Der moderne Rechtsstaat und das ihn auszeichnende, handlungsorientierte Recht sind der Ort einer spezifischen Dialektik der Freiheit, die in diesem Buch exponiert wird. Verständlich wird diese Dialektik nur, so die grundlegende

21 Dass nicht alle in Demokratien erfolgenden Entscheidungsprozesse dem Maßstab demokratischer Legitimation genügen, gehört allerdings, bis zu einem gewissen Grad, zur Normalität von demokratischen Ordnungen; vgl. dazu Möllers 2013, 281f. Zum normativen Zusammenhang einer Gleichursprünglichkeit von privater und öffentlicher Autonomie vgl. Habermas 1992, 112–135.

22 Dass in der Freiheit das Prinzip des bürgerlich-demokratischen Rechtsstaats liegt, ist nicht nur die Position liberaler Theoretiker_innen. So schrieb etwa Carl Schmitt in seiner *Verfassungslehre*: »Die moderne bürgerlich-rechtsstaatliche Verfassung ist nach ihrem geschichtlichen Werden und ihrem heute noch herrschenden Grundschema zunächst eine *freiheitliche* Verfassung, und zwar im Sinne der *bürgerlichen Freiheit*. Ihr Sinn und Ziel, ihr τέλος, ist in erster Linie nicht Macht und Glanz des Staates […], sondern *liberté*, Schutz des Bürgers vor dem Mißbrauch staatlicher Gewalt.« (VL, 126, Hervorh. im Original)

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

These des Buches, wenn sie aus dem Zusammenhang beider Phänomene, Ausnahmezustand *und* Menschenrechte, begriffen wird: Die Dialektik von Berechtigung und Entrechtung, als die ich die Dialektik von Menschenrechten und Ausnahmezustand verstehe, ereignet sich, indem die Menschenrechte *allein* als Mittel des modernen Rechts und staatlichen Handelns in Betracht kommen und ihr Zweck – den Menschen als Rechtspersonen einen Status im Recht und eine Beziehung zur politischen Gemeinschaft zu geben – in den Hintergrund tritt. Die kritische Perspektive, die sich dadurch auch auf die gegenwärtige Gestalt der Menschenrechte eröffnet, zielt nicht darauf, die Idee der Menschenrechte aufzugeben, sondern sie gegen ihre möglichen Instrumentalisierungen in Stellung zu bringen. Dies heißt, ihren Anspruch, dem Menschen eine Anbindung an die Rechtsgemeinschaft zu geben, ernst zu nehmen und die gemeinsame Aktion der Menschen gegen exkludierende Maßnahmen zu positionieren. Es heißt somit auch, auf dem demokratischen Gehalt des modernen Rechts als eines ›Aktionsrechts‹, eines am Handeln der Menschen orientierten Rechts zu insistieren und diesen Gehalt zum Tragen zu bringen.

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb

https://doi.org/10.5771/9783748901594-9, am 13.08.2024, 01:24:41
Open Access – (cc) BY-NC-ND - https://www.nomos-elibrary.de/agb